



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

**“LAW, JUSTICE AND
SUSTAINABLE DEVELOPMENT”
L’ACCESSO ALLA GIUSTIZIA
NEL QUADRO DEL SD GOAL 16**

a cura di

CHIARA AMALFITANO, DIANA-URANIA GALETTA, LORENZA VIOLINI

G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

“LAW, JUSTICE AND
SUSTAINABLE DEVELOPMENT”
L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA
NEL QUADRO DEL SD GOAL 16

*Atti del I Convegno annuale del
Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale,
svoltosi il 29 ottobre 2021*

a cura di

CHIARA AMALFITANO, DIANA-URANIA GALETTA, LORENZA VIOLINI



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2242-0
ISBN/EAN 978-88-921-9493-9 (ebook - pdf)

Il convegno svoltosi online il 29 ottobre 2021 e i contributi raccolti nel presente volume si annoverano tra i prodotti del Progetto "Law, Justice and Sustainable Development", finanziato nel 2017 nell'ambito del bando competitivo dei c.d. Dipartimenti di Eccellenza.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
PREFAZIONE	
<i>Chiara Amalfitano e Lorenza Violini</i>	1
1. La genesi del Progetto	1
2. Le linee portanti del Progetto e le tre aree di ricerca ivi delineate	3
3. I risultati ottenuti	6
4. Il convegno dedicato a “ <i>L’accesso alla Giustizia nel quadro del SD Goal 16</i> ”	8
5. Nota conclusiva	9

PARTE I

SD GOAL 16 E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

INTRODUZIONE AL PANEL I

SD GOAL 16

E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

<i>Diana-Urania Galetta</i>	13
-----------------------------	----

CAPITOLO 1

NUOVE TECNOLOGIE E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA. LA “DESPAIALIZZAZIONE” DEL PROCESSO PER UNA GIUSTIZIA INTERNAZIONALE PIÙ ACCESSIBILE

<i>Benedetta Cappiello</i>	19
----------------------------	----

1. Introduzione	19
2. L’intelligenza artificiale: brevi cenni	21

	<i>pag.</i>
3. La “giustizia algoritmica”	23
3.1. Possibili applicazioni pratiche dell’IA nel settore giudiziario	26
4. Questioni giuridiche aperte connesse all’impiego di IA “in giudizio”: il rischio per la tutela dei dati delle parti del procedimento	28
5. Quadro giuridico di riferimento sovranazionale: lo stato dell’arte	31
6. Conclusioni	34
Bibliografia	35

CAPITOLO 2

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E PROCESSO AMMINISTRATIVO: LA RIDUZIONE DELLA DISTANZA GEOGRAFICA E DEI TEMPI GRAZIE ALLA DIGITALIZZAZIONE

<i>Gherardo Carullo</i>	37
1. Introduzione: la digitalizzazione del processo amministrativo nella prospettiva del <i>Goal 16</i> delle Nazioni Unite	37
2. La distanza geografica nella giustizia amministrativa prima del pro- cesso amministrativo telematico	41
3. Gli strumenti di digitalizzazione del processo amministrativo telemati- co che hanno ridotto la distanza tra le parti, i difensori ed il giudice	43
4. Criticità e problemi ancora irrisolti del processo amministrativo telemati- co che si pongono quale limite al pieno raggiungimento del <i>Goal 16</i>	48
5. Riduzione della distanza geografica e persistente eccessiva durata dei processi: superare la competenza territoriale per ridistribuire i ruoli	52
6. Conclusioni	57
Bibliografia	58

CAPITOLO 3

GIUSTIZIA CIVILE DIGITALE E SUPREMA CORTE: TRA AGEVOLAZIONE DELL’ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E STRUMENTO DI DINIEGO DELLA STESSA

<i>Stefano Alberto Villata</i>	61
1. Il processo civile telematico e la Suprema Corte	62
2. Regole di validità dell’atto processuale telematico	68

	<i>pag.</i>
3. Il p.c.t. e le invalidità processuali	83
4. Il diritto di accesso alla giustizia e la strumentalità delle forme	83
Bibliografia	87

CAPITOLO 4

ACCESSO ALLA PROVA NELL'AMBITO
DEGLI ILLECITI PERPETRATI ATTRAVERSO
STRUMENTI INFORMATICI

<i>Michelle Vanzetti</i>	91
1. Premesse: l'evoluzione digitale nella raccolta dei dati, l'ampliamento delle possibili condotte illecite, il problema della loro prova	91
2. Confini dell'indagine	93
3. Il procedimento cautelare di descrizione nel diritto industriale e l'acquisizione di prove relative a violazioni non contemplate dal c.p.i.	95
4. La tutela dei diritti di chi subisce il provvedimento	103
Bibliografia	105

CAPITOLO 5

OSSERVAZIONI, IN QUALITÀ DI *DISCUSSANT*,
SUGLI INTERVENTI DEI RELATORI DEL PANEL I,
AVENTE AD OGGETTO
“SD GOAL 16 E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA”

<i>Federico Gaffuri</i>	107
-------------------------	-----

PARTE II

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E DIRITTI
FONDAMENTALI NELLA DIMENSIONE
COSTITUZIONALE E SOVRANAZIONALE

INTRODUZIONE AL PANEL II

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E DIRITTI FONDAMENTALI
NELLA DIMENSIONE COSTITUZIONALE NAZIONALE
E SOVRANAZIONALE

<i>Barbara Randazzo</i>	117
1. L'accesso alla giustizia per lo sviluppo sostenibile: la prospettiva costituzionale (globale e integrata)	117
2. Le delicate questioni definitorie: il diritto di accesso al giudice come diritto fondamentale e come strumento di tutela degli altri diritti fondamentali	124
2.1. Profili istituzionali	127
2.2. Profili processuali	133
3. Effettività dei diritti, diseguaglianze e sfide della globalizzazione	138

CAPITOLO 1

L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA NELL'ITALIA REPUBBLICANA:
PROBLEMI ORDINAMENTALI E STRUTTURALI

<i>Raffaella Bianchi Riva e Filippo Rossi</i>	141
1. Premessa: la crisi della giustizia nell'Italia repubblicana	141
2. Le persone	146
2.1. Dalla liberazione agli anni Cinquanta: organico dei magistrati e indipendenza della magistratura	146
2.2. Anni Sessanta e Settanta: crisi della giustizia e società	150
2.3. Anni Ottanta e Novanta (fino al nuovo millennio): dalla crisi della giustizia alla crisi della magistratura	156
3. Le strutture	165
3.1. Anni Cinquanta e Sessanta: geografia giudiziaria, disfunzioni e crisi del sistema	165

	<i>pag.</i>
3.2. Anni Settanta e Ottanta: il nesso, inestricabile, tra profili strutturali e ordinamentali	169
3.3. Anni Novanta e oltre: verso un modello di “efficienza praticabile”	178
4. Riflessioni conclusive	180
Bibliografia	186

CAPITOLO 2

LA *RULE OF LAW* COME GRIMALDELLO PER ABBATTERE
LE BARRIERE ALL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA:
CONSIDERAZIONI IN CHIAVE COMPARATA
SULLE *COURT FEES*

<i>Alessandra Osti</i>	191
1. Le barriere all' <i>access to justice</i> : una breve introduzione al tema	191
2. Il caso <i>Unison</i> : la Corte Suprema del Regno Unito	193
2.1. Il quadro di contesto a valle della decisione <i>Unison</i>	194
2.2. La <i>rule of law</i> come grimaldello per abbattere le barriere all'accesso alla giustizia	196
2.3. L'accesso alla giustizia alla prova dei fatti	198
2.4. Profili critici della sentenza <i>Unison</i>	201
3. Il contributo unificato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: cenni	202
4. Alcune conclusioni: <i>The NeverEnding Story</i>	205
Bibliografia	206

CAPITOLO 3

L'ACCESSO ALLE CORTI “DEI DIRITTI”:
ALL'INCROCIO TRA DIMENSIONE COSTITUZIONALE
E SOVRANAZIONALE

<i>Stefania Leone e Costanza Nardocci</i>	209
Introduzione	210

SEZIONE PRIMA

CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EUROPEA
DEI DIRITTI DELL'UOMO: IL DIRITTO AL GIUDICE
TRA COMPLEMENTARIETÀ, CONCORRENZA,
COORDINAMENTO E COMPETIZIONE 211

1. Un preliminare inquadramento introduttivo: le Corti, i singoli, le parti 211
2. Le quattro letture (o stagioni) dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo e le loro ragioni 213
 - 2.1. La complementarietà 214
 - 2.2. La concorrenza 216
 - 2.3. Il coordinamento (tentato dal punto di vista processuale e/o realizzato nella prospettiva del diritto sostanziale) 219
 - 2.4. La competizione e l'accentramento 222
3. Tra accesso alle Corti e diritti delle parti: per un sistema incidentale "autosufficiente" 225
4. Riflessioni *de jure condendo*, tra ricorso incidentale, diretto e azione popolare 229
5. In via preliminare: qualche parziale considerazione sullo stato di salute del diritto al giudice tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo 236

SEZIONE SECONDA

CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA: IL CASO DELLA DOPPIA
PREGIUDIZIALITÀ COME OCCASIONE PER (RE)IMPOSTARE
IL RAPPORTO TRA I DUE GIUDIZI 238

1. La "regola" Simmenthal-Granital alla prova del tempo 238
2. Le ragioni della "nuova" giurisprudenza costituzionale e i suoi potenziali effetti sul "diritto al giudice" 242
3. Certezza del diritto vs immediatezza della tutela 246
4. La "nuova regola" e i "nuovi rapporti" con la Corte di giustizia 248
5. Conclusioni 252
- Bibliografia 255

pag.

CAPITOLO 4

L'ACCESSO DELLE ONG ALLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA AMBIENTALE:
NUOVE PROSPETTIVE CON LA RIFORMA DEL
REGOLAMENTO DI AARHUS?

<i>Ilaria Anrò</i>	257
1. Introduzione	257
2. L'accesso delle ONG alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel sistema dei Trattati	259
3. (segue): ...e nel Regolamento di Aarhus	264
4. I limiti delle vie di accesso alla giustizia dell'Unione europea per le ONG alla luce della Convenzione di Aarhus	270
5. Il recente ampliamento delle vie di accesso alla giustizia operato dalla riforma del Regolamento di Aarhus	274
5.1. La modifica della definizione di atto amministrativo con riferimento alla sua portata	275
5.2. (segue): e con riferimento agli effetti esterni	279
5.3. (segue): e con riferimento alla violazione del diritto ambientale	280
5.4. L'ampliamento del novero dei membri del pubblico legittimati alla richiesta di riesame	281
5.5. La proroga dei termini e alcune modifiche relative al trattamento della richiesta di riesame	284
5.6. La pubblicità delle richieste di riesame e delle decisioni delle istituzioni	285
6. L'impugnabilità delle decisioni in materia di aiuti di Stato	286
7. Alcune riflessioni conclusive	288
Bibliografia	294

CAPITOLO 5

L'ACCESSO ALLA CORTE DI STRASBURGO
E IL NUOVO MECCANISMO CONSULTIVO PREVISTO
DAL PROTOCOLLO 16 CEDU:
UN BILANCIO PROVVISORIO

<i>Elisabetta Crivelli</i>	297
1. Un breve inquadramento del nuovo meccanismo consultivo	297

	<i>pag.</i>
2. Le due ragioni all'origine dell'elaborazione del Protocollo n. 16 CEDU	299
3. Un bilancio provvisorio rispetto agli obiettivi iniziali	301
4. La mancata ratifica da parte dell'Italia	307
5. Riflessioni conclusive: uno strumento – fino ad oggi – poco utile, ma non pericoloso	310
Bibliografia	312

CAPITOLO 6

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI. RELAZIONE DI SINTESI

<i>Giuseppe Arconzo</i>	315
1. Note preliminari: accesso al giudice e tutela dei diritti fondamentali nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale	315
2. La dimensione organizzativa dell'accesso alla giustizia: le nuove prospettive a confronto con la storia repubblicana	318
3. La dimensione sociale e la natura di bene pubblico del diritto all'accesso alla giustizia	320
4. La dimensione processuale del diritto all'accesso alla giustizia nel rapporto tra Corti nazionali e sovranazionali	323
5. La dimensione processuale del diritto all'accesso alla Corte Edu e alla Corte di giustizia dell'Unione europea	326
Bibliografia	329

PARTE III

NUOVE SFIDE NELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

INTRODUZIONE AL PANEL III

NUOVE SFIDE NELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

<i>Nerina Boschiero</i>	333
-------------------------	-----

	<i>pag.</i>
CAPITOLO 1	
ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E TUTELA DEI LAVORATORI DOPO IL <i>JOBS ACT</i> : LA <i>RATIO</i> ECONOMICA DELLA SENTENZA N. 194 DEL 2018 DELLA CORTE COSTITUZIONALE	
<i>Virginia Cecchini Manara</i>	343
1. Introduzione: la sentenza n. 194 del 2018 nel contesto della riforma italiana	343
2. Un cambio di prospettiva: il contratto di lavoro all'interno dell'impresa e non come una relazione di mercato	347
3. Differenze tra mercato e impresa: la lezione di Coase	349
4. Caratteristiche degli agenti e delle transazioni	351
4.1. La razionalità limitata	351
4.2. L'opportunismo	352
4.3. La specificità delle risorse	353
5. Allocazione dei diritti di decisione, ricontrattazione e incentivi all'investimento	355
6. Licenziamento e ricontrattazione: il ruolo della discrezionalità del giudice	358
Bibliografia	361
CAPITOLO 2	
“SULLO SPARTIACQUE TRA PARTE E PARTECIPAZIONE”: L'APERTURA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ALL' <i>AMICUS CURIAE</i> TRA PRIME APPLICAZIONI E PROSPETTIVE FUTURE	
<i>Giada Ragone</i>	365
1. Introduzione	365
2. Le “porte strette” dell'accesso al sindacato di costituzionalità	367
3. La riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020	369
4. “Sullo spartiacque tra parte e partecipazione”: l'istituto dell' <i>amicus curiae</i>	372
5. A quasi due anni dell'entrata in vigore delle nuove Norme Integrative: uno sguardo alle prime applicazioni dell'art. 4-ter (ora art. 6)	375

	<i>pag.</i>
6. Considerazioni conclusive tra <i>amicus curiae</i> , <i>access to justice</i> e prospettive future	380
Bibliografia	384

CAPITOLO 3

GIURISDIZIONE IN MATERIA DI
CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

<i>Giulia Vallar</i>	389
1. Introduzione	389
2. La giurisdizione italiana in materia di CSR sulla base del panorama legislativo attuale	391
3. Le iniziative recentemente assunte in seno alle istituzioni dell'Unione europea	394
4. La raccomandazione del GEDIP alla Commissione europea sugli aspetti di diritto internazionale privato del futuro strumento europeo sul dovere di diligenza e la responsabilità delle imprese	397
5. Il progetto di trattato delle Nazioni Unite relativo a uno strumento giuridico vincolante che disciplini, nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, le attività delle società e delle imprese transnazionali	402
6. Conclusioni	404
Bibliografia	405

CAPITOLO 4

INTERESSI SUPERINDIVIDUALI E GIUDICE AMMINISTRATIVO. BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DI AD. PLEN. N. 6/2020, PENSANDO ALL'“AMBIENTE” DELLE GENERAZIONI PRESENTI E FUTURE

<i>Pasquale Pantalone</i>	407
1. Premessa	407
2. La conferma della regola pretoria del “doppio binario” di accesso alla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali	408
3. La “collettivizzazione” degli interessi diffusi	411

	<i>pag.</i>
4. L'ampio accesso alla giustizia amministrativa dell'interesse (diffuso) alla tutela dell'ambiente	413
5. L'ambiente come dovere di solidarietà: verso un'oggettivizzazione della giurisdizione amministrativa?	416
Bibliografia	419

CAPITOLO 5

IL DINIEGO DI GIUSTIZIA VISTO ATTRAVERSO
IL CASO *LION C. MESSICO* E I PARADOSSI
DELLA VICENDA CHEVRON

<i>Luigi Crema</i>	421
1. Introduzione: dal bisogno di una tutela internazionale in caso di non accesso alla giustizia, all'ingiustizia di una tutela internazionale parziale	421
2. La patologia degli ordinamenti statali	423
2.1. La protezione degli investimenti stranieri non tutelati dagli ordinamenti statali	423
2.2. Il lodo <i>Lion c. Messico</i>	425
3. La debole fisiologia dell'ordinamento internazionale e l'emergere di nuove patologie	429
4. Le controversie <i>Chevron/Texaco</i> e i paradossi a cui arriva la limitata giurisdizione internazionale	431
4.1. Le vicende giudiziarie tra <i>Chevron/Texaco</i> ed Ecuador: i fatti e i procedimenti principali	431
4.2. Il lodo <i>Chevron II</i> . A chi è stata negata la giustizia?	434
5. Un paradosso insolubile?	438
Bibliografia	439

CAPITOLO 6

CONCLUSIONI AL PANEL III: NUOVE SFIDE
NELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

<i>Angelica Bonfanti</i>	441
--------------------------	-----

CONCLUSIONI GENERALI

<i>Claudia Storti</i>	449
-----------------------	-----

PREFAZIONE

*Chiara Amalfitano e Lorenza Violini**

SOMMARIO: 1. La genesi del Progetto. – 2. Le linee portanti del Progetto e le tre aree di ricerca ivi delineate. – 3. I risultati ottenuti. – 4. Il convegno dedicato a “*L’accesso alla Giustizia nel quadro del SD Goal 16*”. – 5. Nota conclusiva.

1. *La genesi del Progetto.*

Il Progetto *Law, Justice and Sustainable Development* è stato presentato nel 2017 dal Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale (DDPIS) nell’ambito dell’intervento innovativo e di sostegno finanziario previsto dalla legge n. 232/2016 (legge finanziaria 2017), intervento che aveva come scopo di individuare tramite un bando competitivo i c.d. Dipartimenti di Eccellenza, vale a dire i 180 migliori dipartimenti presenti nelle università italiane e sostenerne per 5 anni la ricerca e la didattica con un finanziamento *ad hoc* destinato al reclutamento e al potenziamento delle attività dipartimentali.

L’idea progettuale che – passata la fase di selezione – ha ottenuto tale finanziamento, prende le mosse e sviluppa l’intuizione che aveva condotto il DDPIS, tra il 2013 e il 2014, ad elaborare ed attivare un nuovo cor-

* Chiara Amalfitano, professore ordinario di Diritto dell’Unione europea, è Direttore del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dal 1° ottobre 2020; Lorenza Violini, professore ordinario di Diritto costituzionale, è stata Direttore del Dipartimento dal 1° ottobre 2014 al 30 novembre 2020, ed era dunque Direttore quando venne presentato e finanziato il Progetto del Dipartimento di Eccellenza. Curatore del volume è altresì Diana-Urania Galetta, professore ordinario di Diritto amministrativo, responsabile del Comitato di coordinamento scientifico del Progetto.

so di laurea magistrale in *Law and Sustainable Development*, corso che è stato formalmente avviato nel settembre 2015 (a.a. 2015-2016), proprio in concomitanza con la pubblicazione dei 17 *Goals* dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) sullo sviluppo sostenibile, incorporati nella Risoluzione ONU del 25 settembre 2015 dal titolo «*Transforming our World; the 2030 Agenda for Sustainable Development*» (A/RES/70/1).

La sostenibilità, che oggi è al centro di gran parte delle riflessioni sul futuro delle nostre società e del loro modello di sviluppo, era all'epoca un concetto largamente sconosciuto se non per gli addetti ai lavori. Ci si è tuttavia subito avveduti che si trattava di un tema autenticamente trasversale, con forti implicazioni per l'indirizzo politico generale del Paese, per l'elaborazione della sua legislazione e per la progettazione e l'attuazione delle politiche di settore: l'idea della sostenibilità, infatti, stava progressivamente tracimando dalla politica ambientale alla politica economica e a quella sociale, come l'ampiezza dei *Goals* sanciti nel 2015 stava facendo emergere.

La tematica della sostenibilità, pur con tutte le incertezze definitorie ad essa sottese e con tutte le incompletezze circa i metodi per trasformare le scelte nazionali e internazionali ri-orientandole verso nuovi orizzonti, implicava (e ancora implica) anche un profondo cambiamento nel tessuto istituzionale dei vari livelli di governo, chiamati a rinnovarsi per dare sostegno ai cambiamenti prospettati nei diversi *Goals* cui dare attuazione. Come già prefigurato da molti studiosi, primo tra tutti J.C. Dernbach nel 1998¹, «*sustainable development is ... an internationally recognized normative framework for guiding and evaluating the behavior of national governments and other actors*» chiamati dal diritto internazionale a cambiare «*the overall trajectory of their unsustainable development patterns*». E – sempre secondo questo studioso – benché le logiche della sostenibilità non offrano una completa teoria di come debba evolvere il governo delle nazioni, esse finiranno per modificare sia gli scopi degli ordinamenti nazionali, sia i mezzi necessari per operare tale cambiamento.

Come è noto, nell'ambito dei *Goals* dell'ONU, il *Goal* 16, è dedicato a «*[to] promote peaceful and inclusive societies for sustainable development,*

¹J.C. DERNBACH, *Sustainable Development as a Framework for National Governance*, in *Case Western Reserve Law Review*, 49, 1, 1998.

provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels». Esso ha alla base un generale riconoscimento, presente in letteratura, della stretta relazione che sussiste tra il rafforzamento dello stato di diritto, inteso nel senso più ampio del termine, e il raggiungimento dei tre obiettivi dello sviluppo sostenibile. E, inverso, se le istituzioni che disegnano le politiche di sviluppo, che le attuano e che ne monitorano gli effetti non sono in grado di svolgere in modo adeguato, trasparente e lungimirante le loro funzioni, sarà impossibile che tali politiche da “insostenibili” si trasformino “in senso sostenibile”. Si tratta perciò di una rivoluzione copernicana, di un cambio di paradigma di straordinaria portata e con un enorme potenziale di “positività” per il futuro delle nazioni.

Il DDPIIS, che ha da sempre tra i suoi scopi lo studio delle istituzioni di tutti i livelli di governo, dei processi decisionali, della tutela dei diritti – studio sviluppato sia sul piano del diritto positivo nazionale, europeo e internazionale sia nella sua prospettiva storico-comparatistica – ha, dunque, deciso di mettere a frutto la sua consolidata *expertise* per rispondere su queste tematiche al bando ministeriale del 2017. Tenendo conto delle competenze dei docenti del Dipartimento, è stato naturale cercare il *fil rouge* nell’ambito delle tematiche istituzionali riferite alla sostenibilità e, in particolare, nell’ambito del *Goal 16* che riassume in sé moltissime indicazioni indirizzate agli Stati affinché ripensino non solo le politiche ambientali, non solo la loro programmazione economica, non solo i progetti di *welfare*, ma anche le proprie istituzioni nazionali e quelle internazionali riadattandole al nuovo principio fondamentale (e in questo senso profondamente e sostanzialmente costituzionale) della sostenibilità: infatti, solo istituzioni “sostenibili” possono, nella visione dell’ONU, dar luogo a programmi di sviluppo della stessa natura.

2. Le linee portanti del Progetto e le tre aree di ricerca ivi delineate.

Riletto ad oltre quattro anni dalla sua elaborazione, si può riconoscere che il Progetto presentato (e poi finanziato) conteneva e ancora contiene importanti spunti per sviluppare linee di ricerche dipartimentali innovative e integrate, in grado di dare omogeneità e coerenza alle diverse attivi-

tà di ricerca già attive nel Dipartimento. Ciò anche alla luce della (inaspettata) crisi pandemica e delle misure adottate dall'Unione europea (*Next Generation EU*) e dal Governo nazionale (Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR) che centralità assoluta hanno dato alle tematiche del *Green* e della innovazione tecnologica.

Invero, le linee strategiche del Progetto prevedevano, in primo luogo, di individuare le modalità di implementazione di tutti gli elementi presenti nell'Agenda 2030, trattandosi di ambiti di lavoro strettamente interdipendenti e da considerare nella prospettiva istituzionale. Basti pensare al tema del superamento delle disuguaglianze, che richiede una profonda conoscenza dello stato dell'arte nei diversi Paesi e la costruzione di nuove forme di legislazione funzionali allo scopo, in stretta connessione tra profili sostanziali, procedurali e processuali. Secondariamente, il Progetto prevedeva che si applicassero alla ricerca metodologie interdisciplinari sia in senso endo-giuridico, sia in senso eso-giuridico, adottando – dove possibile – un approccio ai temi di ricerca diacronico e comparatistico. Sempre sul piano strategico, il Progetto prefigurava l'individuazione e l'implementazione di nuove iniziative di didattica innovativa (quali, *in primis*, un nuovo dottorato “internazionale”), ma anche la creazione di nuovi centri di ricerca interdisciplinari nell'ambito dell'Ateneo nonché l'intensificazione delle collaborazioni già in essere con centri di ricerca europei e internazionali, rispetto a cui il Dipartimento era già ben posizionato.

Il Progetto prevedeva tre linee di ricerca, che sono state sviluppate dai docenti afferenti al Dipartimento.

Una prima linea di ricerca ha riguardato il *Sub-Goal 16.6 «Develop effective, accountable and transparent institutions at all levels»*. Sul piano delle istituzioni ci si è, in particolare, concentrati su: (i) l'individuazione di innovazioni nell'ambito delle istituzioni politiche chiamate ad elaborare gli indirizzi per l'azione dei governi sulla base di studi volti ad evidenziare l'evoluzione delle forme di governo e sulla base di diversi organismi che elaborano nelle diverse nazioni europee le politiche di sostenibilità; (ii) le nuove forme di produzione normativa in grado di dar corpo a scelte orientate alla sostenibilità (legislazione sociale, legislazione ambientale, promozione della *circular economy*); (iii) la configurazione dei rapporti tra i diversi livelli di governo non più disegnata secondo logiche rigidamente

competenziali, ma orientata alla cooperazione tra i livelli stessi e tra essi e la società civile; (iv) lo studio dell'influsso che le istituzioni europee hanno prodotto per generare il nuovo modello di sviluppo sostenibile sia sul piano della legislazione, sia su quello delle politiche pubbliche.

Complementare a questo primo filone di ricerca è stato quello relativo allo studio delle istituzioni giudiziarie e al loro ruolo di tutela delle posizioni giuridiche soggettive poiché, come è noto, non vi può essere sviluppo sostenibile senza tutela dei diritti e della dignità della persona. Si è indagato, in particolare, sulle lacune da un lato e, dall'altro lato, sulle nuove possibilità di tutela sostanziale e processuale dei diritti delle persone e delle minoranze sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale, approfondendo le relazioni fra Corti nazionali e tribunali sovranazionali con lo scopo di accrescere le possibilità di "adire un giudice" anche attraverso "liti strategiche" per assicurare effettività alla tutela di diritti negati e intensificare la lotta a tutte le forme di discriminazione. Grande attenzione è stata dedicata anche agli aspetti strutturali della magistratura, la cui indipendenza è stata ampiamente messa alla prova in diversi Paesi europei, non fedeli al rispetto della *rule of law*. Si è studiato, altresì, il tema dell'amministrazione come motore di sviluppo e, soprattutto, di innovazione.

La seconda linea di ricerca concerneva gli obiettivi del *Sub-Goal 16.3* «*Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal justice for all*». In questo ambito, gli studi si sono in particolare concentrati sui temi della giustizia in senso sostanziale e sulla responsabilità sociale delle imprese. Centrale è stata, quindi, l'indagine interdisciplinare sulle diverse teorie sulla giustizia per individuare il modello più idoneo a realizzare gli obiettivi della nuova Agenda per lo Sviluppo 2030. In questo senso, dopo lo scoppio della crisi pandemica, sono stati compiuti importanti studi sia sulle modalità con cui è stata affrontata la crisi, sia sul PNRR, che – oltre a prevedere importanti riforme istituzionali e legislative – richiama le aziende a promuovere investimenti sociali strategici destinati a implementare la difesa dell'ambiente e l'innovazione tecnologica. Particolare attenzione è stata, quindi, dedicata alle discriminazioni (genere, disabilità, immigrati, discriminazioni culturali).

La terza linea di ricerca si è concentrata sul complesso rapporto tra sviluppo tecnologico, innovazione e funzionamento delle istituzioni in vista della realizzazione dei diversi *Goals* dell'Agenda per lo Sviluppo Sosteni-

bile. L'innovazione, assieme ai nuovi modelli economici cui ha dato vita la rivoluzione digitale, rappresenta infatti uno strumento essenziale per raggiungere gli obiettivi delineati dai *Goals* e trasformare la pubblica amministrazione in un soggetto che sia in grado di basare le sue scelte sulla raccolta e rielaborazione di quei dati acquisiti proprio grazie all'utilizzo delle più moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC/ ICT). L'obiettivo è di creare "meccanismi di conoscenza" adeguati a far fronte alle sfide del presente (e del futuro). Non a caso, oggi, di fronte agli scopi che si prefigge il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza si comprende quanto la digitalizzazione e l'innovazione siano serventi a realizzare la rivoluzione verde, nell'ottica della sostenibilità. Gli studi in atto in questa parte della ricerca hanno messo a fuoco il percorso che una moderna amministrazione, ormai largamente digitalizzata, deve compiere per poter arrivare a produrre innovazione e sviluppo. Un esempio per tutti è offerto dalla digitalizzazione della giustizia, con l'introduzione del processo telematico. Altrettanto importante si presenta la smaterializzazione dei processi amministrativi e la tematica dei *big data* e dell'uso intelligenza artificiale nel contesto dei processi decisionali della pubblica amministrazione, con l'obiettivo di potenziare e non certo di ridurre la tutela dei diritti l'eguaglianza e di contribuire a realizzare quel diritto ad una buona amministrazione che è ora codificato nell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

3. *I risultati ottenuti.*

Quanto ai risultati ottenuti, va per prima cosa ricordato che, anche grazie alle risorse messe a disposizione per il tramite del finanziamento ottenuto, il Dipartimento ha visto una crescita significativa dei propri docenti che, da 56 nel gennaio 2018 sono attualmente (inizio 2022) 74.

Al termine di ogni anno solare è stato predisposto un documento che schematizza le attività didattiche, le attività di ricerca e quelle di terza missione attinenti al Progetto svolte dai docenti afferenti al Dipartimento. Tale documento è pubblicato sul sito del Dipartimento ed è liberamente accessibile. Il più corposo documento che raccoglie le attività svolte nel triennio 2018-2020 – e che è stato elaborato con lo scopo precipuo

di verificare i risultati raggiunti e quanto ancora deve essere realizzato – attesta la copiosa attività, specie scientifica, svolta dai docenti del Dipartimento e lo sviluppo (lodevole) di sinergie tra i diversi settori disciplinari, nonché la cospicua attività di disseminazione dei risultati delle ricerche svolte, con l'organizzazione di numerosi convegni e seminari, sia nazionali sia internazionali.

L'obiettivo principale del Progetto, ovvero la creazione di un dottorato interdisciplinare sulla sostenibilità, è stato realizzato. Si tratta del dottorato internazionale «*International and Public Law, Ethics and Economics for Sustainable Development*» (LEES), avviato nell'a.a. 2019-2020 (ciclo XXXV) con una platea di 6 dottorandi per anno accademico, le cui borse sono interamente finanziate sul Progetto di eccellenza. Il programma di dottorato LEES mira in particolare alla creazione di una comunità di ricerca interdisciplinare che condivide l'impegno per gli obiettivi della sostenibilità. Tale comunità è dedicata a promuovere un approccio di ricerca in grado di favorire un processo di cambiamento in cui lo sfruttamento delle risorse, la direzione degli investimenti, l'orientamento dell'innovazione tecnologica, il modello di sviluppo economico e organizzativo, e il conseguente cambiamento istituzionale, siano resi coerenti con i bisogni futuri e presenti dell'umanità, garantendo autodeterminazione, parità di trattamento e giustizia sociale a ciascuno dei suoi membri, compatibilmente con la conservazione dell'ecosistema. Nell'ambito del dottorato è attivo un *Scientific Council* che vede l'adesione di eminenti studiosi internazionali. Tale organo programma un'attività annuale consistente in un *workshop* ed una *summer school*.

Tra le numerose altre attività realizzate, si segnala la creazione di gruppi e centri di ricerca, internazionali e interdisciplinari, tra i quali si può menzionare (i) l'Osservatorio internazionale sulla Giustizia focalizzato sulla tutela dei diritti fondamentali, (ii) il Centro di Ricerca Coordinata *Innovation for Well-Being and Environment* (I-WE), (iii) il Centro di Ricerca Coordinata *Migrazioni e Diritti Umani*, (iv) il Centro di Ricerca Interdisciplinare sul *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche* (CERIDAP).

Ancora, pare opportuno segnalare – anche perché si distingue come attività di Terza Missione – la creazione della banca dati on line Giurisprudenza Antitrust Milanese (<http://gam.eurojus.it/>) che raccoglie le sentenze di Tribunale e Corte di Appello di Milano in materia di *private antitrust*

enforcement, poi sviluppatasi con la collaborazione delle Corti di Appello di Roma e Napoli (oggi v. <http://itaca.eurojus.it/>). Sempre a livello più sistematico, il Dipartimento ha deciso di stanziare una somma annuale per lo sviluppo di attività di Terza Missione (per il 2021 è stata finanziato un progetto dedicato a “Strategie di implementazione dell’Osservatorio online sulla violenza contro le donne, per la diffusione di una cultura *gender sensitive*”).

Infine, si è valorizzata la promozione dell’attività internazionale del Dipartimento, che ha visto, tra l’altro, l’avvio, a partire dal 2020, di un programma di *Visiting professors* finanziato dai fondi del Dipartimento.

Anche il convegno del 29 ottobre 2021 – i cui atti sono raccolti in questo volume – sebbene concentrato su un aspetto specifico di uno dei tre filoni di ricerca sviluppati nel Progetto di eccellenza – è stato un’ottima occasione per un confronto tra i docenti del Dipartimento che hanno portato avanti in questi anni gli studi sull’accesso alla giustizia e ha consentito un confronto e arricchimento reciproco su un tema sensibile e in continua evoluzione.

4. *Il convegno dedicato a “L’accesso alla Giustizia nel quadro del SD Goal 16”.*

Il convegno in parola rappresenta un importante tassello nell’approfondimento del problema dell’accesso alla giustizia nel quadro del *Sustainable Development Goal* n. 16. Nel corso dello stesso, svoltosi online, come detto, il 29 ottobre 2021, il tema è stato scandagliato in moltissimi suoi aspetti e nei diversi livelli in cui si articola un moderno sistema di amministrazione della giustizia.

Al *keynote speech* tenuto dal Professor Nicolò Zanon, giudice della Corte costituzionale italiana e ordinario di diritto costituzionale del nostro dipartimento, sono seguite 14 relazioni, suddivise all’interno di tre panel: “*SD Goal 16 e accesso alla giustizia*”, “*Accesso alla giustizia e diritti fondamentali nella dimensione costituzionale e sovranazionale*” e “*Nuove sfide nell’accesso alla giustizia*”. I contributi pubblicati in questo volume sono stati presentati da studiosi afferenti ai diversi settori scientifico-di-

sciplinari “raggruppati” nel nostro Dipartimento (diritto amministrativo, diritto costituzionale e comparato, diritto internazionale e dell’Unione europea, diritto processuale civile, storia del diritto medioevale e moderno e politica economica) e sono stati discussi da docenti del Dipartimento le cui riflessioni di sintesi sono riportate a chiusura delle tre sezioni di cui si compone il volume.

Le suggestioni emerse e le sfide rappresentate sono molte ed eterogenee. I temi trattati ripercorrono e approfondiscono le problematiche classiche dell’*access to justice* (quali ad esempio la definizione di giustizia, le barriere all’accesso, il diritto di partecipazione e difesa in capo a singoli e a soggetti collettivi) e, al contempo, sollevano questioni nuove e stimolanti (quali l’impatto dell’informatizzazione e delle nuove tecnologie sull’accesso alla giustizia, il rapporto tra esigenze deflattive e giustizia dei processi, l’idea di una sostenibilità dei sistemi giudiziari, etc.). Il bilanciamento tra tutti questi diversi punti prospettici, il precipitato pratico delle soluzioni suggerite e la riflessione sull’implementazione dei principi che sono coinvolti nella tematica *de qua* costituiscono un primo tentativo organico di studiare l’argomento anche secondo una prospettiva multidisciplinare, fornendo una attività di impulso per il futuro dibattito dottrinale e per la successiva attività di ricerca del nostro Dipartimento. Del resto, come i *target* dell’Agenda 2030 ci rammentano, l’accesso alla giustizia è un diritto ancillare alla tutela di tutti gli altri diritti, e occuperà certamente un ruolo centrale nella promozione di società sostenibili.

5. *Nota conclusiva.*

Il contesto di vita e di lavoro, come tutti sappiamo, è radicalmente mutato rispetto al momento della presentazione del Progetto ma, come già ricordato, i temi relativi all’implementazione del *Goal 16* sono sempre di grande, se non addirittura accresciuta, attualità. Un possibile punto di sviluppo delle ricerche del Dipartimento e, quindi, del Progetto stesso è sicuramente costituito dalla connessione del Progetto ai grandi obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Esso rappresenta una preziosa occasione per declinare alcune tematiche sottese al Progetto di eccel-

lenza nell'attuale contesto e per approfondire il ruolo delle istituzioni e la protezione dei diritti alla luce dei mutamenti – temporanei o permanenti – che l'emergenza pandemica ha indotto nel funzionamento delle istituzioni a tutela dei diritti, a livello tanto nazionale quanto sovranazionale.

PARTE I

SD *GOAL* 16 E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

INTRODUZIONE AL PANEL I
SD GOAL 16
E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA
Diana-Urania Galetta

Nella lista degli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile, l'obiettivo generale n. 16 mira a promuovere società pacifiche e inclusive per lo sviluppo sostenibile, garantire a tutti l'accesso alla giustizia e costruire istituzioni efficaci, responsabili ed inclusive a tutti i livelli.

L'obiettivo è composto da 12 target e 23 indicatori. Comprende misure sulla violenza (16.1, 16.2), misure sui flussi illeciti, la criminalità, la corruzione e la riduzione della corruzione (16.4, 16.5) e misure volte a promuovere lo Stato di diritto in senso lato (16.3, 16.6, 16.7, 16.8, 16.9, 16.10). I due strumenti di attuazione si concentrano sulla violenza e la prevenzione della criminalità (16.a) e sulla promozione di leggi e politiche non discriminatorie (16.b)¹.

In particolare, il target 16.3 si riferisce espressamente all'esigenza di promuovere lo Stato di diritto a livello nazionale e internazionale e garantire la parità di accesso alla giustizia per tutti; ed è intorno ad esso che sono state immaginate e costruite le relazioni del primo panel del Convegno del 29 ottobre 2021 del "Dipartimento di eccellenza"² che sono ora pubblicate, in versione rivista e ampliata, all'interno di questo volume.

Nella prospettiva di semplicemente introdurre alla lettura delle stesse, ci si limiterà qui a proporre alcune riflessioni di carattere generale

¹ V. in <https://sdgs.un.org/goals/goal16>.

² V. la prefazione al volume di C. Amalfitano e L. Violini (attuale e precedente Direttore del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale).

rispetto a ciascuna delle relazioni di seguito pubblicate.

Il primo contributo di questa prima sezione, di Benedetta Cappelletto (*Nuove tecnologie e accesso alla giustizia. La “despazializzazione” del processo per una giustizia internazionale più accessibile?*) si interroga sul se ed in quale misura le nuove tecnologie (TIC/ICT) stiano modificando lo stesso modo di esercitare il potere giurisdizionale, in particolare tramite il coinvolgimento di strumenti di Intelligenza Artificiale applicati al processo. Obiettivo della relazione è di tentare di fornire delle chiavi di lettura, attraverso un'illustrazione anche di che e di che cosa siano i c.d. “sistemi di Intelligenza Artificiale” e di come questi funzionino. Ciò allo scopo di provare a comprendere se e in che misura le nuove tecnologie possano essere realmente di supporto allo scopo di garantire una giustizia “più accessibile”, realizzando così il target 16.3 degli obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile che mira, appunto, a fornire il c.d. accesso universale alla giustizia.

A questo proposito è il caso qui di osservare, anzitutto, come la questione dell'introduzione ed utilizzo anche in questo contesto delle Tecnologie dell'Informazione e Comunicazione (TIC o ICT, se si utilizza l'acronimo in lingua inglese) vada letta in stretta connessione con quella spinta al c.d. “efficientamento” del “servizio di giustizia” che ha quale obiettivo principale quello di produrre una riduzione dell'arretrato. Come era stato osservato anche da Nicolò Zanon nella sua relazione introduttiva al Convegno³, questo obiettivo – per quanto legittimo e certamente auspicabile – potrebbe tuttavia finire per offuscare e marginalizzare quello che deve/dovrebbe essere l'obiettivo principale del “servizio giustizia”: ossia, di fornire un servizio ai cittadini che sia certamente il più possibile efficiente; ma che sia, anche e soprattutto, in grado di consentire il raggiungimento di quegli obiettivi di tutela dell'interesse pubblico e di mediazione fra gli interessi privati confliggenti per il cui perseguimento esso è stato immaginato e posto in essere.

In questa prospettiva, se sicuramente vi può essere una coincidenza rispetto a quella petizione di principio ben sottolineata nella giurisprudenza comunitaria e secondo cui «(...) un'amministrazione lenta è una cattiva amministrazione»⁴, allo stesso modo, tuttavia, occorre anche tenere conto

³ Non pubblicata nel presente volume.

⁴ Così l'Avv. gen. Jacobs, nelle sue conclusioni del 22 marzo 2001, in causa C-270/99,

dei disastri che (notoriamente) ha compiuto, nel contesto dell'attività delle Pubbliche Amministrazioni, la spinta verso quell'efficienza che si declina in termini di mera "amministrazione di risultato"⁵: e, in questa prospettiva, le strutture della giustizia (quali Tribunali etc.) sono certamente da inquadrarsi come "Pubbliche Amministrazioni"⁶.

Il contributo di Gherardo Carullo (*Accesso alla giustizia e processo amministrativo: la riduzione della distanza tra le parti ed il giudice grazie alla digitalizzazione*) affronta il tema dell'accesso alla giustizia con specifico riguardo alla giustizia amministrativa e con un *focus* specifico sulle innovazioni connesse al c.d. processo amministrativo telematico (PAT). L'obiettivo è di valutare in che misura queste abbiano agevolato l'accesso alla giustizia e quali limiti ancora sussistano nel PAT nella prospettiva, in particolare, di ridurre le distanze "fisiche" e la eccessiva durata dei processi.

Particolarmente interessante è l'idea, che Carullo propone, di utilizzare le ICT allo scopo di potere operare una verifica e riallocazione di fascicoli sulla base della valutazione del carico di lavoro dei singoli uffici/tribunali. Il che, evidentemente, si scontra con le limitazioni attualmente poste da quelle norme del Codice del Processo Amministrativo (CPA) che collegano la allocazione dei fascicoli a criteri di competenza territoriale e funzionale "inderogabile" dei singoli tribunali amministrativi (v. artt. 13 e 14 CPA). L'idea proposta – e che mi pare del tutto condivisibile – è che restino validi i criteri di cui agli artt. 13 e 14 CPA per l'iniziale individuazione della sede innanzi alla quale agire; ma che, tuttavia, una volta instaurato il giudizio, sia fatta una verifica, attraverso un'analisi automatizzata, del carico delle sezioni al fine di un eventuale

Z, ECLI:EU:C:2001:180, punto 40. Nello stesso senso si veda, fra le tante, la sentenza Corte Giust., 28.03.1997, in causa C-282/95P, *Guerin*, ECLI:EU:C:1997:159, punto 37.

⁵ Sull'amministrazione di risultato v. i saggi raccolti nel volume di M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino 2004, nonché M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 107 ss. e G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, *ibidem*, p. 127 ss. V. anche, più di recente, le riflessioni di L. TORCHIA, *L'efficienza della pubblica amministrazione fra ipertrofia legislativa e atrofia dei risultati*, in https://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2019/09/Torchia_ConvegnoStudiAmministrativi2018_EfficienzaPA.pdf.

⁶ Così come gli stessi magistrati sono dipendenti pubblici a tutti gli effetti.

trasferimento del fascicolo (con o senza l'accordo delle parti). In questo modo verrebbe meno, in particolare, quel dato di "spazialità fisica" (come tale assai rigida) a cui è collegato il criterio della competenza *ex art.* 13 CPA. D'altra parte, pur con tutte le cautele necessarie – posto che il criterio della competenza si collega in ultima analisi alla garanzia del "giudice naturale precostituito per legge" di cui all'art. 25 Cost. – non si può certamente pensare di introdurre utilmente le ICT nel contesto della giustizia (amministrativa) senza ipotizzare una rivisitazione anche della struttura organizzativa dei tribunali. Il che può (e forse deve!) comportare anche una modifica radicale del sistema di allocazione delle controversie (e di assegnazione dei relativi "fascicoli") che, al giorno d'oggi, potrebbe anche venire disancorato dal dato della contiguità fisica dell'amministrazione o del pubblico dipendente coinvolto nella controversia con il tribunale inteso come luogo fisico. Se c'è, infatti, un risultato che la rivoluzione delle ICT ha indubbiamente già prodotto questo è la mutazione delle nozioni di spazio e tempo⁷: con tutte le conseguenze (ed i vantaggi) del caso. Ignorare questo aspetto significa ignorare – ed al contempo rinunciare a – una delle più grosse potenzialità delle ICT quale generatore di maggiore efficienza delle Amministrazioni Pubbliche e delle relative attività⁸.

Il contributo di Stefano Villata (*Giustizia civile digitale e Suprema Corte: tra agevolazione dell'accesso alla giustizia e strumento di diniego della stessa*) sposta il *focus* sul processo civile telematico (PCT)⁹ e si occupa di analizzare, in particolare, l'aspetto inerente alle sanzioni per il mancato rispetto delle norme di legge o tecniche che disciplinano il processo civile telematico. Dopo un'analisi approfondita delle varie problematiche che si sono imposte all'attenzione dell'interprete, e con un'attenzione particolare alla casistica in cui la giurisprudenza (e in particolare quella della Su-

⁷ V. G. BALANDIER, *Le désordre. Eloge du mouvement*, Paris, 1988.

⁸ Su questo punto mi permetto di rinviare a quanto già osservato in D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *federalismi.it* (<http://www.federalismi.it>), 3, 2019, 6 febbraio 2019, p. 1 ss.

⁹ Sul che v., da ultimo, C. PUNZI, *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019.

prema Corte di Cassazione) si è posta la questione delle conseguenze della violazione delle norme del processo civile telematico sul piano della validità dell'atto processuale, Stefano Villata giunge ad una conclusione assai condivisibile: che sia necessario tornare ai principi del diritto processuale, a maggior ragione in un contesto quale quello del processo civile telematico. La pervasività della normativa tecnica che caratterizza il PCT, di non sempre facile interpretazione e applicazione, rende infatti imprescindibile il riferimento a quei principi che costituiscono tradizionalmente il faro per risolvere questioni di forma. Giacché, in ultima analisi, occorre non dimenticare quale sia l'obiettivo a cui mira il "servizio giustizia".

In questo senso occorre qui ribadire che, se l'"efficientamento" del "servizio giustizia" – al quale si aspira (anche) con l'introduzione delle ICT – ha come essenziale obiettivo quello di produrre una riduzione quantitativa dell'arretrato (e dunque dei ricorsi pendenti), il rischio è, appunto, di fare ricorso a tutti i possibili espedienti processuali che l'introduzione delle ICT (con le loro indubbe complessità/difficoltà tecniche) offrono per, di fatto, "sbarazzarsi" dei ricorsi senza mai affrontare nel merito gli stessi. Il che contrasta totalmente – è evidente – con l'obiettivo di una giustizia che sia effettiva ed accessibile a tutti.

L'ultimo contributo presentato, di Michelle Vanzetti (*Accesso alla prova nell'ambito degli illeciti perpetrati attraverso sistemi informatici*) tratta dell'interessante tema dell'impatto dell'evoluzione digitale sui mezzi di prova nel contesto del processo civile e rispetto alle modalità di ricerca, acquisizione e introduzione in giudizio della prova.

La questione involve anche un profilo delicatissimo: quello della tutela degli eventuali segreti/banche dati/opere dell'ingegno etc. di chi subisca, in questo contesto, dei provvedimenti cautelari. Posto che normalmente questi sono provvedimenti assai "invasivi", tramite i quali viene disposta l'acquisizione "massiva" delle informazioni presenti sugli archivi informatici dell'asserito responsabile dell'illecito. Il contributo indaga, a tale proposito, la ben nota distinzione fra prova illecita e prova inammissibile ed esamina le varie tesi proposte in dottrina al riguardo, alla ricerca del punto di equilibrio fra le diverse esigenze concretamente in gioco. Il punto centrale della riflessione dell'autrice – e che ben si collega col tema oggetto di approfondimento in questo primo panel – è come si possa evitare

che le limitazioni certamente necessarie allo scopo di tutelare colui che sia destinatario di misure cautelari così impattanti – e che involgono l'accesso ad interi hard-disk, con tutte le conseguenze del caso – possa conciliarsi con l'esigenza di tutelare il ricorrente a fronte di illeciti la cui prova è rinvenibile all'interno di archivi informatici. Il risultato ultimo non può infatti certamente essere quello di sacrificare eccessivamente il suo diritto ad una tutela giurisdizionale efficace ed effettiva.

In conclusione, i contributi presentati nel contesto del primo panel (e riprodotti nella prima sezione del volume) offrono – nel loro insieme interdisciplinare – un interessante e stimolante affresco delle potenzialità e dei problemi legati all'utilizzo delle nuove tecnologie rispetto alla problematica dell'accesso alla giustizia di cui al *Goal 16*. Gli autori sollevano questioni nuove e stimolanti, senza tuttavia mai perdere di vista la necessità – che si tratti di giustizia amministrativa, di giustizia civile o di giustizia “internazionale” – di inquadrare i nuovi strumenti nel quadro normativo esistente ed avendo sempre di mira la tutela dei diritti ed il rispetto delle garanzie previste per i destinatari del “servizio giustizia”. Questi diritti e garanzie appaiono infatti come essenziali nella prospettiva di promuovere lo Stato di diritto a livello nazionale e internazionale e sono perciò imprescindibili anche nell'attuale, nuovo scenario, profondamente innovato dall'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

CAPITOLO 1

NUOVE TECNOLOGIE E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA. LA “DESPAZIALIZZAZIONE” DEL PROCESSO PER UNA GIUSTIZIA INTERNAZIONALE PIÙ ACCESSIBILE

Benedetta Cappiello

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’intelligenza artificiale: brevi cenni. – 3. La “giustizia algoritmica”. – 3.1. Possibili applicazioni pratiche dell’IA nel settore giudiziario. – 4. Questioni giuridiche aperte connesse all’impiego di IA “in giudizio”: il rischio per la tutela dei dati delle parti del procedimento. – 5. Quadro giuridico di riferimento sovranazionale: lo stato dell’arte. – 6. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Introduzione.

Ogni epoca storica è stata caratterizzata dalla propria innovazione tecnologica; la prima innovazione che si ricorda per l’impatto che ebbe in ogni settore della società è la stampa, di poi ne sono seguite numerose sempre più tecnologicamente sofisticate. Solo il secolo scorso si distingue per il sorprendente numero di scoperte che dal vapore in poi hanno radicalmente cambiato la società che, in soli cent’anni ha conquistato i cieli prima e lo spazio poi. La c.d. digitalizzazione ha avuto un timido inizio nella prima metà del secolo scorso per poi diventare dirompente nella seconda.

Assumendo la prospettiva “tecnologica”, il ’900 ha introdotto e poi formalizzato il passaggio dall’analogico al digitale (la c.d. rivoluzione Turing1.0)¹. Ciò ha comportato e ancora comporta riflessi in ogni cam-

¹ Cfr. A. BARICCO, *The Game*, Torino, 2018.

po: politico, economico, geografico sociologico, e per quel che qui interessa, giuridico. I confini geografici hanno perso valore favorendo la globalizzazione non solo del commercio, ma anche delle informazioni; nel digitale tutto è tradotto in dati, che racchiudono informazioni scambiabili indipendentemente dai confini. Correlativamente, la digitalizzazione è effetto e causa di forti cambiamenti sociologici. La digitalizzazione ha favorito una spinta fuori dallo Stato al punto che il ruolo degli Stati e l'esercizio della loro sovranità sono stati messi in discussione. Dopo aver contenuto la spinta indipendentista di internet, propugnata da J. Barlow (Dichiarazione di indipendenza del Cyberspazio del 1996)², i governi nazionali e l'intera Comunità internazionale stanno affrontando analoga spinta libertaria (c.d. libertarismo tecnologico) di rifiuto alla *rule of law*, propugnata dagli sviluppatori di tecnologie a registro distribuito.

Per quanto concerne i riflessi nel settore giuridico, si osserva che il rapporto tra diritto e innovazione tecnologica ha sempre visto il primo adattarsi al secondo³. L'evoluzione tecnologica non può essere anticipata dal legislatore che, pertanto, può sussumerla in un quadro giuridico idoneo solo quando si è compiuta. In particolare, di fronte all'evoluzione tecnologica occorre che il legislatore valuti non solo quando intervenire ma anche come. Per quanto concerne il fattore temporale, un intervento eccessivamente anticipato rischia di frenare la crescita tecnologica che non può mai dirsi esaurita; del pari, l'intervento ritardato rischia di legittimare attività che risultano legali solo per l'assenza di un chiaro quadro normativo di riferimento. E proprio l'incertezza, riduce la protezione dei consociati. Per quanto riguarda il come, l'innovazione tecnologica pone il legislatore di fronte alla scelta se introdurre un quadro normativo *ad hoc*, dedicato al fenomeno tecnologico di interesse, ovvero se sussumere quest'ultimo in una cornice giuridica già esistente che, nel caso, deve essere solo reinterpretata.

Il tema del rapporto tra innovazione tecnologica e diritto è interessante ed ampio sicché questo contributo intende concentrarsi su un fenomeno circoscritto, ossia l'impatto della così detta intelligenza artificiale nel settore giurisdizionale. Nel dettaglio, il proposito è analizzare se, e in

² Cfr. J.P. BARLOW, *A cyberspace Independence Declaration*, Davos, 1996.

³ Cfr. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.

quale misura, le nuove tecnologie, in particolare i sistemi/software di/a/con IA, stanno modificando il modo di esercitare il potere giurisdizionale; il fine è comprendere se esse sono un supporto per garantire una giustizia “più accessibile”, realizzando così il Sustainable Development *Goal* 16 di cui all’Agenda 2030 delle Nazioni Unite (“SD 16”) ⁴.

L’attuale stato di impiego delle nuove tecnologie si registra essenzialmente in due macro aree. Nella prima, rientrano i software di IA che acquisiscono un’autonomia gestionale del contenzioso, essendo in grado di formulare una decisione che produce effetti giuridici. Nella seconda sono ricompresi software di IA di supporto alle attività di elaborazione, studio e preparazione del giurista e del giudice. Tali sistemi sono dunque volti a coadiuvare, non già a sostituire, il ruolo del giurista o del giudice. Si tratta quindi di sistemi che ordinano il processo, e semplificano il lavoro del giudice.

Dopo brevi cenni sull’evoluzione tecnologica attuale, ci soffermiamo sull’analisi degli strumenti di IA attualmente diffusi nel settore giuridico, per esaminare se, e in quale misura, rispettano i principi che informano l’esercizio del potere giurisdizionale. Concluderemo con brevi cenni sullo stato dell’arte normativo, soffermandoci in particolare sull’Unione europea. Il fine è comprendere se e in quale misura i sistemi di IA impiegati nel settore giustizia possano favorire un accesso più ampio della giustizia, così come previsto nel SD 16.

2. *L’intelligenza artificiale: brevi cenni.*

La c.d. Intelligenza artificiale (“IA”) è una tecnologia che ha radici lontane nel tempo: i suoi concetti di base furono formulati in tempi assai lontani⁵. La locuzione intelligenza artificiale non deve trarre in inganno, nel senso che l’IA non è in grado di “intellegere” come il cervello umano, bensì di modificare il proprio status quo e compiere atti, o rispondere, a impulsi automaticamente. La locuzione rimanda quindi più al concetto di automazione che a oggetti determinati nel senso che a/con/di IA sono tutti gli algoritmi che, inseriti in software o in un bene mobile, sono in grado di ese-

⁴ Cfr. <https://sdgs.un.org/2030agenda> (ultimo accesso aprile 2022).

⁵ Cfr. N. POLSON, J. SCOTT, *Numeri Intelligenti*, Torino, 2019.

guire un'azione. E l'output, ossia l'automatismo dell'azione o della reazione, dipende dagli input di cui l'algoritmo che compone il software è stato dotato dallo sviluppatore. L'"intelligenza" degli algoritmi non è quindi naturale ma, a tanto concedere, derivata dai comandi che sono stati impartiti all'algoritmo medesimo. Quasi tutti i sistemi di IA seguono dunque lo stesso modello a catena di algoritmi. Attualmente, gli algoritmi di IA più diffusi sono qualificati quale *narrow* IA. Nel dettaglio, è possibile distinguere due caratteristiche che identificano un algoritmo usato in IA. In primo luogo, un algoritmo di IA non potrà mai dare risposte certe al 100% ma probabili al 90%. In secondo luogo, è necessario o, meglio, sarebbe necessario comprendere come un algoritmo "conosce" le istruzioni cui allinearsi. In caso di algoritmo tradizionale, le istruzioni sono impartite in anticipo dallo sviluppatore mentre nell'IA l'algoritmo impara le istruzioni tramite i c.d. dati di allineamento. Operativamente, lo sviluppatore non dice quale e-mail è spam e quale non lo è, ma fornisce all'algoritmo un numero assai elevato di e-mail che sono o non sono spam. A questo punto, l'algoritmo analizza gli esempi e decide come distinguere gli uni dagli altri. Il ruolo dello sviluppatore non è dire all'algoritmo cosa fare, ma insegnargli come imparare ciò che è necessario fare (classificare le e-mail) adoperando i dati a sua disposizione e le regole della probabilità. Da qui si comprende l'importanza dei dati che vengono raccolti e trattati per definire database o dataset di ogni tipo. In buona sostanza, i software di IA sono costruiti per eseguire un unico compito migliorando nel tempo l'attività di apprendimento prima, e di miglioramento poi è però rischiosa, tenuto conto che vi è un limite tecnico oltre il quale neppure lo sviluppatore è in grado di comprendere come il programma – per effetto dell'attività di machine learning e delle sue declinazioni anche più sofisticate (deep learning) – sia giunto a quella determinata soluzione. Tale mancanza di controllo è nota come fenomeno del c.d. "human out of the loop"; ed è proprio questo "limite di controllo" che renderebbe assai rischiosa la diffusione dei sistemi di IA nel settore giustizia⁶. Posto ciò, ci si chiede se e come un programma di IA che rischia di essere "fuori controllo" possa davvero sostituire il giudice".

⁶ Cfr. J. ZHANG, E. BAREINBOIM, *Can humans be out of the loop?* in *Technical Report*, 2020, p. 1 ss.; B. SHAHRIARI, K. SWERKY, Z. WANG ET AL, *Taking the human out of the loop: a review of Bayesian optimization*, in *Proc. IEEE*, 2016, p. 148 ss.

3. La “giustizia algoritmica”.

La breve analisi svolta nel paragrafo che precede induce a chiedersi se un software di IA possa davvero esercitare il potere di *ius dicere* o comunque svolgere un ruolo di ausilio del giudice. Il dubbio è legittimo, tenuto conto che la giustizia è sempre stata questione umana. Interessante in proposito richiamare il film di Sydney Lumet *12 Angry Men*: si tratta di una produzione assai breve, tutta girata in una stanza, quella di deliberazione di una giuria in processo d’assise⁷. Ci sono 12 psicologie di essere umano riunite per deliberare un caso che richiede molta umanità: un figlio neanche adolescente abitante di un sobborgo malfamato di una metropoli americana è accusato di avere ucciso il padre. Ciascun membro della giuria ha il proprio passato, la propria storia, le proprie visioni, anche politiche, e culturali. Il film mostra come la ricerca della c.d. “verità giudiziaria” cammina su un filo intrecciato di grandezza e miseria umana. Da ciò una prima conclusione: ogni processo di formazione del giudizio umano è un fenomeno complesso, che dipende da molteplici fattori.

La diffusione di software IA di giustizia-robotica⁸ sembra dunque assai controversa perché inidonea ad alienarsi ai canoni di esercizio della giustizia che informano il giusto processo consacrato anche in art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo⁹. In tal senso, ci pare depon-

⁷ Cfr. S. LUMET, *12 Angry Men*, 1957.

⁸ A. PASTUKHOVA, *Artificial Intelligence as a Judge: Can We Rely on a Machine?* in *LLM paper*, Ghent University, Faculty of Law, 2017, p. 29 ss.; T. MCMULLAN, *A.I. Judges: The Future of Justice Hangs in the Balance*, in *Medium*, 2016; K. BENYEKHLEF, J. BAILEY, J. BURKELL, F. GELINAS (a cura di), *eAccess to Justice*, Ottawa, 2016.

⁹ Cfr. sul giusto processo Guide on Article 6 of the ECHR – Right to a fair trial (criminal limb), European Court of Human Rights, p. 20 reperibile al sito https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf (ultimo accesso dicembre 2021). In particolare, sulla violazione del principio del giusto processo legata all’assenza di una motivazione nelle decisioni rese da un algoritmo, cfr. L. BOTTOU, *From Machine Learning to Machine Reasoning*, in *ARXIV.org*, 2011; F. DOSHI-VELEZ *et al.*: *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, pubblicazione Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law, 2017 p. 3 ss.; K. WADDELL, *Can judging be automated?*, in *Axios*, 2018; T. SOURDIN, *Judge v. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, in *UNSW Law Journal*, 2018, p. 1133 ss.

gano la recente prassi, letta in combinato con i principi cardine che informano l'esercizio della giustizia. Noto ai più è sicuramente il caso del software americano per la previsione della recidiva COMPAS, acronimo di *Correctional offender management profiling for alternative sanctions*¹⁰: il software funziona con un algoritmo che rielabora le risposte date a un questionario di n. 137 domande. I ricercatori hanno dimostrato che i risultati ottenuti dal software, sulla base delle predette 137 questioni-input, sono sostanzialmente gli stessi di quelli ottenuti da esseri umani senza particolare esperienza legale e basati su soli 7 dei 137 criteri. Peraltro, COMPAS ha dimostrato di "essere affetto" da pregiudizi discriminatori, specialmente nei confronti delle persone di colore. Di fatto COMPAS era "manipolato" da un sostrato di razzismo inespreso.

Da un punto di vista tecnologico, tale conseguenza non dovrebbe però stupire. I software come COMPAS sono predisposti per elaborare i dati inseriti in un dataset dagli sviluppatori: se i dati sono falsati il risultato prodotto sarà, inevitabilmente, falsato.

Da una prospettiva giuridica, i software di IA impiegati al momento decisorio legittimerebbero di fatto il superamento dei principi che regolano l'esercizio del potere giurisdizionale, o il loro condizionamento da parte di meccanismi della tecnica informatica. In particolare, si pone il problema di comprendere se una decisione algoritmica possa realmente sostituire la decisione di un giudice, e di una giuria.

Per rispondere, crediamo utile richiamare il concetto di "despazializzazione" del giudizio coniato dallo Studioso francese A. Garapon¹¹. L'auto-

¹⁰ Cfr. F. RAHMAN, *COMPAS case Study: fairness of a machine learning model*, in *Towards Data science*, 2020; E. YONG, *A che servono gli algoritmi nei tribunali statunitensi*, ripubblicato su *Internazionale*, 2018; L. HAN-WEI, L. CHING-FU, C. YU-JIE, *Beyond State v. Loomis: Artificial Intelligence, Government Algorithmization, and Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2018; J. AMGWIN, J. LARSON, S. MATTU et al., *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against black*, in *ProPublica*, 2016; B. WINTERS, *AI in the Criminal Justice system*, pubblicazione dell'*Electronic Privacy Information Center*, reperibile al sito <https://epic.org/issues/ai/ai-in-the-criminal-justice-system/> (ultimo accesso dicembre 2021); C. MARKOU, *Why using AI to sentence criminals is a dangerous idea*, in *The Conversation*, 2017.

¹¹ A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021; B. CAPPIELLO,

re ricorda che l'argomentare umano non è immune da vizi al punto che le regole di procedura ammettono l'impugnazione (e talvolta addirittura la revisione) della decisione medesima. La fallibilità umana può dunque essere corretta. La situazione cambia però quando il giudizio è reso all'esito di un calcolo numerico. In tali casi sorge il pericolo di affidare le decisioni a software di giustizia robotica. Parlare di giustizia predittiva è del resto quasi un ossimoro: o ci si affida al vaticinio di una Pizia, oppure la decisione deve formarsi all'esito dello scrutinio di fatti, sussunti e interpretati alla luce di categorie giuridiche predefinite. Tuttavia, un software anche altamente sofisticato non sembra in grado di superare i dubbi che sorgono al giudice-interprete chiamato a qualificare, ad esempio, un comportamento umano che è per natura singolare, così come a rendere concetti astratti ma di profondo impatto giuridico quali la buona fede, la lealtà o la premeditazione. Il software dovrebbe permettere di superare l'incertezza interpretativa attraverso il calcolo, convertendo così le attività umane in una quantità numerica. Tuttavia, come per il giudizio umano, anche la predizione può essere sbagliata magari perché proprio il programma è stato costruito adottando un modello errato, ovvero inserendo i dati in modo confuso, o deformato, all'origine.

L'errore del giudice e quello di un software non ci paiono però assimilabili: la decisione viziata di un giudice può essere impugnata mentre quella a firma COMPAS rischia di rimanere inappellabile. Non vi è infatti modo di risalire al vizio logico che ha portato alla conclusione/decisione passibile di impugnazione. In teoria, si potrebbe risalire alla responsabilità dei programmatori; loro sono però tecnici cui non giuristi investiti del potere di esercitare una funzione pubblica. Al giudice, viceversa, si può e si deve richiedere il rigore del giudizio; del resto, ogni ordinamento giuridico affida la funzione giurisdizionale a magistrati e professionisti di carriera che devono garantire terzietà e imparzialità. Si tratta, peraltro, di giudici naturali precostituiti per legge¹².

«L'operazione di verità» deve dunque passare attraverso il linguaggio,

“La despaializzazione della giustizia”. *Un viaggio critico nella fenomenologia del presente*, in *MediaLaws*, 2021, p. 295 ss.

¹² Cfr. per l'ordinamento italiano, si rinvia agli artt. 111, 101, 25 Costituzione Italiana.

non già i numeri. La “giustizia robotica” esaspera il ruolo delle cifre, che si sostituiscono all’essere la realtà. Per parte nostra, crediamo quindi occorra sin da ora mettere da parte il proposito di definire la figura che sa molto di fantascienza del “giudice robot”.

3.1. *Possibili applicazioni pratiche dell’IA nel settore giudiziario.*

Alla luce del paragrafo che segue, ci pare opportuno parlare di tecnologia a “supporto alle decisioni” non già di “giustizia algoritmica”.

I software di IA associato agli strumenti impiegati nel settore giurisdizionale dovrebbe quindi riferirsi a numerose applicazioni che, pur nella loro diversità, si propongono di fornire a utenti e avvocati strumenti per meglio gestire il procedimento, ovvero predirne la soluzione, sì da modularne la conduzione.

Attualmente, l’uso degli algoritmi nel settore giudiziario sembra essersi moltiplicato: i software di intelligenza artificiale aprono importanti prospettive in termini di gestione dei casi, sia attraverso strumenti di gestione (ad esempio il rinvio a un tribunale competente), sia offrendo strumenti di ricerca e studio assai avanzati dei precedenti giudiziari.

Una prima categoria comprende i software di ausilio all’attività del giudice possono qualificarsi come software di giustizia predittiva. Tali strumenti permettono di prevedere, con immediatezza e un grado di certezza più elevato rispetto alla valutazione “artigianale” del privato o del legale, l’esito di un eventuale giudizio. Tali software di IA possono infatti analizzare e rielaborare ingenti quantità di dati: nel settore giudiziario, ciò può comportare, ad esempio, l’analisi degli importi dei danni riconosciuti dai tribunali in passato, ovvero la probabilità che un ricorso venga accolto, ovvero respinto. In proposito, ricordiamo che nel 2016 la University College of London ha sviluppato un algoritmo in grado di offrire previsioni, poi rivelatesi altamente attendibili, sull’esito di controversie avanti la Corte europea dei diritti dell’Uomo¹³.

Nel dettaglio, l’algoritmo prendeva in esame la giurisprudenza della

¹³ Cfr. N. ALETRAS, D. TSARAPATSANIS *et al.* (a cura di), *Predicting judicial decision of the European Court of human Rights: a natural language processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016, p. 1 ss.

Corte: la macchina in cui è installato l'algoritmo non simula il ragionamento giuridico, ma si limita a fornire un trattamento statistico dei dati raccolti (tasso di errore 20% non decisivo per escludere l'attendibilità complessiva del sistema). Gli strumenti di IA così sviluppati consentono quindi di migliorare, accrescendola, la conoscenza dell'attuale stato del diritto in molteplici settori; ciascuno dipende dai dati con cui viene formato il dataset¹⁴. Tali strumenti parrebbero dunque idonei a garantire l'equità delle soluzioni processuali che, appunto, passa anche per la standardizzazione del trattamento giurisdizionale di casi simili. Tuttavia, si pone il dubbio se tale "equità" sia solo presunta, nel senso che comporta l'effetto di "forzare" i giudici in un ragionamento logico-giuridico stereotipato (si tratta del c.d. effetto "bolla di filtro" che si riscontra anche in termini di informazione sui social network)¹⁵. In proposito, per quanto riguarda l'impiego di strumenti di analisi della giurisprudenza, e a supporto della decisione la CEPEJ, Comitato equità e giustizia costituito in seno al Consiglio d'Europa, ribadisce l'impossibilità di vincolare il giudice al precedente quantitativo, costituito dall'insieme delle decisioni rese da altri giudici; tali sistemi sono inadatti ad assumere un valore normativo, anzi rischiano di avere effetti negativi sull'indipendenza e imparzialità dei giudici. Una seconda categoria di software di ausilio a, ricomprende i software di IA sviluppati per migliorare, e accrescere, l'accesso alla giustizia per potenziali parti che ne sono attualmente prive. La tecnologia verrebbe così impiegata per favorire il raggiungimento del SD n. 16¹⁶; ci riferiamo in particolare alle controversie di modesta entità, per le quali il ricorso a un avvocato, è per esso all'apertura del procedimento, non è per tutti. Da tempo si stanno quindi diffondendo piattaforme arbitrali e di mediazione

¹⁴ Cfr., ad esempio, il software di IA "preditrice" calcola la propensione del giudice riguardo a una decisione su una base di dati costituita da sentenze di Corti di appello e della Corte di Cassazione francese. Cfr. *Predictive justice: when algorithms pervade the law*, in *Paris Innovation Review*, 9 June 2017, reperibile in <http://parisinnovationreview.com/articles/en/predictive-justice-when-algorithms-pervade-the-law> (ultimo accesso 2021).

¹⁵ Cfr. A. GARAPON, *op. cit.*, p. 80 ss.

¹⁶ Cfr. J.D. SACHS, C. KROLL, G. LAFROTUNE *et al.*, *Sustainable Development Report*, 2021, *The Decade of action for the sustainable development goals*, Cambridge, 2021; in particolare, sul SD Goal n. 16 si rinvia a <https://sdgs.un.org/goals/goal16> (ultimo accesso dicembre 2021).

(spesso denominate Online Dispute Resolution – ODR¹⁷) basate sull'IA¹⁸. Qui, l'IA appare soprattutto come un mezzo per ridurre i costi e automatizzare il ragionamento legale, permettendo di accedere alla giustizia anche a chi prima non avrebbe potuto “ottenere giustizia”. L'IA, combinata ad altri strumenti tecnologici, può infatti favorire la celebrazione di procedimenti online, abbattendo i costi e garantendo una decisione “secondo equità”. Il ricorso a tali strumenti deve essere certamente favorito, a patto però che si propugni “una nuova etica del processo”. Le forme servono, anche in una realtà “despazializzata”. Il rischio è altrimenti l'appiattimento verso ciò che è facile, *n'importe quoi* e verso l'omologazione di ruoli e, ancor più grave, di pensieri.

4. *Questioni giuridiche aperte connesse all'impiego di IA “in giudizio”: il rischio per la tutela dei dati delle parti del procedimento.*

La prospettiva di sostituire il processo con una applicazione standardizzata automatica comporta il pericolo di alterare la configurazione dell'esercizio del potere giurisdizionale, come descritta nel nostro assetto istituzionale, costituzionalmente garantito, e condiviso a livello sovranazionale¹⁹. In particolare, la rapida panoramica delle possibili applicazioni degli strumenti di IA che coadiuvano o potrebbero coadiuvare l'esercizio

¹⁷ See 2016 UNCITRAL *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, along with EU ODR Platform; I. AMRO, *Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries*, Cambridge, 2019, p. 32 ss.

¹⁸ B. CAPIELLO, *Where is Justice taking place? Blockchain technology as a tool to fill a gap*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2019, p. 652 ss.; R. LETTERON, *Digital Access to the Law*, in *Les Annales des Mines*, 3 September 2018; C. CAMION, *Three Trade-Offs to Efficient Dispute Resolution*, in K. BENYEKHLEF, J. BAILEY, J. BURKELL, F. GELINAS (a cura di), *op. cit.*, p. 317 ss.

¹⁹ F. RASO *et al.*, *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, in Research Publication No. 2018-6, Berkman Klein Center at Harvard University, 2018, p. 25; L. MCGREGOR, D. MURRAY, V. NIG, *International Human Rights Law as a framework for algorithmic accountability*, in *British Institute of International and Comparative Law*, 2019, p. 325 ss.

della funzione giurisdizionale solleva un dubbio circa il rispetto dei diritti delle parti in causa, in particolare il diritto alla privacy e il diritto alla non discriminazione, principalmente dovuta all'uso/abuso dei dati personali.

I dati personali sono infatti utilizzati dai sistemi di IA, di supporto alla fase di celebrazione del processo, come dati utili per il c.d. apprendimento del sistema medesimo. Si tratta essenzialmente di dati raccolti ed estrapolati da decisioni giudiziarie rese dai tribunali nazionali e non solo, competenti su una specifica questione. Senza tali dati, sarebbe impossibile sviluppare e "far lavorare" un algoritmo di IA. La condivisione di questi dati è però disomogenea e dipende da giurisdizione a giurisdizione. Per un risultato di equilibrio, quindi privo di pregiudizi, occorrerebbe prestare attenzione alle modalità di raccolta ed elaborazione dati (e il c.d. fenomeno di open data delle decisioni giudiziarie). Per garantire il diritto alla privacy delle parti in causa, gli Stati prima di rendere pubbliche e inserire in dataset i precedenti giudiziari, dovrebbero anonimizzare le decisioni dei tribunali, precludendo il rischio di re-identificazione. Va notato che fino ad ora le decisioni dei tribunali non sono state anonime perché sono state consultate solo da avvocati nell'ambito della ricerca giurisprudenziale e non sono state ampiamente diffuse come lo sono oggi²⁰.

Vi è poi una questione correlata che concerne la tipologia di dati presi in considerazione nella risoluzione delle controversie. L'uso dei dati personali come dati di apprendimento di un algoritmo rischia infatti di discriminare alcune categorie della popolazione a causa di vari pregiudizi che potrebbero interessarle. Ci si domanda quindi quali siano i criteri, dati sensibili, rilevanti per fare giustizia. Ad esempio, non è chiaro se si possano trattare dati personali sensibili come il consumo di alcol e droghe, la cronologia dei siti web consultati, lo stato civile, il numero di tentativi di suicidio o anche le credenze religiose al fine di giudicare le persone. In caso di risposta affermativa si pone il dubbio sul ruolo da riconoscere a questi dati. Le risposte naturalmente variano a seconda del tipo di controversia e del capo di accusa.

²⁰ In Francia si è scelto di non rendere anonimi i nomi di magistrati e cancellieri, ma di vietarne l'utilizzo ai fini della costruzione di dataset per un algoritmo di IA che potrebbe favorire la valutazione, l'analisi, il raffronto o la previsione delle loro pratiche professionali con pena di cinque anni di reclusione e di 300.000 euro di multa.

Si tratta di questioni aperte perché mentre i giudici sono tenuti a giustificare le proprie decisioni con un ragionamento logico giuridico, i predetti dati sensibili spesso rimangono inespressi pur assumendo un ruolo nel processo decisionale del giudice. Al contrario, l'uso di strumenti di intelligenza artificiale impone di fare scelte definite *ex ante* sull'utilizzo di tali dati al fine di costruire i c.d. dataset. I data set non sono infatti informazioni oggettive, ma creazioni che subiscono i pregiudizi rispetto al luogo fisico, all'ambiente socioculturale etc. E proprio l'incertezza sul risultato-output proposto dall'algoritmo è probabilmente la ragione per cui la recente proposta di Regolamento europeo che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale previsto in art. 10.3 che "i set di dati di addestramento, convalida e prova devono essere pertinenti, rappresentativi, esenti da errori e completi"²¹. La Proposta prevede quindi l'obbligo di garantire il controllo sulle modalità di predisposizione dei data set. Sempre in seno all'Unione europea, i dubbi relativi alla tutela dei dati personali potrebbero essere risolti dalle disposizioni del Regolamento UE 2016/679 (GDPR) che regolano il processo decisionale individuale automatizzato, inclusa la "profilazione" che si sostanzia nella valutazione o previsione del comportamento delle persone²².

L'art. 22 GDPR prevede che le persone abbiano il diritto di non essere oggetto di una decisione – anche giudiziaria – basata esclusivamente su un trattamento automatizzato che produca effetti giuridici che le riguardano o che le influenzino in modo significativo. Il divieto predetto non è peraltro assoluto in quanto il GDPR prevede al § 2 dell'art. 22, che le persone possono acconsentire a tale trattamento e che, più in generale, gli Stati possono autorizzare tali pratiche per legge (senza ricevere il consenso degli interessati) se sono adottate per salvaguardare i diritti e le libertà

²¹ Cfr. Commissione europea, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM (2021), 206 definitivo.

²² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

degli individui. La legislazione europea apre quindi la strada a un processo decisionale individualizzato, che potrebbe essere basato esclusivamente su strumenti automatizzati: il ricorso al trattamento automatizzato è autorizzato, purché non esclusivo. I sistemi di supporto alle decisioni potrebbero dunque rientrare perfettamente nell'ambito degli usi leciti. Concretamente, ciò significa che un giudice deve poter influenzare la decisione, il che significa, ad esempio, poter configurare il software ovvero interagirvi per arrivare alla decisione. Tali requisiti impongono indirettamente anche agli Stati l'obbligo di rendere pubblici gli algoritmi degli strumenti di IA utilizzati.

5. *Quadro giuridico di riferimento sovranazionale: lo stato dell'arte.*

Ad oggi ci pare utile segnalare due interventi di proposte normative rispettivamente di hard e di soft law che si propongono di orientare l'uso degli strumenti di IA nel settore giudiziario.

Quanto alle prime, l'Unione europea ha dichiarato di voler introdurre due testi distinti che intendono coordinare previsioni idonee a disciplinare due diverse categorie di problemi che si pongono rispettivamente a monte – quindi in fase di sviluppo del software di IA – e a valle – quindi in fase di uso. Le prime concernono le c.d. *issues of permittance or prohibition*: si tratta di norme di carattere pubblicistico redatte sulla falsariga della direttiva europea macchine che quindi prescrivono modalità di sviluppo e di funzionamento del software. Nel dettaglio, la proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale resa pubblica il 21 aprile 2021 dalla Commissione Europea qualifica gli strumenti di IA adoperati nel settore giudiziario come “sistemi ad alto rischio”²³.

I settori di IA ad alto rischio sono elencati nell'Allegato III ed è interessante sottolineare che le attività ivi elencate includono per lo più settori pubblici e servizi essenziali favorendo così la tutela dell'interesse pubblico interno. Operativamente, se un prodotto rientra tra quelli di IA ad

²³ Il Consiglio ha invitato la Commissione a definire in modo chiaro le applicazioni di IA ad alto rischio. Cfr. Consiglio europeo, Riunione speciale del Consiglio europeo (1 e 2 ottobre 2020), Conclusioni, EUCO 13/20, 2020.

alto rischio, il produttore è tenuto a condurre un *ex ante impact assessment* per ottenere un certificato di conformità e così introdurre il prodotto medesimo nel mercato. Tale meccanismo di qualificazione, se mantenuta, comporterebbe la costituzione di alcune garanzie destinate ad inquadrare il funzionamento dei software di IA ad alto rischio. In particolare, tale sistema dovrebbe essere soggetto a certificazione di conformità da parte di organismi autorizzati, implicherebbe l'istituzione di un sistema di gestione dei rischi, obbligo in termini di governance dei dati, obbligo di rendere pubblica la documentazione tecnica, obbligo di registrazione automatica dei log, obbligo di informazione dell'utente o addirittura obbligo di supervisione umana.

La seconda categoria di norme all'esame del legislatore europeo riguarda le c.d. *questions of liability and responsibility* ed è contenuta nella risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale²⁴: le norme ivi contenute introducono una disciplina sulla responsabilità civile extracontrattuale che sorge in conseguenza di eventuali difetti di produzione o di malfunzionamento di un prodotto di IA. Interessante rilevare che tale risoluzione opta per un regime di responsabilità oggettiva per gli operatori di back end e di front end dei sistemi di IA ad alto rischio. Il primo beneficia del risultato dell'operazione mentre come precisato nella Risoluzione il secondo definisce continuamente "le caratteristiche della tecnologia e fornisce dati e un supporto essenziale di back-end"²⁵. Nonostante l'operatore di frontend assuma il ruolo di chi decide in merito all'utilizzo del sistema di IA, quello di backend è la persona che, operativamente, si assume un grado di controllo più elevato sui rischi dell'attività svolta dall'IA (premessa 10). La definizione di operatori non è di aiuto quando si tratta di sistemi usati nel settore giuridico. Utile quindi attenzione per comprendere se, e in quale misura, l'operatore di giustizia, coadiuvato da strumenti di IA, dovrebbe rispondere quale operatore di back e/o di front end.

²⁴ Cfr. Parlamento europeo, risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale, 2020/2014(INL) P9_TA(2020)0276, 20 ottobre 2020.

²⁵ *Ibidem* art. 3 lett. f).

Per quanto riguarda gli strumenti di *soft law*, nel 2019 il Consiglio d'Europa ha pubblicato la Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi²⁶. La Carta si rivolge, senza vincolarli, non solo ai legislatori, ma anche ai soggetti, privati e pubblici, coinvolti nello sviluppo di software di IA da usare nel settore giudiziario²⁷. Nel dettaglio, la Carta racchiude cinque principi che si presentano come un vero e proprio Statuto della giustizia digitale. Nel dettaglio, la Carta prescrive il rispetto dei diritti fondamentali suggerendo l'elaborazione di previsioni idonee ad addestrare gli algoritmi garantendo un approccio etico: c.d. *ethical by design* o *human rights by design*²⁸. Quanto al principio di non discriminazione, la Carta suggerisce attenzione alla definizione di dataset che contengono dati di apprendimento per l'algoritmo. Lo sviluppo degli strumenti di IA deve essere garantito assicurando la qualità e la sicurezza dei software possibile anche grazie a un approccio multidisciplinare. I processi computazionali dei software impiegati nelle corti devono essere accessibili, comprensibili e verificabili assicurando così la trasparenza, l'imparzialità e l'equità del software. Ciò, al fine di evitare, per quanto tecnicamente possibile, il fenomeno del c.d. *human out of the loop*. La Carta prescrive di trovare un equilibrio tra interessi privati (cfr. tutela proprietà) e necessità di garantire trasparenza e conoscibilità degli algoritmi. Il Consiglio evidenzia la necessità di risalire alle informazioni di cui si "nutre" l'algoritmo sì da essere consapevoli delle scelte finali dell'IA. I principi espressi nella Carta si muovono proprio nella prospettiva principale di

²⁶ Cfr. European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment", European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), in Council of Europe Portal, 4 December, 2018, Guidelines on how to drive change towards Cyberjustice (Council of Europe Portal, 7 December 2016).

²⁷ Cfr. Consiglio d'Europa, *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, DGI (2017) 12, nella sezione *fair trial* e *due process*, il Comitato ha approfondito i profili critici degli strumenti di IA impiegati nel processo penale USA: principali preoccupazioni riguardano il rispetto dei principi quali: presunzione di innocenza, parità del contraddittorio.

²⁸ L. FLORIDI, F. CABITZA, *Intelligenza artificiale, l'uso delle nuove macchine*, Milano, 2021.

precludere un approccio deterministico, escludendo il rischio di un eccessivo automatismo o di una standardizzazione delle decisioni, pretendendo invece che gli utilizzatori agiscano come soggetti “informatici” in grado di controllare le scelte effettuate dal software. In tal senso, si potrebbe ipotizzare la predisposizione di un registro dei codici sorgente anche per assicurare il controllo dell'utilizzatore sì da rafforzare non limitare l'autonomia del decidente.

6. Conclusioni.

L'analisi che precede ha preso le mosse dalla necessità di esplorare il fenomeno della “despazializzazione”²⁹. In materia di giustizia come in altri settori, non interessa più sapere se l'intelligenza artificiale meriti o meno un posto, ma interessa determinare, distinguendo, gli usi consentiti, e gli usi vietati. La questione è stata dunque valutare in qual misura la cognizione della *machina sapiens* e la prospettiva di un algoritmo che orienta e “decide” l'esito dei contenziosi sostanzii l'esercizio del potere giurisdizionale. La prospettiva assunta è stata quella di riconoscere una futura – inevitabile – cooperazione tra intelligenza umana e IA, quindi tra agenti umani e agenti robotici. Con l'avvento del digitale si è infatti aperta una nuova e ulteriore fase che deve essere ancora conosciuta, capita e quindi inquadrata. Le cornici del diritto non possono essere sostituite da griglie. Piuttosto, le griglie devono essere costruite nel rispetto delle cornici del diritto, che poi non sono altro che le espressioni dei principi e dei valori della tradizione del presente.

Posto ciò, i recenti tentativi di integrare le nuove tecnologie, in particolare i sistemi di IA, con l'esercizio del potere giurisdizionale sta favorendo il fenomeno di digitalizzazione ma, come l'analisi ha dimostrato, ciò non significa, almeno per ora, garantire il raggiungimento del SD *Goal* 16, ossia estendere l'accesso alla giustizia. Piuttosto, vi è il rischio che le nuove tecnologie de-strutturino il “sistema giustizia” privandolo, a ogni livello (nazionale e sovranazionali) dei tecnicismi procedurali che risultano assai importanti per garantire l'esercizio, tra l'altro, di un giusto processo così come

²⁹ Il termine suggerisce un processo «di territorializzazione del diritto», in A. GARAPON, *op. cit.*, 1 ss.

la tutela dei diritti delle parti coinvolte. In proposito, l'indirizzo seguito dal legislatore europeo ci pare condivisibile nella misura in cui intende circoscrivere l'uso dell'IA a supporto delle attività di elaborazione, studio e preparazione del giurista. Tutto ciò, in chiave rigorosamente etica. La soglia oltre la quale l'IA non può andare è il momento della decisione che è e deve rimanere "atto del giudice"; il giudice attingendo indicazioni, spunti e "conoscenza" dalle sempre più vaste banche dati elaborate per i sistemi di IA deve però essere in grado di dialogare con i sistemi medesimi e così garantire, motivandola, la decisione giusta per il caso al suo esame.

Bibliografia

- ALETRAS N., TSARAPATSANIS D. *et al.* (a cura di), *Predicting judicial decision of the European Court of human Rights: a natural language processing perspective*, in *PeerJ Computer Science*, 2016, p. 1 ss.
- AMGWIN J., LARSON J., MATTU S. *et al.*, *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against black*, in *ProPublica*, 2016.
- AMRO I., *Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study of Cross-Border Commercial Transactions in Common Law and Civil Law Countries*, Cambridge, 2019, p. 32 ss.
- BARICCO A., *The Game*, Torino, 2018.
- BARLOW J.P., *A cyberspace Independence Declaration*, Davos, 1996.
- BENYEKHFLEF K., BAILEY J., BURKELL J., GELINAS F. (a cura di), *eAccess to Justice*, Ottawa, 2016.
- BOTTOU L., *From Machine Learning to Machine Reasoning*, in *ARXIV.org*, 2011.
- CAMION C., *Three Trade-Offs to Efficient Dispute Resolution*, in K. BENYEKHFLEF, J. BAILEY, J. BURKELL, GELINAS F. (a cura di), *eAccess to Justice*, Ottawa, 2016.
- CAPPIELLO B., *Where is Justice taking place? Blockchain technology as a tool to fill a gap*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, p. 652 ss.
- CAPPIELLO B., *"La despazializzazione della giustizia". Un viaggio critico nella fenomenologia del presente*, in *MediaLaws*, 2021, p. 295 ss.
- DOSHI-VELEZ F. *et al.*, *Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation*, pubblicazione Berkman Klein Center Working Group on Explanation and the Law, 2017. p. 3 ss.
- FLORIDI L., CABITZA F., *Intelligenza artificiale, l'uso delle nuove macchine*, Milano, 2021.

- GARAPON A., *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021.
- HAN-WEI L., CHING-FU L., YU-JIE C., *Beyond State v. Loomis: Artificial Intelligence, Government Algorithmization, and Accountability*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2018.
- IRTI N., SEVERINO E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001.
- LETTERON R., *Digital Access to the Law*, in *Les Annales des Mines*, 3 September 2018.
- MARKOVIC M., GOSTOJIC S. *et al.* (a cura di), *Survey of open data in judicial Systems*, in *Conference: the 6th International Conference on information society and technology*, ICIST, 2016.
- MARKOU C., *Why using AI to sentence criminals is a dangerous idea*, in *The Conversation*, 2017.
- MCMULLAN T., *A.I. Judges: The Future of Justice Hangs in the Balance*, in *Medium*, 2016.
- PASTUKHOVA A., *Artificial Intelligence as a Judge: Can We Rely on a Machine?*, in *LLM paper*, Ghent University, Faculty of Law, 2017, p. 29 ss.
- POLSON N., SCOTT J., *Numeri Intelligenti*, Torino, 2019.
- RAHMAN F., *COMPAS case Study: fairness of a machine learning model*, in *Towards Data science*, 2020.
- RASO F. *et al.*, *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, in *Research Publication No. 2018-6*, Berkman Klein Center at Harvard University, 2018, p. 25 ss.
- SACHS J.D., KROLL C., LAFROTUNE G. *et al.*, *Sustainable Development Report, 2021, The Decade of action for the sustainable development goals*, Cambridge, 2021.
- SOURDIN T., *Judge v. Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making*, in *UNSW Law Journal*, 2018, p. 1133 ss.
- SHAHRIARI B., SWERKY K., WANG Z. *et al.*, *Taking the human out of the loop: a review of Bayesian optimization*, in *Proc. IEEE*, 2016, p. 148 ss.
- WADDELL K., *Can judging be automated?* in *Axios*, 2018.
- WINTERS B., *AI in the criminal Justice system*, pubblicazione dell'Electronic Privacy Information Center, reperibile al sito <https://epic.org/issues/ai/ai-in-the-criminal-justice-system> (ultimo accesso dicembre 2021).
- YONG E., *A che servono gli algoritmi nei tribunali statunitensi*, ripubblicato su *Internazionale*, 2018.
- ZHANG J., BAREINBOIM E. (a cura di), *Can humans be out of the loop?*, in *Technical Report*, 2020, p. 1 ss.

CAPITOLO 2

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E PROCESSO AMMINISTRATIVO: LA RIDUZIONE DELLA Distanza GEOGRAFICA E DEI TEMPI GRAZIE ALLA DIGITALIZZAZIONE

Gherardo Carullo

SOMMARIO: 1. Introduzione: la digitalizzazione del processo amministrativo nella prospettiva del *Goal 16* delle Nazioni Unite. – 2. La distanza geografica nella giustizia amministrativa prima del processo amministrativo telematico. – 3. Gli strumenti di digitalizzazione del processo amministrativo telematico che hanno ridotto la distanza tra le parti, i difensori ed il giudice. – 4. Criticità e problemi ancora irrisolti del processo amministrativo telematico che si pongono quale limite al pieno raggiungimento del *Goal 16*. – 5. Riduzione della distanza geografica e persistente eccessiva durata dei processi: superare la competenza territoriale per ridistribuire i ruoli. – 6. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Introduzione: la digitalizzazione del processo amministrativo nella prospettiva del Goal 16 delle Nazioni Unite.

Il sedicesimo obiettivo di sviluppo sostenibile delle Nazioni Unite mira alla «*promozione di società pacifiche ed inclusive ai fini dello sviluppo sostenibile, e si propone inoltre di fornire l'accesso universale alla giustizia, e a costruire istituzioni responsabili ed efficaci a tutti i livelli*»¹. Tra i traguardi relativi a questo goal, troviamo in particolare, al numero 16.3, il «*pro-*

¹V. <https://unric.org/it/obiettivo-16-pace-giustizia-e-istituzioni-forti>.

*muovere lo stato di diritto a livello nazionale e internazionale e garantire un pari accesso alla giustizia per tutti*².

Non pare necessario soffermarsi sull'importanza di tale obiettivo. Si può dare per scontato che una giustizia efficiente ed efficace, accessibile e tempestiva siano elementi essenziali di uno stato di diritto, la cui mancanza può minare alle fondamenta gli elementi costitutivi di una società civile, tra gli altri generando incertezza nei rapporti giuridici e riducendo la complessiva competitività del sistema economico, con tutte le conseguenze a cascata che ne derivano.

Le Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (ICT) – che oggi appaiono tanto comuni nella quotidianità da far apparire l'espressione «*nuove tecnologie*» ormai anacronistica – permettono di ridurre le distanze drasticamente, consentendo uno scambio di dati pressoché immediato e, soprattutto, anche di comunicare in tempo reale attraverso strumenti quali quelli di videoconferenza. Come la pandemia ha ben dimostrato, è indubbiamente possibile – ma non per ciò sempre preferibile – condurre più o meno complesse interazioni a distanza.

A tale ultimo riguardo occorre sottolineare che la pandemia ha avuto un effetto acceleratorio di un processo di transizione al digitale a ben vedere già da tempo in atto³. Se pur infatti la necessità di lavorare da casa per via della situazione sanitaria ha moltiplicato il numero di società che hanno preferito la modalità di lavoro da remoto anche passata l'emergenza – come, ad esempio, *Dropbox Inc*⁴ –, tale fenomeno non è nuovo. Già da diversi anni alcune imprese, specialmente quelle altamente innovative, avevano optato per tale modalità organizzativa, in taluni casi anche con significativi successi, come nel caso di *GitLab Inc*, che ha addirittura pubblicizzato il fatto di essere «*100% remote since inception*» nei do-

² *Ibidem*. Per un approfondimento sui criteri di valutazione del raggiungimento dell'obiettivo 16.3, v. M.L. SATTERTHWAITTE, S. DHITAL, *Measuring Access to Justice: Transformation and Technicality in SDG 16.3*, in *Global Policy*, vol. 10, S1, 2019.

³ In tal senso si veda lo studio di A. OZIMEK, *The Future of Remote Work*, in *SSRN*, 2020, *passim*.

⁴ V. il comunicato stampa in data 13 ottobre 2020, <https://blog.dropbox.com/topics/company/dropbox-goes-virtual-first>.

cumenti presentati alla *Securities Exchange Commission* per la quotazione sul Nasdaq⁵.

Condividendosi dunque l'importanza del suddetto obiettivo 16 delle Nazioni Unite, l'attenzione qui è volta a valutare in che misura le ICT possano supportare le azioni volte a realizzarlo sotto lo specifico profilo della riduzione delle distanze geografiche e di conseguenza auspicabilmente anche dei tempi del processo. Lo si farà prendendo in considerazione la giustizia amministrativa, se pur quanto si dirà potrà certamente valere, *mutatis mutandis*, anche in rapporto alle altre giurisdizioni.

Nel processo amministrativo, come già avvenuto in relazione a quello civile, il legislatore ha infatti scelto di ricorrere al digitale per portare i vantaggi offerti dalle ICT nell'amministrazione della giustizia, così dando vita al c.d. «*processo amministrativo telematico*» (anche noto con l'acronimo PAT), divenuto peraltro la modalità esclusiva di azione dal 1° gennaio 2018⁶.

Si è efficacemente, e condivisibilmente, commentato in dottrina che il PAT si fonda su tre «*capisaldi*», in particolare: «*la “neutralità” dello strumento telematico rispetto alla disciplina generale del processo amministrativo; il conferimento di rilevanza ed efficacia formale unicamente agli atti digitali; l'utilizzo esclusivo dei mezzi di trasmissione elettronica*»⁷.

In particolare, il primo elemento sottolineato da tale Autore appare confermare quell'idea per cui l'uso di tecnologie digitali non muta gli istituti giuridici alla base, cambiando semplicemente gli strumenti – e le modalità – attraverso cui i medesimi fini erano soddisfatti “in modo analogico”⁸.

⁵ V. il form *S-1 registration statement* su <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/0001653482/000162828021018818/gitlab-sx1.htm>.

⁶ Dal 1° gennaio 2017 il PAT era già entrato in vigore in via transitoria, periodo nel quale erano ammesse sia le modalità digitali sia quelle cartacee. L'entrata in vigore del PAT era in realtà originariamente fissata per il 1° gennaio 2016 dal d.l. 27 febbraio 2015, n. 83, ma fu posticipata una prima volta al 1° luglio 2016 dal d.l. 30 dicembre 2015, n. 210, e poi ulteriormente rinviata al 1° gennaio 2017, dal d.l. 30 giugno 2016, n. 117.

⁷ Così F. GAFFURI, *Il processo amministrativo telematico*, in R. CAVALLO PERIN; D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 344-345.

⁸ In tal senso si rinvia a quanto già esposto in G. CARULLO, *Gestione, fruizione e dif-*

Possiamo perciò rilevare anzitutto che la digitalizzazione del processo amministrativo, per quanto riguarda gli strumenti in concreto utilizzati, ha potuto fare affidamento sulle previsioni da tempo dettate dal d.lgs. n. 82/2005, il c.d. Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD). Prescrive infatti l'art. 2, comma 6, che le «*previsioni del CAD stesso si applicano al processo civile, penale, amministrativo, contabile e tributario, in quanto compatibili e salvo che non sia diversamente disposto dalle disposizioni in materia di processo telematico*».

Istituti quali la firma digitale, la posta elettronica certificata e le norme sulla validità ed efficacia dei documenti informatici costituiscono perciò la base su cui è stato sviluppato il PAT. Si tratta di istituti che, nell'ottica del presente contributo, avevano già da tempo contribuito a ridurre la distanza tra cittadino e pubblica amministrazione, consentendo la fruizione a distanza di molteplici servizi pubblici.

Come purtroppo noto, tale circostanza ha subito una forte accelerazione a causa della pandemia a partire da marzo 2020. A fronte delle misure di contenimento adottate dal Governo, tra cui il divieto di circolazione, gli strumenti digitali sono divenuti improvvisamente il canale esclusivo per ottenere servizi e prestazioni da autorità pubbliche (e non solo). Ciò ha così determinato l'adozione su larga scala di strumenti previsti dal CAD, quali il Sistema Pubblico di Identità Digitale (c.d. SPID), prima di scarsa diffusione⁹.

Si può perciò sin d'ora dire che tale evenienza può probabilmente andare a tutto vantaggio anche del PAT. Avvalendosi quest'ultimo dei medesimi suddetti strumenti, risulta oggi fondato su tecnologie di più larga diffusione e, quindi, auspicabilmente, di più facile reperibilità ed utilizzo.

Ciò premesso, prima di passare a valutare in che misura la digitalizzazione del processo amministrativo possa contribuire al raggiungimento del *Goal 16*, pare opportuno brevemente analizzare in che modo la distan-

fusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa, Torino, 2017, pp. 14-16.

⁹ Si pensi che da aprile 2016 sino a dicembre 2019 le utenze SPID attivate risultavano poco più di 5 milioni complessivamente, mentre tra gennaio 2020 e ottobre 2021 ne sono state attivate più di 20 milioni, per un totale di circa 25,6 milioni di utenze. Dati forniti da AgID, v. <https://avanzamentodigitale.italia.it/it/progetti/spid>.

za geografica rilevasse nella giustizia amministrativa prima dell'avvio del PAT.

2. *La distanza geografica nella giustizia amministrativa prima del processo amministrativo telematico.*

Sotto un profilo spaziale, una fondamentale norma sull'organizzazione della giustizia amministrativa è dettata dall'art. 125 Cost., ai sensi del quale «*nella Regione sono istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado, secondo l'ordinamento stabilito da legge della Repubblica*», con la precisazione che «*possono istituirsi sezioni con sede diversa dal capoluogo della Regione*».

Come ricordato in dottrina, dopo una serie di interventi normativi relativi all'assetto organizzativo della giurisdizione amministrativa non determinati dalla Costituzione, finalmente «*con la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge Tar), furono istituiti, nei capoluoghi di ciascuna Regione, i Tribunali amministrativi regionali (Tar); successivamente, in otto Regioni furono istituite anche sezioni staccate presso altrettanti capoluoghi di provincia*»¹⁰.

Tale scelta del costituente, e quindi del legislatore ordinario nell'individuazione delle sedi distaccate, ha determinato una distribuzione geografica dei TAR significativamente inferiore a quella della giustizia civile, la cui distribuzione territoriale è articolata ancora oggi in ben oltre 160 sedi¹¹.

Da ciò ne è derivata una maggiore distanza tra il cittadino ed il giudice per tutte le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa, con una particolare accentuazione del problema nei giudizi di appello, localizzati esclusivamente a Roma innanzi al Consiglio di Stato, e solo eccezionalmente a Palermo innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Anche qui la maggiore distanza tra cittadino e giudice è ancor più evidente in rapporto alla giustizia civile, nella quale il giudice d'appello è, a seconda del riparto di competenze, il Tribunale ov-

¹⁰ Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII ed., Torino, 2019, p. 41.

¹¹ V. il r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, relativo all'ordinamento giudiziario, e s.m.i.

vero la Corte d'Appello¹², sicché comunque un organo nel territorio della Regione del giudice di primo grado.

Prima dell'introduzione delle ICT il distanziamento territoriale tra TAR e cittadini era particolarmente significativo in quanto lo svolgimento della maggior parte delle attività processuali, quali il deposito o l'estrazione di copia di atti e documenti, comportava la necessità di recarsi materialmente presso la cancelleria.

Non solo. Anche la ricezione di comunicazioni inviate dai TAR e dal Consiglio di Stato presupponeva una certa vicinanza con il giudice. L'art. 25 del d.lgs. n. 104/2010, c.d. codice del processo amministrativo (c.p.a.) ancora prescrive che *«nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali, la parte, se non elegge domicilio nel comune sede del tribunale amministrativo regionale o della sezione staccata dove pende il ricorso, si intende domiciliata, ad ogni effetto, presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale o della sezione staccata»*, e che *«nei giudizi davanti al Consiglio di Stato, la parte, se non elegge domicilio in Roma, si intende domiciliata, ad ogni effetto, presso la segreteria del Consiglio di Stato»*.

Se tale norma, ai sensi del comma 1-ter del medesimo articolo, oggi non si applica più ai *«ricorsi soggetti alla disciplina del processo amministrativo telematico»*, fino al 1° gennaio 2018 ha invece avuto un rilievo assolutamente significativo, determinando in sostanza l'esigenza per gli avvocati stabiliti in diverso comune di eleggere un domicilio speciale per ciascun giudizio.

In ragione delle suesposte esigenze, si era diffusa la prassi di nominare un domiciliatario, in procura o meno, affinché questo potesse fornire un indirizzo valido per le comunicazioni, così come occuparsi di tutte le attività di cancelleria e, ove necessario, persino presenziare alle udienze per le quali il difensore di fiducia non ritenesse necessaria una trasferta.

Si noti che una simile necessità, per gli avvocati stabiliti in un comune sede di un TAR, si presentava solo qualora il cliente dovesse impugnare un atto di competenza territoriale di altro TAR, mentre per gli avvocati stanziati in un comune senza TAR l'evenienza ricorreva per qualsiasi controversia loro affidata da promuovere innanzi alla giurisdizione amministrativa.

¹²V. art. 341 c.p.c.

Tale circostanza ha contribuito a concentrare gli studi di avvocati specializzati in materie oggetto di giurisdizione amministrativa nei comuni sedi di TAR in quanto strutturalmente avvantaggiati nell'organizzazione delle attività difensive.

Per altro verso, la maggior concentrazione di avvocati specializzati in materie di diritto amministrativo nei comuni sedi di TAR, o comunque la necessità di eleggere domicilio nel comune sede del TAR adito, dalla prospettiva dei cittadini residenti in altro ente locale si traduceva in maggiori oneri e costi, o quantomeno in maggiori difficoltà nel trovare un avvocato di fiducia a cui rivolgersi.

V'è da dire che tale situazione derivava dal naturale modo di essere delle cose in un mondo analogico, nel quale ancora non esistevano strumenti in grado di far transitare dati in modo pressoché istantaneo anche a grandi distanze. E così anche i fenomeni culturali e sociali che ne sono derivati possono essere considerati il risultato in un contesto nel quale l'interazione fisica in persona era l'unica modalità di azione possibile. Il che è cambiato radicalmente con l'implementazione del PAT.

3. Gli strumenti di digitalizzazione del processo amministrativo telematico che hanno ridotto la distanza tra le parti, i difensori ed il giudice.

Sotto un profilo materiale, l'introduzione del PAT ha ridotto drasticamente le distanze geografiche tra le parti, i relativi difensori ed il giudice, introducendo molteplici strumenti ed istituti che hanno in gran parte, se non interamente, rimosso la necessità di recarsi fisicamente in Tribunale.

Per valutare in che termini ciò sia stato realizzato possiamo analizzare le regole tecniche-operative del PAT da ultimo adottate con il decreto del Presidente del Consiglio di Stato in data 28 luglio 2021, e dal relativo Allegato 1 e 2¹³ (di seguito Regole Tecniche PAT).

Un elemento centrale del PAT, che consente in sostanza l'esistenza stessa del processo telematico, è il «*Sistema Informativo della Giustizia Am-*

¹³ Pubblicato in *G.U.*, Serie gen., n. 183 del 2 agosto 2021.

ministrativa» (di seguito SIGA), ossia «l'insieme delle risorse hardware e software, mediante le quali la Giustizia amministrativa tratta in via automatizzata attività, dati, servizi, comunicazioni e procedure riguardanti l'esercizio dei compiti istituzionali inerenti allo svolgimento dell'attività processuale»¹⁴.

Il SIGA è, in breve, una complessa piattaforma informatica sulla base della quale si sviluppa la digitalizzazione dell'intero processo, dall'atto introduttivo dello stesso, sino alla sua conclusione¹⁵. È particolarmente importante sottolineare che attraverso tale sistema si è implementata un'integrale digitalizzazione del "ciclo produttivo", ossia di tutte quelle operazioni materiali che devono essere svolte dai diversi attori del processo amministrativo nelle sue varie fasi¹⁶.

Per quanto riguarda il ruolo delle parti e dei difensori, la digitalizzazione delle attività che competono a questi può essere apprezzata già dalla fase introduttiva del giudizio: dalla stesura del ricorso, passando per la procura alle liti e la notifica e quindi al suo deposito.

Anzitutto, l'art. 9, comma 1, All. 1, delle Regole Tecniche precisa che *«salvo diversa espressa previsione, il ricorso introduttivo, le memorie, il ricorso*

¹⁴ Art. 1, comma 1, lett. d), All. 1, Regole Tecniche PAT.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 4 dell'Allegato 1 delle Regole Tecniche, *«il SIGA gestisce con modalità informatiche in ogni grado del giudizio la formazione del fascicolo, le operazioni di individuazione del procedimento giurisdizionale, la tenuta dei registri, il deposito, la conservazione, la visualizzazione e l'estrazione di copie degli atti del fascicolo, la pubblicazione dei provvedimenti giurisdizionali, le comunicazioni di segreteria, la trasmissione dei fascicoli ed ogni altra attività inerente o comunque connessa al processo amministrativo telematico».*

¹⁶ In tal senso B. BRUNELLI, *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 71, 2, 2017, par. 2, evidenzia che *«il processo amministrativo telematico [...] ha la caratteristica di essere nato direttamente ed interamente digitale».* Da evidenziare che un ultimo "baluardo" analogico, finalmente abrogato dall'art. 4, comma 1, d.l. n. 28/2020, era previsto dall'art. 7, comma 4, d.l. n. 168/2016 che prevedeva il deposito di *«almeno una copia cartacea del ricorso e degli scritti difensivi»* (c.d. "copia di cortesia"). Se pur tale adempimento poteva avvenire *«anche a mezzo del servizio postale»*, non pregiudicando quindi la possibilità di operare da remoto, impediva di poter considerare il processo interamente digitalizzato. La *ratio*, secondo alcuna dottrina, era di *«consentire ai giudici di gestire tale radicale cambiamento»*, v. M.L. MADDALENA, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 10, 2016, par. 6.2.

incidentale, i motivi aggiunti e qualsiasi altro atto del processo, anche proveniente dagli ausiliari del giudice, sono redatti in formato di documento informatico sottoscritto con firma digitale conforme ai requisiti di cui all'articolo 24 del CAD»¹⁷.

Le Regole Tecniche dettano non una mera preferenza per gli strumenti digitali, ma un vero e proprio obbligo di utilizzo di questi, escludendo che, salvo specifiche eccezioni, possano essere sostituiti da mezzi cartacei¹⁸. Per quanto riguarda gli atti di parte, ad esempio, ciò significa che il documento non può essere prodotto attraverso una scansione di una stampa cartacea, ma deve essere prodotto in formato informatico “nativo”.

In merito alla procura alle liti, l'art. 8, comma 1, All. 1 delle Regole Tecniche ne consente l'autenticazione con la «*apposizione della firma digitale*». In via subordinata il secondo comma del medesimo articolo ammette che la procura sia raccolta su supporto cartaceo e ne sia fatta «*copia per immagine su supporto informatico*». In questo caso vi è dunque una mera preferenza per lo strumento digitale, continuandosi ad ammettere la procura cartacea – che va comunque digitalizzata – per l'ovvia necessità di garantire anche a coloro che non possano sottoscrivere digitalmente la procura di nominare un difensore.

Salva quest'ultima ipotesi, nel caso di cui al primo comma si può ritenere che la procura possa essere raccolta da remoto, posto che la firma digitale del cliente ne garantisce l'autenticità indipendentemente dal fatto che questa sia eseguita, o meno, in presenza del difensore. Anzi, a ben vedere l'avvocato non potrebbe assistere il cliente nell'apposizione della firma digitale, dovendosi mantenere riservati i codici di accesso per l'apposizione della stessa.

Per quanto riguarda la successiva notifica, l'art. 14, comma 1, All. 1 delle Regole Tecniche prevede espressamente che «*i difensori possono eseguire la notificazione a mezzo PEC a norma dell'articolo 3-bis della legge 21*

¹⁷ Sulla nozione di documento informatico si veda per tutti S. D'ANCONA, *Il documento informatico e il protocollo informatico*, in R. CAVALLO PERIN; D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020.

¹⁸ Per un commento in ordine all'omessa produzione del ricorso in forma informatica, v. F. VOLPE, *L'irregolarità dell'atto processuale amministrativo alla prova del processo telematico*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017.

gennaio 1994, n. 53»¹⁹, sino allo scadere del giorno senza limiti di orario²⁰ e senza la previa autorizzazione del Consiglio dell'ordine, che resta obbligatoria solo per le notifiche in proprio "cartacee". Il che comporta anche il superamento del registro (cartaceo) cronologico per le notificazioni via PEC, che resta solo per quelle cartacee.

L'attività del difensore può proseguire da remoto anche per il deposito, che avviene anch'esso da remoto, in via ordinaria tramite PEC, ovvero «nel caso in cui [ciò] non sia possibile», attraverso *upload*²¹.

Un essenziale strumento a supporto delle attività dell'avvocato è al riguardo il «sito istituzionale» della giustizia amministrativa²², ed in particolare la sezione denominata «portale dell'avvocato», «attraverso il quale gli avvocati hanno accesso diretto al SIGA»²³. Grazie a tale portale i difensori sono abilitati allo svolgimento di molteplici operazioni, come ad esempio il *download* dei formulari necessari alle attività di deposito²⁴, ovvero il deposito tramite *upload* nei casi previsti.

¹⁹ L'ammissibilità della notifica a mezzo PEC nel processo amministrativo non è sempre stata scontata in mancanza di un'espressa norma, sul che v. ad es. in commento ad una delle prime pronunce che l'ha ammessa F. CORTESE, *Giustizia amministrativa e processo telematico: prime avvisaglie*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2015. Per un'analisi del percorso che ha portato alla notificazione via PEC nel PAT, v. F. DE LEONARDIS, *La notificazione diretta del ricorso giurisdizionale via posta elettronica certificata (PEC) tra autonomia ed eteroreferenzialità del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, nonché da ultimo F. GAFFURI, *Il processo amministrativo telematico*, cit., p. 356 ss.

²⁰ In origine l'art. 16-*septies* del d.l. n. 179/2012 prevedeva che la notifica via PEC dopo le 21:00 fosse differita al giorno successivo, senonché la Corte costituzionale, con sentenza del 9 aprile 2019, n. 75, ha condivisibilmente ritenuto illegittima la norma, sancendo che un termine computato "a giorni" «scade allo spirare della mezzanotte dell'ultimo giorno». In dottrina v. il commento di C. PUNZI, *I limiti di orario nelle notificazioni eseguite con modalità telematiche.*, in *Giur. cost.*, 2, 2019.

²¹ Artt. 6, 7 e 8, All. 2, Regole Tecniche.

²² Art. 1, comma 1, lett. f), All. 2, Regole Tecniche PAT, accessibile dal sito *www.giustiziaamministrativa.it*.

²³ Art. 1, comma 1, lett. g), All. 2, Regole Tecniche PAT.

²⁴ Operazione peraltro particolarmente delicata potendo l'uso di un modulo sbagliato equivalere ad un «mancato deposito» secondo la giurisprudenza analizzata da F. VOLPE, *Quale tutela contro il rifiuto di deposito di un atto processuale, nel sistema del processo amministrativo telematico?*, in *Foro amm.*, 4, 2018.

Tra le attività che possono essere svolte tramite detto portale vi è anche la consultazione del fascicolo processuale, che è oggi confluito nel «*fascicolo informatico*»²⁵. Questo «*contiene tutti gli atti, gli allegati, i documenti e i provvedimenti del processo amministrativo in forma di documento informatico, ovvero le copie per immagine su supporto informatico dei medesimi atti*»²⁶.

Tra i vantaggi che tale previsione comporta, dal punto di vista delle parti e dei difensori, v'è ancora una volta la possibilità di accedere ed estrarre copia di tutti i dati ed i documenti relativi ad una causa da remoto, senza la necessità di andare fisicamente presso il Tribunale ove si svolge il giudizio²⁷.

Si tratta, com'è evidente, di una significativa semplificazione delle attività di cancelleria, specie per i difensori. Se fino all'introduzione del PAT era necessario recarsi fisicamente presso la cancelleria per ritirare, ad esempio, copie di atti e documenti avversari, oggi una simile attività può essere svolta da remoto in pochi minuti.

Del pari anche tutte «*le comunicazioni di segreteria sono effettuate esclusivamente con modalità telematiche*», ossia tramite PEC²⁸. Ancora una volta, dunque, si riducono le distanze tra il TAR ed il difensore, che non ha più esigenza di eleggere un domicilio «*nel comune sede del [T.A.R.] o della sezione staccata dove pende il ricorso*», come si è accennato sopra²⁹.

Dalla su esposta analisi ne consegue che sono complessivamente ridotte drasticamente le attività che obbligano l'avvocato a recarsi in Tribunale. Come si dirà a breve, tale circostanza ha molteplici vantaggi, non solo per i difensori ed i loro clienti. Senonché l'attuale stato del PAT presenta anche diverse criticità che risultano in contrasto con il perseguimento dell'obiettivo 16 delle Nazioni Unite che è perciò doveroso affrontare.

²⁵ Art. 1, comma 1, lett. l), All. 1, Regole Tecniche PAT.

²⁶ Art. 5 dell'Allegato 1 delle Regole Tecniche.

²⁷ L'art. 17, Allegato 1, delle Regole Tecniche, consente l'accesso da remoto al fascicolo informatico «*ai difensori muniti di procura, agli avvocati domiciliatari, alle parti personalmente nonché, previa autorizzazione del giudice, a coloro che intendano intervenire volontariamente nel giudizio*».

²⁸ Art. 13, comma 1, All. 1, Regole Tecniche.

²⁹ V. art. 25 del d.lgs. n. 104/2010.

4. *Criticità e problemi ancora irrisolti del processo amministrativo telematico che si pongono quale limite al pieno raggiungimento del Goal 16.*

Una prima rilevante critica che si potrebbe muovere alle modalità con cui il legislatore ha deciso di sviluppare il PAT risiede nella scelta di aver assoggettato ad un diverso regime la digitalizzazione del processo civile, amministrativo e penale. In tal senso si è ritenuto in dottrina che non risulti logico aver dettato differenti regole tecniche a tali processi, determinando così una frammentazione del quadro normativo che ha aumentato l'incertezza per avvocati ed operatori del settore³⁰.

Se pur tale osservazione ha indubbi meriti, d'altra parte si deve anche considerare che la scelta di procedere su autonomi binari per i diversi processi potrebbe risultare opportuna ove si consideri che la digitalizzazione di un qualsiasi processo (in senso lato, quale metodo di azione) è un fenomeno complesso dai risultati altamente incerti³¹. Sicché un approccio monolitico potrebbe comportare il rischio di un fallimento su larga scala. Viceversa, procedendo su binari diversi si può valutare quali soluzioni risultino in concreto più efficaci ed opportune. Senonché, laddove si scelga di procedere in tal senso, ovvero sperimentando diverse modalità di azione, occorrerebbe che si portino ad unità le diverse esperienze, uniformando le regole tecniche secondo le soluzioni che si siano rivelate migliori.

Tale coordinamento normativo è tuttavia sino ad oggi mancato, privando perciò di una qualche materiale utilità l'aver sperimentato diversi modelli di processo telematico. Il che dunque avvalorava l'idea avanzata dalla dottrina citata sopra per cui la scelta di adottare una diversa disciplina per il processo telematico civile, quello penale e quello amministrativo risulti «*irragionevole*»³².

³⁰ In tal senso v. F. GAFFURI, *Il processo amministrativo telematico*, cit., p. 348.

³¹ Sottolinea tale aspetto A.V. ROMAN, *Realizing E-Government: Delineating Implementation Challenges and Defining Success*, in E.F. HALPIN, D. GRIFFIN, C. RANKIN, L. DISSANAYAKE, N. MAHTAB (a cura di), *Digital Public Administration and E-Government in Developing Nations: Policy and Practice*, IGI Global, 2013, p. 112.

³² F. GAFFURI, *Il processo amministrativo telematico*, cit., p. 328.

Un evidente esempio di tale problema è offerto dalla firma digitale. Secondo la normativa nazionale ed europea gli standard di firma digitale qualificati sono tre: PAdES per la firma di file con estensione PDF, XAdES per la firma di file con estensione XML, e CAdES per tutti gli altri file³³. Ebbene, mentre nel processo civile sono ammessi tanto lo standard CAdES quanto quello PAdES, nel processo amministrativo è contemplato solo il secondo. Tale disparità, oltre a destare le suddette perplessità in ordine al mancato coordinamento, ha generato una certa confusione tra gli avvocati, come la casistica giurisprudenziale ha già ampiamente confermato³⁴.

Un'altra considerazione di carattere generale deriva dal fatto che il PAT, come si è detto, si avvale degli strumenti già disciplinati dal CAD. Se ciò da un lato significa portare i vantaggi di tali istituti nel processo amministrativo, dall'altro lato comporta anche ereditarne i relativi difetti.

Per quanto riguarda la PEC, ad esempio, questa presenta diverse criticità di non secondario rilievo, a partire dell'indirizzo del destinatario. Per ragioni che si sono più diffusamente analizzate in altra sede³⁵, a cui si rinvia per un più approfondito esame, l'individuazione dell'indirizzo valido ai fini della notifica di atti giudiziari alle pubbliche amministrazioni non è affatto scontata per via di complesse, quanto artificiose, modalità di pubblicazione dei relativi recapiti. Il che si è tradotto, in molti casi, in un vizio tanto grave da far ritenere non correttamente integrato il contraddittorio.

Altro non secondario problema della PEC, anche in ottica europea, è il forte *lock-in* che questa determina. Per ragioni tecniche che anche in questo caso si sono già analizzate altrove ed alle quali si rinvia per un più

³³V. il Regolamento 2014/910/UE e la relativa nella Decisione di esecuzione 2015/1506/UE della Commissione dell'8 settembre 2015.

³⁴Si veda in proposito quanto esposto in G. CARULLO, *Nuove insidie nel Processo Amministrativo Telematico: standard di firma digitale e validità della notifica*, in *Giustamm.it*, 4, 2017, *passim*.

³⁵V. G. CARULLO, *Elezione del domicilio digitale per la ricezione di notifiche di atti giudiziari: dubbi in relazione alla diversa disciplina dettata per i privati e per le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, *passim*. Analoghe considerazioni sono state condivise anche da F. GAFFURI, *Brevi note sulle notificazioni via PEC alla pubblica amministrazione*, in *CERIDAP*, 4, 2020.

approfondito esame³⁶, basti qui dire che una volta che un avvocato abbia scelto il proprio fornitore del servizio PEC, ed abbia quindi ricevuto il suo relativo indirizzo, non può più cambiare fornitore se non cambiando anche il proprio indirizzo.

Tale vincolo è intrinsecamente collegato alla tecnologia sulla base della quale la PEC – in quanto posta elettronica – si fonda ed è perciò allo stato non facilmente risolvibile. Ciò risulta piuttosto critico in quanto l'art. 136, comma 1, c.p.a. ad oggi ancora prescrive che «è onere dei difensori comunicare alla segreteria e alle parti costituite ogni variazione del recapito di fax o di indirizzo di posta elettronica certificata».

Ciò significa che un avvocato che voglia cambiare fornitore di PEC è tenuto a notificare la variazione di indirizzo a tutte le cancellerie ed a tutte le parti di tutti i giudizi pendenti in cui sia in procura, pena il rischio di non ricevere comunicazioni. Il che, com'è evidente, rappresenta un onere davvero eccessivo che verosimilmente dissuaderà la maggior parte degli avvocati dal cambiare indirizzo.

Oltre a tali criticità relative a specifiche caratteristiche degli strumenti in uso nel PAT, un più generale ostacolo alla rimozione di qualsivoglia barriera geografica nell'accesso alla giustizia amministrativa restano le udienze in persona. L'esigenza, infatti, per l'avvocato di recarsi fisicamente in Tribunale per la discussione, tanto pubblica quanto in camera di consiglio, determina ancora oggi un significativo onere per il difensore ogniqualvolta la trasferta non sia agevole.

In proposito la pandemia ha dato modo di sperimentare la partecipazione all'udienza da remoto. L'art. 4 del d.l. n. 28/2020 aveva previsto che, sino al 31 luglio 2020, fosse possibile disporre «anche in assenza di istanza di parte, la discussione della causa con modalità da remoto», escludendo peraltro la possibilità di svolgerla in presenza³⁷. Tale modalità è

³⁶ Si veda quanto esposto in G. CARULLO, *Posta Elettronica Certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, *passim*.

³⁷ Norma ritenuta perentoria e non derogabile dal Consiglio di Stato, che aveva respinto un'opposizione all'udienza da remoto, v. F. OLIVERIO, *PAT: la discussione da remoto è l'unica modalità ammessa nel periodo emergenziale*, in *Dir. & Giust.*, 14, 2021. D'altro canto, lo stesso Consiglio di Stato aveva anche ritenuto che la parte potesse chie-

oggi stata confermata per le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato, dichiaratamente «*per evitare la formazione di nuovo arretrato*»³⁸. Il legislatore ha perciò ritenuto che il collegamento da remoto rappresenti un modello di azione più efficiente ed in grado di facilitare la più spedita risoluzione delle controversie.

Non pare necessario qui dilungarsi sul fatto che tale collegamento possa essere effettivamente efficace solo se gli strumenti di videoconferenza all'uopo adottati siano adeguati, risultando altrimenti più un ostacolo che un ausilio. In proposito preme dunque solo sottolineare che, passato il periodo emergenziale, è necessario che il sistema di videoconferenza scelto consenta l'accesso esclusivamente tramite gli strumenti di cui all'art. 64, comma 2-*quater*, CAD, ossia SPID e carta d'identità elettronica³⁹. Ciò in quanto solo tramite tali strumenti è possibile – allo stato attuale – avere effettiva certezza dell'identità di chi si connetta da remoto.

V'è tuttavia da aggiungere che, a parere di chi scrive, la videoconferenza non è paragonabile alla discussione in presenza, tanto nella vita quotidiana quanto soprattutto per la discussione di una causa. Elementi materiali non riproducibili in video possono giocare un ruolo fondamentale nell'oratoria. Per tale motivo, se pur l'udienza può comportare una difficile trasferta reintroducendo la barriera geografica che le ICT hanno altrimenti rimosso per ogni altra fase del processo, non per questo pare debba essere totalmente abbandonata. Quello che invece può risultare opportuno è valutare – oltre allo smaltimento dell'arretrato – in che modo strumenti come la videoconferenza ovvero l'invio di atti sottoscritti digitalmente da remoto possa eliminare tutte quelle udienze superflue

dere il rinvio dell'udienza al fine della discussione orale della controversia, v. il commento all'ordinanza n. 2539 del 21 aprile 2020 di G. DELLE CAVE, *L'art. 84 del d.l. n. 18/2020 al cospetto degli artt. 24 e 111 Cost.: va accolta l'istanza di differimento nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo*, in *CERIDAP*, 2, 2020.

³⁸ Art. 17, comma 7, lett. a), n. 6, d.l. n. 80/2021 che ha introdotto il nuovo comma 4-*bis* all'art. 87 c.p.a., ai sensi del quale «*le udienze straordinarie dedicate allo smaltimento dell'arretrato sono svolte in camera di consiglio da remoto*».

³⁹ Su identità digitale e relativi strumenti disciplinati dal CAD v. per tutti S. D'ANCONA, P. PROVENZANO, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLI PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, p. 236 ss.

che obbligano le parti, i giudici ed i loro ausiliari a inutili attività.

Si potrebbe in particolare rimuovere la necessità di essere presenti in persona per tutte quelle udienze in cui le parti ed il Collegio siano già determinati e concordi sul proseguo del giudizio, senza necessità di alcuna reale discussione. Ciò potrebbe essere il caso, ad esempio, di rinvii per l'attesa di una certa determinazione dell'amministrazione che possa risolvere la controversia, ovvero in tutti quei casi in cui le parti si vogliano meramente rimettere agli scritti, o casi analoghi.

In tutte queste casistiche si potrebbe ipotizzare che le parti, d'accordo tra loro, depositino in giudizio un'istanza congiunta affinché sia superata l'esigenza di presenziare fisicamente all'udienza, conducendola da remoto in videoconferenza, od addirittura saltando completamente la fase orale. In tal caso potrebbe spettare al Collegio valutare l'istanza e, ove questo non abbia motivo di sentire le parti, o ritenga sufficiente sentirle in videoconferenza, disporre di conseguenza dandone comunicazione, via PEC, ai difensori.

Una tale innovazione potrebbe così ulteriormente ridurre le distanze geografiche, ed i costi del giudizio, al contempo velocizzando lo svolgimento del processo, in linea del resto come si è detto con quanto previsto per lo smaltimento dell'arretrato.

5. *Riduzione della distanza geografica e persistente eccessiva durata dei processi: superare la competenza territoriale per ridistribuire i ruoli.*

A fronte dei vantaggi portati dalla digitalizzazione in termini di riduzione delle distanze non ci si può sottrarre dal constatare che, allo stato attuale delle cose, resta irrisolto l'ormai endemico problema della eccessiva durata dei processi⁴⁰. L'auspicio, viceversa, sarebbe che la riduzione delle distanze possa portare anche ad una riduzione dei tempi dei giudizi.

⁴⁰Numerosa dottrina evidenzia tale circostanza, oltre a quella citata nelle note che seguono, v. per tutti A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 46, il quale evidenzia che «la durata di un processo amministrativo è eccessiva e in molti casi lo Stato ha subito condanne ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), per i pregiudizi derivati dall'eccessiva durata del processo amministrativo».

Come confermato dal più recente rapporto dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa, che ha posizionato l'Italia al terz'ultimo posto tra 50 paesi del continente europeo per durata del primo grado dei giudizi amministrativi⁴¹, quello dell'eccessiva durata dei processi è infatti un problema ormai tanto annoso quanto grave⁴². Una sentenza emessa a grande distanza dall'instaurazione del giudizio rischia di essere *inutiliter data*⁴³, anche qualora nel frattempo fossero state emesse misure cautelari⁴⁴. Ciò in quanto la società moderna, globalizzata e digitale, viaggia a ritmi sempre più veloci e competitivi, nei

⁴¹ Sulla persistente attualità del problema nella giustizia amministrativa, si può rinviare al più recente rapporto di ottobre 2020, basato sui dati del 2018, dalla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ) del Consiglio d'Europa. Ivi si legge che l'Italia presenta un tempo di risoluzione delle cause amministrative di prima istanza particolarmente elevato, pari ad 889 giorni, il terzo più elevato tra i 50 paesi dell'area continentale europea presi in considerazione (pag. 119 del rapporto). Il rapporto è scaricabile all'indirizzo <https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc058>.

⁴² La gravità del problema è evidenziata anche nella delibera del Consiglio di Presidenza della giustizia amministrativa del 5 gennaio 2010 di osservazioni allo schema del codice. In modo analogo F. PATRONI GRIFFI, *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in *La Revue administrative*, vol. 52, 8, 1999, p. 141, afferma che «*la durata del processo costituisce un problema comune a molti Paesi, che in Italia ha assunto dimensioni decisamente allarmanti*». A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative – celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 4, 2017, sottolinea che «*il tema della funzionalità è importante per qualsiasi processo, ma in un certo senso è ancora più importante per il processo amministrativo, che è strumento istituzionale di tutela del cittadino nei confronti di un potere pubblico*».

⁴³ Risulta coerente con tale idea l'assunto per cui «*la effettiva disponibilità di rimedi pienamente soddisfattivi delle lesioni e dei torti sofferti richiede anche che al giudice siano assegnate risorse adeguate strumentali per assicurare che la durata del singolo processo non vada in danno dell'attore che ha ragione*», G.D. COMPORTI, *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. COMPORTI (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol. VII, Firenze, 2016, p. 34.

⁴⁴ In linea con l'idea per cui il danno grave ed irreparabile possa consistere anche solo nella durata di questo, A. TRAVI, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace*, cit., afferma che «*in molti casi, infatti, la pendenza del giudizio è essa stessa fonte di un grave danno patrimoniale*».

quali non ha spazio l'incertezza che deriva da un sistema giudiziario lento ed ineffettivo. L'incapacità di dare pronto riscontro alle domande di giustizia dei privati incide negativamente sia sulla società, sia sui rapporti economici, sia sul sistema industriale del Paese⁴⁵.

Non si tratta peraltro di un problema ignorato dal legislatore. Nonostante l'enunciazione di principio contenuta nell'art. 2, comma 2, c.p.a.⁴⁶, e i tentativi di accelerazione e smaltimento dell'arretrato intervenuti negli anni⁴⁷, ad oggi non si sono ancora ridotti entro termini ragionevoli i tempi della giustizia amministrativa⁴⁸. In tale prospettiva, anche l'attua-

⁴⁵ In effetti l'obiettivo 16 delle Nazioni Unite viene di sovente inteso quale fattore abilitante gli altri obiettivi di sostenibilità, cfr. L. NIKLASSON, *Improving the Sustainable Development Goals: Strategies and the Governance Challenge*, London, 2019, p. 65.

⁴⁶ Ai sensi del quale «*il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della ragionevole durata del processo*». In proposito A. CORPACI, *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2010, pp. 617-618, evidenzia che nonostante tale enunciazione di principio, «*la nuova disciplina [di cui al d.lgs. 104/2010, n.d.a.] non appare a tal fine risolutiva, e, di più, per questo aspetto risulta particolarmente carente*».

⁴⁷ Si pensi allo stesso art. 44 della legge n. 69/2009 che ha disposto la delega «*per il riassetto della disciplina del processo amministrativo*», il cui comma 6 prevedeva l'adozione di misure per lo smaltimento dell'arretrato. Da ultimo l'art. 11 del d.l. n. 80/2021 è intervenuto al fine di «*assicurare la celere definizione dei procedimenti giudiziari*», ordinari ed amministrativi, tra gli altri prevedendo all'art. 17 specifiche misure per lo «*smaltimento dell'arretrato*» e «*per evitare la formazione di nuovo arretrato*».

⁴⁸ Il rapporto citato in nota 41 evidenzia che l'Italia ha registrato un tasso di definizione dei giudizi molto elevato, compreso tra il 316% nel 2010 e il 136% nel 2018, che ha causato una diminuzione dei tempi medi di risoluzione delle controversie, ma non in modo così sostanziale come ci si sarebbe potuto aspettare: si è infatti passati da 1.037 giorni nel 2010 a 889 giorni nel 2018 (p. 120 del rapporto). Che l'arretrato sia stato ridotto è peraltro stato sottolineato anche dal Presidente del Consiglio di Stato nel suo discorso inaugurale dell'anno giudiziario 2018, nella cui relazione scritta si legge che «*negli ultimi 8 anni (dal 2010 al 2017) il lavoro di riduzione dell'arretrato della giustizia amministrativa è stato costante e tale arretrato si è più che dimezzato*», v. A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario e giustizia amministrativa in tempi di cambiamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2018. In commento ai dati riferiti nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario del 2017, G. FALCON, *Buone notizie per la giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2017, 166, rileva che i tempi dei processi «*nelle medie riportate appaiono molto buoni per i procedimenti cautelari e vicini ad uno standard*

zione del PAT non pare aver mutato la situazione⁴⁹. Questo probabilmente perché il problema della durata dei processi non ha un'unica soluzione, ma potrà essere risolto solo da molteplici interventi su più fronti⁵⁰.

Senza, dunque, alcuna pretesa di risolvere una volta per tutte la questione, si può suggerire in questa sede di superare la logica che governa oggi nel c.p.a. la competenza per territorio dei TAR, meglio allocando le cause. L'idea è che restino validi i criteri di cui agli artt. 13 e 14 c.p.a. per l'iniziale individuazione della sede innanzi alla quale agire. Una volta instaurato il giudizio, il SIGA potrebbe verificare, attraverso un'analisi automatizzata, il carico della Sezione competente della sede adita, nonché quello delle Sezioni di altre sedi competenti sulla materia. Tale verifica dei ruoli pendenti, eseguita in modo automatico su tutti i TAR, potrebbe individuare Collegi con un minor carico di lavoro e quindi suggerire il trasferimento presso la sede che, avendo il ruolo più "scarico", garantisca la più celere risoluzione della controversia.

Un tale sistema, a pieno regime, potrebbe assicurare che il ruolo di tutti i TAR abbiano un pari carico di giudizi, in rapporto naturalmente al numero di magistrati in servizio in ciascuno. In tal modo si ridurrebbe l'intasamento di alcuni – viene *in primis* in mente il TAR Lazio – a fronte di altri con relativamente poche cause iscritte a ruolo.

Essendo il processo interamente digitalizzato, ed affidandosi l'intero

accettabile anche per le decisioni di merito», proseguendo tuttavia nel rilevare che «quanto a queste, probabilmente ogni avvocato potrebbe trarre dalla propria esperienza casi molto lontani da quei dati». Ed in effetti, nonostante la significativa riduzione dell'arretrato riportata nel 2018, come si è visto i tempi medi di risoluzione delle controversie sono restati in quell'anno elevatissimi.

⁴⁹ Così anche A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 47, il quale evidenzia che «anche l'introduzione del c.d. processo amministrativo telematico è stata motivata con l'esigenza di maggiore efficienza e celerità. Queste misure [oltre a quelle di cui agli artt. 59, 74 ed 82 c.p.a., n.d.a.], però, non sono sufficienti».

⁵⁰ In tal senso A. CORPACI, *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 618, nota 17 suggerisce che l'irragionevole durata del processo «dipende solo in parte da motivi di carattere tecnico processuale, incidendo non poco le criticità sul versante della organizzazione degli uffici e delle risorse umane. Da questo punto di vista uno degli aspetti problematici è costituito dalla esiguità e della vacanza di organico sia del personale di magistratura sia di quello amministrativo, in particolare per quel che riguarda i T.a.r.».

sistema della giustizia amministrativa alla medesima piattaforma informatica, il SIGA, il trasferimento del fascicolo informatico potrebbe in sostanza avvenire in modo immediato, senza ulteriori costi e senza alcun apprezzabile nuovo onere per le cancellerie. Per le medesime ragioni il trasferimento non pare che richiederebbe la notifica alle parti non costituite tempestivamente, né pregiudicherebbe la possibilità di costituzione tardiva o di intervento di terzi. Il sistema potrebbe infatti conservare l'informazione del trasferimento, dandone riscontro agli interessati e reindirizzandoli automaticamente alla nuova sede.

A garanzia che il trasferimento ad altro TAR sia effettivamente funzionale all'accelerazione della causa, e quindi a tutela dell'interesse pubblico e delle parti ad un rapido giudizio, l'avviso di trasferimento sarebbe opportuno che indicasse già la data dell'udienza pubblica, ed eventualmente anche quella del cautelare ove richiesto. Queste potrebbero essere individuate attraverso un'analisi automatizzata da parte del SIGA, subordinata a conferma da parte dei funzionari del TAR ricevente. Così determinate, entrambe tali date potrebbero soggiacere ai medesimi limiti al rinvio di cui all'art. 71, comma 1-*bis*, c.p.a.⁵¹, così da assicurare la conservazione del "vantaggio" temporale acquisito, a fronte della minor vicinanza del giudice.

Pur credendosi che un tale sistema potrebbe contribuire ad accelerare i processi, non si può sottacere che il trasferimento possa pregiudicare le parti. Prima di valutare se tale operazione possa avvenire con o senza il consenso di queste, giova evidenziare che, secondo quanto esposto sopra, le attività materiali da svolgere presso la sede fisica del TAR sono oggi estremamente esigue e si riducono sostanzialmente alla presenza in udienza. Per tutte le attività difensive diverse dalla discussione, pubblica od in camera di consiglio, nella maggior parte dei giudizi è possibile operare interamente da remoto.

Naturalmente il nodo dell'udienza non è di secondo rilievo e potrebbe

⁵¹ Introdotto dal d.l. n. 80/2021 proprio in chiave acceleratoria «per evitare la formazione di nuovo arretrato», dispone che «non è possibile disporre, d'ufficio o su istanza di parte, la cancellazione della causa dal ruolo. Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza, ovvero, se il rinvio è disposto fuori udienza, nel decreto presidenziale che dispone il rinvio».

essere sufficiente a far dubitare dell'opportunità di un simile sistema. A parere di chi scrive si potrebbe ipotizzare che il trasferimento non necessiti del previo consenso delle parti, potendo queste invece opporsi motivatamente entro un termine perentorio. Su tale opposizione potrebbe pronunciarsi con decreto il Presidente del TAR trasferente, eventualmente, ove non accolga, prevedendo la possibilità di partecipare da remoto all'udienza.

Quanto a tale ultima evenienza, poiché tale modalità di partecipazione, come si è detto, è stata confermata per lo smaltimento dell'arretrato anche terminato il periodo emergenziale⁵², ed è dunque divenuta la norma per i giudizi pendenti da tempo, non pare che, quantomeno quale *extrema ratio*, vi possano essere motivi che impediscano l'udienza da remoto anche per le nuove cause. Del resto, si tratta di evitare che queste si trasformino in un nuovo arretrato, nel qual caso sarebbero comunque sottoposte alla relativa disciplina che prescrive unicamente la possibilità di udienza da remoto.

6. Conclusioni.

A conclusione dell'analisi svolta si può certamente rilevare che l'implementazione del PAT abbia avuto significativi vantaggi in termini di riduzione delle distanze tra parti, difensori e giudice, se pur non senza alcune criticità.

Per quanto riguarda i vantaggi vale evidenziare che oggi gli avvocati hanno sempre meno bisogno di essere prossimi al Tribunale. Ciò ha importanti conseguenze nell'esercizio della professione in quanto significa che l'attività giudiziale può in misura crescente essere svolta da qualsiasi luogo, il che si traduce in una maggiore flessibilità nella scelta dell'ufficio e quindi della sede lavorativa. Ciò può quindi comportare anche significativi risparmi, sia perché la scelta dell'ufficio non è più legata a logiche di vicinanza al TAR, con i relativi costi che ciò spesso comporta, sia perché un efficientamento nella gestione delle pratiche può ridurre l'esigenza di ore-persona dedicate alle attività di cancelleria.

⁵²V. *supra*, nota 38.

Il rinnovato contesto determinato dal PAT può inoltre andare a beneficio anche dei clienti. Per questi ultimi, difatti, la digitalizzazione del processo amministrativo comporta una possibile riduzione dei costi vivi del processo, nonché una più ampia scelta nella selezione del difensore di fiducia che risulta oggi in misura crescente slegata da criteri territoriali.

Il tutto ha peraltro ripercussioni anche sul tessuto urbano, che vedrà verosimilmente un progressivo spostamento degli uffici legali specializzati nel contenzioso giurisdizionale amministrativo verso aree non necessariamente prossime ai TAR. Il che, a sua volta, potrebbe suggerire di rilocalizzare le sedi dei TAR, specie di quelli ospitati in immobili in locazione, verso aree della città più idonee ad accogliere l'organo giurisdizionale.

A fronte di queste considerazioni ottimistiche sulle innovazioni portate dall'introduzione delle ICT nel processo amministrativo, in ragione dell'efficientamento che la digitalizzazione spesso può comportare, resta come si è visto irrisolto il nodo – cruciale – della durata dei processi.

La digitalizzazione del processo dovrebbe quindi essere l'occasione per intervenire, ancora una volta, al fine di migliorare l'attuale situazione, anche attraverso innovativi istituti non precedentemente ipotizzabili in un mondo cartaceo. Si è qui in tale prospettiva suggerito al paragrafo precedente di superare la competenza territoriale per ridistribuire le cause nei TAR con meno giudizi iscritti a ruolo, così da equilibrare il carico di lavoro a livello nazionale.

Non è tuttavia questa l'unica opzione possibile a fronte delle possibilità che la digitalizzazione rende disponibili. Si deve quindi esortare il legislatore ad intervenire portando la trasformazione oltre la mera dematerializzazione, per ripensare in chiave digitale alcune delle logiche che governano il processo e così sfruttare appieno quanto offerto dalla tecnologia.

Bibliografia.

- BRUNELLI B., *Misure minime di sicurezza per gli atti processuali digitali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, vol. 71, 2, 2017, pp. 511–539.
- CARULLO G., *Elezioni del domicilio digitale per la ricezione di notifiche di atti giudiziari: dubbi in relazione alla diversa disciplina dettata per i privati e per le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2019, pp. 228–260.

- CARULLO G., *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017.
- CARULLO G., *Nuove insidie nel Processo Amministrativo Telematico: standard di firma digitale e validità della notifica*, in *Giustamm.it*, 4, 2017, pp. 1–11.
- CARULLO G., *Posta Elettronica Certificata e domicilio digitale: futuro e incertezze in una prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2016, pp. 51–75.
- COMPORZI G.D., *Dalla giustizia amministrativa come potere alla giurisdizione amministrativa come servizio*, in G.D. COMPORZI (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, vol. VII, Firenze University Press, Firenze, 2016.
- CORPACI A., *Il codice del processo amministrativo tra effettività della tutela e problemi di durata del rito ordinario*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2010, p. 609.
- CORTESE F., *Giustizia amministrativa e processo telematico: prime avvisaglie*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2015, p. 548.
- D'ANCONA S., *Il documento informatico e il protocollo informatico*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 1.
- D'ANCONA S., PROVENZANO P., *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 1.
- DELLE CAVE G., *L'art. 84 del d.l. n. 18/2020 al cospetto degli artt. 24 e 111 Cost.: va accolta l'istanza di differimento nel rispetto del principio della ragionevole durata del processo*, in *CERIDAP*, 2, 2020, p. 137.
- FALCON G., *Buone notizie per la giustizia amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2017, p. 166.
- GAFFURI F., *Brevi note sulle notificazioni via PEC alla pubblica amministrazione*, in *CERIDAP*, 4, 2020, p. 96.
- GAFFURI F., *Il processo amministrativo telematico*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 343.
- DE LEONARDIS F., *La notificazione diretta del ricorso giurisdizionale via posta elettronica certificata (PEC) tra autonomia ed eteroreferenzialità del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2016, pp. 432–455.
- MADDALENA M.L., *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 10, 2016, p. 2535.
- NIKLISSON L., *Improving the Sustainable Development Goals: Strategies and the Governance Challenge*, Routledge, London, 2019.

- OLIVERIO F., *PAT: la discussione da remoto è l'unica modalità ammessa nel periodo emergenziale*, in *Dir. & Giust.*, 14, 2021, p. 6.
- OZIMEK A., *The Future of Remote Work*, in SSRN, 2020.
- PAJNO A., *Inaugurazione dell'anno giudiziario e giustizia amministrativa in tempi di cambiamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1, 2018, p. 1.
- PATRONI GRIFFI F., *L'effettività della giustizia amministrativa in Italia*, in *La revue administrative*, vol. 52, 8, 1999, p. 139.
- PUNZI C., *I limiti di orario nelle notificazioni eseguite con modalità telematiche.*, in *Giur. cost.*, 2, 2019, p. 919C.
- ROMAN A.V., *Realizing E-Government: Delineating Implementation Challenges and Defining Success*, in E.F. HALPIN, D. GRIFFIN, C. RANKIN, L. DISANAYAKE, N. MAHTAB (a cura di), *Digital Public Administration and E-Government in Developing Nations: Policy and Practice*, IGI Global, 2013, p. 112.
- SATTERTHWAITE M.L., DHITAL S., *Measuring Access to Justice: Transformation and Technicality in SDG 16.3*, in *Global policy*, vol. 10, S1, 2019, pp. 96–109.
- TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XIII, Giappichelli, Torino, 2019.
- TRAVI A., *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative - celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in *Giur. it.*, 4, 2017, p. 985.
- VOLPE F., *L'irregolarità dell'atto processuale amministrativo alla prova del processo telematico*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2017, p. 1001.
- VOLPE F., *Quale tutela contro il rifiuto di deposito di un atto processuale, nel sistema del processo amministrativo telematico?*, in *Foro amm.*, 4, 2018, p. 661.

CAPITOLO 3

GIUSTIZIA CIVILE DIGITALE E SUPREMA CORTE: TRA AGEVOLAZIONE DELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E STRUMENTO DI DINIEGO DELLA STESSA

Stefano Alberto Villata

SOMMARIO: 1. Il processo civile telematico e la Suprema Corte. – 2. Regole di validità dell'atto processuale telematico. – 3. Il p.c.t. e le invalidità processuali. – 4. Il diritto di accesso alla giustizia e la strumentalità delle forme. – Bibliografia.

Si affrontano le questioni recentemente emerse in tema di sanzioni per il mancato rispetto delle norme di legge o tecniche che disciplinano il processo civile telematico, evidenziando come le stesse dovrebbero trovare soluzione in base ai principi generali in senso sempre anti-formalistico. Si affrontano in particolare le relazioni tra processo civile telematico e Suprema Corte; le regole di validità dell'atto processuale telematico in relazione alle fonti del p.c.t.; le principali ipotesi in cui la giurisprudenza si è posta la questione delle conseguenze della violazione delle norme del p.c.t. sul piano della validità dell'atto processuale; le posizioni formalistiche assunte dalle sezioni semplici in tema di prova della notifica via PEC inviata e ricevuta; i temperamenti delle S.U. favorevoli a forme di sanatoria; il richiamo ai principi generali in tema di processo, di accesso alla giustizia e di strumentalità delle forme che dovrebbero guidare l'interprete nel risolvere in senso anti-formalistico le questioni di rispetto delle norme formali del p.c.t.; l'invito alla S.C. all'utilizzo dei meccanismi di sanatoria e di indicazioni alle parti delle questioni impedienti anche nel giudizio di cassazione.

1. *Il processo civile telematico e la Suprema Corte.*

Nel giugno 2014 – dopo lungo periodo di sperimentazione che aveva interessato specificamente anche il Foro di Milano – prendeva finalmente avvio generalizzato il processo civile telematico, con l'entrata in vigore dell'obbligo di depositare alcuni atti (innanzi tutto, il ricorso per decreto ingiuntivo, poi gli atti provenienti da difensori di parte già costituita, infelicitamente definiti da taluno, *atti endoprocessuali*¹) soltanto in forma telematica.

Si provvedeva così – finalmente, oserei dire – a rendere davvero accessibile (fisicamente, attraverso la infrastruttura informatica e digitale capace di collegare ogni punto del nostro paese e addirittura del mondo) la giustizia civile da ogni luogo, con significativo miglioramento delle condizioni di lavoro di avvocati e praticanti (non più costretti a recarsi fisicamente in Tribunale), magistrati (non obbligati a compulsare e portarsi a casa ponderosi fascicoli cartacei) e cancellieri (il cui compito, simil-postale, di apporre il timbro depositato sugli atti di parte e sui provvedimenti del giudice veniva sostituito da un veloce click dal proprio personal computer in cancelleria e, *incredibile dictu*, di recente, forzatamente a causa della pandemia, anche in *smart working*).

Tutto bene, verrebbe da dire: un passo verso l'efficienza del sistema della giustizia civile, attraverso l'eliminazione di (evitabili) passaggi fisici forieri di dispersione di risorse e di tempo per tutti gli operatori della giustizia².

¹ Osserva correttamente N. SOTGIU, *Il deposito telematico*, in G. RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019, p. 226 ss., spec. p. 228 s. che l'art. 16-bis, comma 9-ter, d.l. n. 179/2012 individua gli atti, per i quali è previsto l'obbligo di deposito telematico, in relazione, non già alla loro natura introduttiva o meno, ma al fatto che la parte sia o meno già costituita nel procedimento di cui si tratta, con la conseguenza, ad esempio, che sarà consentito il deposito cartaceo anche degli atti di riassunzione ad opera del successore universale che prosegue il processo interrotto.

² Occorre segnalare che la disciplina del deposito telematico costringe a ripensare anche alcuni principi del diritto processuale civile, con particolare riguardo alla disponibilità delle prove documentali contenute nel fascicolo di parte, suscettibili, nel processo analogico, di essere *ritirati ex art. 169 c.p.c. e 77 disp. att. c.p.c.* previa autorizzazione

Un passo quindi verso una giustizia per definizione maggiormente accessibile ed effettiva, in linea con i principi fondamentali sia costituzionali (artt. 24 e 111) sia sovranazionali (art. 6 CEDU).

Senonché, anche una disciplina normativa strettamente tecnica – che dovrebbe essere volta a *semplificare* la vita dei professionisti e degli operatori – è diventata l'occasione perché il *genio italico* forense si producesse nell'individuazione di nuove questioni processuali (*recte*, procedurali) idonee a sostenere un'eccezione impediente che conducesse ad una pronuncia di mero rito (variamente qualificata come inammissibilità, nullità, improcedibilità) per l'inosservanza di adempimenti formali³: un'innovazione normativa che avrebbe dovuto condurre ad un più agevole accesso alla giustizia civile è divenuta così strumento per respingere, *in limine litis*, iniziative giudiziarie.

E non è un caso che alcune prese di posizioni in senso estremamente formalistico siano state inizialmente assunte (e poi coltivate) proprio da chi – la Suprema Corte di Cassazione, quanto meno le sue sezioni semplici – più di tutti si sente sotto assedio da parte di chi postula giustizia⁴, sicché l'individuazione di nuove forme di ammissibilità/improcedibilità/nullità pare forse ai giudici di Piazza Cavour quasi come uno strumento di *legittima difesa* contro l'aggressione proveniente dagli oltre 40.000 difensori cassazionisti italiani, in attuazione di quella strategia dei *porti chiusi o di respingimento* del contenzioso (come definito da un autorevole e ironico processualista, Bruno Capponi⁵) che caratterizza l'operato della

del giudice istruttore o al momento del passaggio della causa in decisione *ex art.* 189 c.p.c.; tale ritiro non è più possibile nel processo telematico, ove gli atti e documenti depositati rimangono definitivamente acquisiti al giudizio. Sul tema della pretesa (e contestata) reversibilità delle acquisizioni documentali nel processo *analogico* v. G. RUFFINI, *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1090 ss., spec. p. 1092 ss.

³ Per un florilegio di questioni processuali (*recte*, procedurali) insorte nei primi 5 anni di applicazione del processo civile telematico v., ad es., V. AMENDOLAGINE, *Il processo civile telematico a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 211 ss.

⁴ Assedio sotto cui si sente anche il giudice penale delle impugnazioni, secondo quanto rileva G. SPANGHER, *Inammissibilità: l'inarrestabile erosione dei diritti delle parti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 5 ss., spec. p. 5.

⁵ B. CAPPONI, *Respingimento del contenzioso, degiurisdizionalizzazione, prospettive in tempi*

Corte di Cassazione, tutta proiettata più a partecipare «*alla fase di formazione e formulazione del diritto, più e oltre che alla fase di applicazione del diritto al caso concreto*»⁶; quasi che lo *ius litigatoris* distogliesse la Corte dalla sua unica funzione, non già rendere giustizia nel caso concreto, ma essere parte attiva del formante giurisprudenziale.

Esemplare della ricerca spasmodica di sempre nuove ragioni *processuali* per non affrontare nel merito il ricorso è ad esempio l'esperienza dell'*autosufficienza* dei motivi, il cui rispetto rischia di porsi in frontale contraddizione con la richiesta *sinteticità* degli atti processuali di cui al noto protocollo-accordo Primo Presidente della Corte di Cassazione-Consiglio Nazionale Forense del 17 dicembre 2015, e legislativamente declinata dall'art. 16-*bis*, comma 9-*octies*, del d.l. n. 179/2012 per gli atti di parte (ma anche i provvedimenti del giudice) depositati con modalità telematiche⁷. Con il che, stranamente, la sinteticità nel processo civile è facoltativa per gli atti introduttivi che possano essere ancora depositati in formato analogico (possibilità esclusa dalla legislazione emergenziale Covid al momento sino al 31 dicembre 2022).

Di conseguenza, l'obbligo di sinteticità è, al momento in cui si scrive,

di crisi, in *Quest. giust.*, 2014 reperibile in https://www.questionegiustizia.it/articolo/respingimento-del-contenzioso_degiurisdizionalizzazione_prospettive-in-tempi-di-crisi_10-10-2014.php.

⁶ Così Cass., sez. III, 25 febbraio 2020, n. 5022 (richiamando un passaggio di P. CALAMANDREI, C. FURNO, voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1053 ss. spec. p. 1055) che ha rimesso alle S.U. la questione, *inter alia*, relativa alla compatibilità, con i principi comunitari di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, dell'applicazione di un'interpretazione fondata su una legge sopravvenuta (in materia di *leasing*) che, ove, accolta, comporterebbe l'abbandono (anche per i fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore) del tradizionale orientamento (fondato sull'art. 1526 c.c.). In tale contesto, la S.C. rivendica che «*la giurisprudenza sia uno dei formanti dell'esperienza giuridica*» e che «*dovrà di conseguenza ammettersi che essa concorre alla formazione della norma da applicare, e massimamente ciò dovrà dirsi per la giurisprudenza di legittimità*», tanto che «*la Corte di cassazione, con la sua giurisprudenza, rientri tra quegli "organi nazionali" cui la Corte di Lussemburgo ha fatto divieto [...], di violare il principio di certezza del diritto, ed esercitare nel corso del tempo le loro competenze in modo da ledere imprevedibilmente situazioni e rapporti giuridici soggettivi*».

⁷ Sul principio di sinteticità nel processo civile e sulla sua tensione con altri diritti fondamentali (quali quello di difesa), v. F. DE SANTIS, *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 749 ss.

facoltativamente cogente⁸ – fatta salva la difficoltà di individuare una *sanzione* effettiva per la sua violazione (a differenza di quanto avviene nel processo amministrativo, laddove il giudice addirittura è esonerato dal leggere quanto ecceda i limiti dimensionali stabiliti dal decreto del Presidente del Consiglio dello Stato del 22 dicembre 2016, n. 167) – anche per il giudizio innanzi alla Suprema Corte, atteso che – finalmente – in conseguenza dell'emergenza epidemiologica, è consentito provvedere, ad oggi provvisoriamente (ma si spera, definitivamente, secondo il noto adagio che in Italia non vi è nulla di più definitivo del provvisorio⁹), al deposito telematico di tutti gli atti processuali relativi al giudizio di legittimità¹⁰.

Non a caso, assai di recente, la Corte Europea dei diritti dell'uomo¹¹, proprio in relazione al principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, ha riscontrato una violazione dell'art. 6, § 1, CEDU – nella parte in cui garantisce il diritto di accesso ai Tribunali – da parte di una deci-

⁸ La legge 26 novembre 2021, n. 206 di delega per la riforma del processo civile prevede, all'art. 1, comma 17, lett. d) che i decreti delegati dispongano che gli atti depositati telematicamente, per i quali non è prevista una forma determinata, siano redatti nel rispetto dei principi di sinteticità e chiarezza.

⁹ La legge delega di riforma del processo civile, all'art. 1, comma 17, lett. a) invita il legislatore delegato a prevedere l'obbligo indiscriminato di deposito telematico innanzi a tutti i giudici ordinari, giudice di pace e Corte di Cassazione inclusi.

¹⁰ In relazione alle difficoltà operative del funzionamento del p.c.t. in Cassazione, si veda già G.G. POLI, *Il protocollo in tema di processo civile telematico in Cassazione: luci e ombre del cammino verso la digitalizzazione del giudizio di legittimità*, in *Foro it.*, 2020, c. 349 ss.

¹¹ Si tratta della decisione Corte eur. dir. uomo, sez. I, 29 ottobre 2021, *Succi ed altri*. Per una prima nota di commento si veda B. CAPPONI, *Il formalismo in Cassazione*, in *Giustizia insieme*, 2021, reperibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/2008-il-formalismo-in-cassazione?hitcount=0>. L'autore evidenzia peraltro che alcune applicazioni del principio di autosufficienza – principio frutto iniziale di elaborazione giurisprudenziale – quali quelle che sanzionano il ricorso per omessa riproduzione di elementi ritraibili dalle *letture obbligatorie* del procedimento di legittimità (tra le quali rientra certamente la sentenza impugnata) vanno oltre il mero formalismo, essendo piuttosto espressione della funzione deterrente e sanzionatoria del processo civile. Si veda anche P. BIAVATI, *Il principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione al vaglio della Corte Edu*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-principio-di-autosufficienza-del-ricorso-incassazione-al-vaglio-della-corte-edu>.

sione della Suprema Corte che aveva dichiarato inammissibile un ricorso per violazione del detto principio. In particolare, in tale frangente la Corte di Cassazione avrebbe dato prova di eccessivo formalismo che non può essere giustificato alla luce della finalità propria del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione e quindi dello scopo perseguito, ossia la garanzia della certezza del diritto e la corretta amministrazione della giustizia: la lettura del ricorso dell'impugnante – secondo la Corte europea – permetteva infatti di comprendere l'oggetto e lo svolgimento del procedimento dinanzi ai giudici di merito, nonché la portata dei motivi, per quanto riguarda sia il loro fondamento giuridico (il tipo di critica rispetto ai casi previsti dall'art. 360 c.p.c.)¹² sia il loro contenuto, con l'aiuto dei riferimenti ai passaggi della sentenza del giudice di appello e ai documenti pertinenti citati nel ricorso¹³.

Ora, in uno scritto dedicato ai rapporti tra processo civile telematico e accesso alla giustizia non può non partirsi proprio dall'intima contraddizione che è riscontrabile negli atteggiamenti della Suprema Corte a fronte delle regole sulle invalidità processuali in generale e, nello specifico, su quelle che disciplinano il p.c.t.; quasi che la Corte si sentisse di navigare tra due scogli: la Scilla della sua giurisprudenza – formatasi sul processo analogico – volta a tutelare il diritto fondamentale della parte (e la funzione stessa del processo) ad ottenere una sentenza sul merito della controversia (anche attraverso il largo uso dell'irregolarità¹⁴ e la, spesso opina-

¹²A tal riguardo, dalla lettura combinata dell'ordinanza di inammissibilità e della decisione della CEDU, emerge che la Suprema Corte era, con tutta probabilità, incorsa in un errore di fatto, con riguardo all'asserita mancanza della rubrica indicativa dei singoli motivi di ricorso, in quanto la sentenza della corte europea, al punto 6, riporta letteralmente e tra virgolette tale rubrica.

¹³Si tratta di Cass., sez. VI, 28 febbraio 2011, n. 4977 che ha ritenuto che il ricorso principale non rispettasse i principi di specifica indicazione dei motivi di ricorso e di autosufficienza *«in quanto i cinque motivi in cui è articolato sono privi della rubrica indicativa dei vizi lamentati e dei riferimenti alle ipotesi regolate dall'art. 366 c.p.c. e mancano il riferimento e l'indicazione relativi alla documentazione su cui sono basate le argomentazioni a sostegno»*.

¹⁴Sulla categoria dell'irregolarità v. ancora le nitide pagine di C. MANDRIOLI, *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 509 ss., spec. p. 516 per il quale, il *proprium* di tale categoria sta nell'individuare una serie di vizi che costi-

bile¹⁵, richiesta al ricorrente di dimostrare che la violazione della norma processuale aveva cagionato un'effettiva lesione all'interesse tutelato¹⁶) e Cariddi della necessità di risolvere, *in limine litis* (i.e., con motivazione stereotipata 'a ciclostile'), quanti più ricorsi per cassazione, ricorrendo a

tuiscono la categoria residuale delle disformità dal modello legale che rimangono prive di sanzioni e conseguenze.

¹⁵V., al riguardo, in senso critico, A. TEDOLDI, *Il processo civile telematico tra logos e techne*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 843 ss., spec. p. 857 s. che evidenzia come la Suprema Corte ragiona per principi, e non più per fattispecie, con conseguente imprevedibilità dell'esito decisorio. In generale, sul tema della *pas de nullité sans grief* e sulle sue origini storiche, v. R. DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, *passim*.

¹⁶V., ad es., Cass., sez. I, 6 marzo 2019, n. 6518 per la quale «*i vizi dell'attività del giudice che possano comportare la nullità della sentenza o del procedimento, rilevanti ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, non sono posti a tutela di un interesse all'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma a garanzia dell'eliminazione del pregiudizio concretamente subito dal diritto di difesa in dipendenza del denunciato error in procedendo, con conseguenziale onere dell'impugnante di indicare il danno concreto arrecatogli dall'invocata nullità processuale (tra le altre, Cass. n. 15676/2014), altrimenti essendo il ricorso inammissibile*». Ma si veda anche Cass., sez. II, 14 luglio 2021, n. 20067 con riguardo, ad esempio, all'omessa fissazione, nel giudizio d'appello, dell'udienza di discussione orale, pur ritualmente richiesta dalla parte ai sensi dell'art. 352 c.p.c. V. però Cass., sez. III, 16 novembre 2020, n. 25861 che ha invece affermato, con riguardo ad ipotesi in cui l'impugnante non era stato avvertito del rinvio dell'udienza di p.c., che la conseguente nullità di tutti gli atti successivi è assoluta e che «*un onere di allegazione specifica del pregiudizio risulta infatti ridondante nel caso in cui la violazione concerna norme processuali che disciplinano formalità indispensabili in funzione dell'assicurazione del regolare contraddittorio (nullità assolute): in tal caso – salvo che risulti che la parte sia stata in grado, nelle successive udienze, di recuperare, eliminando in tal modo il pregiudizio, le attività difensive non potute compiere a causa della nullità – il pregiudizio al diritto di difesa non può che essere oggettivamente identificato nella stessa impossibilità di compiere l'atto difensivo, esulando dalla verifica di legittimità, volta ad accertare la disformità dell'attività processuale dal parametro normativo (in relazione allo scopo che la norma processuale intende perseguire), anche l'ulteriore indagine del requisito prognostico – inteso quale elemento costitutivo della eccezione – della rilevanza "determinante" che l'atto difensivo, omesso a causa della nullità, avrebbe potuto spiegare sulla successiva attività processuale e sulla decisione finale (non è previsto da alcuna norma e non risponde ai limiti imposti al sindacato di legittimità, ricollegare il pregiudizio al diritto di difesa determinato dal vizio di nullità che ha precluso alla parte di depositare le memorie conclusive, alla valutazione di merito concernente gli argomenti in diritto che il difensore avrebbe potuto illustrare per convincere il Giudicante delle tesi sostenute dalla parte rappresentata*».

nullità/inammissibilità/improcedibilità processuali che alleggeriscano la pressione sulla corte.

Non a caso si è rilevato che “lo stesso processo telematico, nato per semplificare e rendere più accessibile l’accesso alla giustizia, contempla norme che vengono sistematicamente interpretate alla puntigliosa ricerca di quel “qualcosa” che possa far materializzare una qualche corrispondente “sanzione”. L’idea della “trappola” è conforme a quegli orientamenti che sembrano indicare *ex post*, a fatti compiuti, la regola che avrebbe dovuto essere osservata e che non sembrava perfettamente chiara prima dell’intervento “chiarificatore” del giudice”¹⁷.

2. Regole di validità dell’atto processuale telematico.

L’atto processuale telematico è caratterizzato dal fatto che le regole formali sono rinvenibili in una congerie di fonti normative: oltre al codice di procedura civile, infatti vanno tenute in considerazione fonti del diritto dell’unione europea (quale il Regolamento UE 910/2014 c.d. eIDAS¹⁸ in relazione alla nozione e valore giuridico del documento informatico e alla tipologia di firme digitali e alla sua efficacia), il d. lgs.

¹⁷R. VACCARELLA, B. SASSANI, B. CAPPONI, *Editoriale*, in *Rass. es. forz.*, 2021, p. 607 ss. che proseguono «*Ed ancora, frutto di una forma di mascherata schizofrenia è l’orientamento della S.C. in cui antiformalismo estremo e iperformalismo si danno la mano. Pretendendo la prova della lesione dell’interesse tutelato dalla nullità, i filoni giurisprudenziali emergenti (ormai dominanti, si può dire) hanno intaccato a fondo la disciplina legale delle nullità la cui teorica appare, allo stato, semplicemente da riscrivere. Dopo avere per decenni accettato alla perversa trasformazione in nullità di molte irregolarità formali, la giurisprudenza dominante stenta oggi a riconoscere le nullità pure, cioè quelle nullità incompatibili con la ricerca dell’interesse sottostante leso, perché incompatibile con la natura del processo è la difformità dell’atto dalla sua fattispecie. Sono i casi in cui i correttivi invocati (ragionevole durata, strumentalità del mezzo al fine ecc.) non possono prevalere senza che ceda la stessa struttura formale del processo. Contemporaneamente, un iperformalismo protezionistico moltiplica le fattispecie di inammissibilità, dando un senso perverso alle regole processuali fuori da ogni ragionevolezza. Il bello è che il diritto delle trappole viene condito con l’ambizione di “fare diritto”, cosa che, per la Corte di cassazione, significa pretendere di svolgere oggi una funzione più elevata e nobile di quella del mero controllo del rispetto della legge».*

¹⁸*Electronic Identification Authentication and Signature.*

82/2005 (c.d. codice dell'amministrazione digitale, CAD), per l'identificazione delle nozioni di copia informatica e duplicato informatico, nonché per l'equiparazione tra firma digitale e firma analogica con riguardo ai provvedimenti del giudice¹⁹; il d.m. n. 44/2011, regolamento emanato in attuazione dell'art. 4 del d.l. n. 193/2009²⁰ e recante le regole tecniche del processo telematico con particolare riguardo, per quanto qui interessa, alla formazione e trasmissione degli atti e documenti informatici; numerose norme del detto regolamento rinviano ad un decreto dirigenziale del responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia (richiamato dall'art. 34 del regolamento) portante le c.d. *specifiche tecniche*: si tratta del decreto DGSIA del 16 aprile 2014 (modificato con provvedimento del 28 dicembre 2015) che disciplina alcuni aspetti di carattere tecnico relativo all'atto digitale (si segnalano in particolare, l'art. 12: Formato dell'atto del processo in forma di documento informatico; l'art. 13 sul formato dei documenti producibili; l'art. 19-*bis* sulla notificazione per via telematica eseguita dai difensori)²¹.

A questa congerie di fonti se n'è poi aggiunta – al momento del vero e proprio decollo del processo telematico – una, di rango primario, costituita dal d.l. n. 179/2012 (oggetto di reiterati rimaneggiamenti sino al d.l. n. 83/2015) che disciplina alcuni aspetti fondamentali quali: (a) l'obbligo di deposito telematico degli atti ad opera della parte già costituita (i

¹⁹V. in questo senso Cass., sez. III, 10 novembre 2015, n. 22871 che ha rigettato, proprio in forza di detta equiparazione, il ricorso per cassazione proposto dal soccombente in relazione ad una sentenza pronunciata *ex art. 281-sexies* c.p.c. allegata al verbale e sottoscritta digitalmente dal magistrato, rispetto alla quale il ricorrente sosteneva mancare la sottoscrizione autografa di cui all'art. 132 c.p.c.

²⁰Norma che prevedeva che con uno o più decreti del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, venissero individuate le regole tecniche per l'adozione nel processo civile e nel processo penale delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, in attuazione dei principi previsti dal d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni.

²¹Evidenzia il ruolo delle regole tecniche di integrazione della norma processuale G. OTTOBRE, *L'irregolarità nel processo civile telematico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, pp. 1015 ss., 1018 s.; ma v. già P. LICCARDO, *Identità e contingenza del processo civile telematico*, in S. ZAN (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia – L'evoluzione del processo civile telematico*, Bologna, 2004, 40 ss.

c.d. atti definiti, infelicemente, “endoprocessuali”); (b) il momento in cui il deposito si intende perfezionato e la tempestività del deposito (ricevuta di consegna generata entro l’ultimo momento utile del giorno di scadenza, e non più le 14 come previsto *ab origine* dal regolamento); (c) la possibilità di depositi frazionati (c.d. “multipli”) in caso di eccedenza rispetto al limite dimensionale dei 30 mb di cui alle specifiche tecniche²²; (d) il potere del difensore di estrarre copie dal fascicolo informatico e attestarne l’autenticità, con le relative modalità.

Tale composito sistema di fonti, proprio in virtù della presenza di fonti subordinate, ha determinato una vera e propria erosione al campo di applicazione della norma primaria e del codice di rito (e alla conseguente riserva di legge in materia processuale²³).

Ci si è subito interrogati sulle conseguenze sulla validità degli atti processuali derivanti dalla violazione di una di queste numerose norme (di diverso rango) e il processo telematico è diventato terreno fertile per l’invenzione di nuove forme di inammissibilità e inesistenza, anche per pretesa violazione di norme di carattere tecnico adottate con provvedimento di natura spiccatamente amministrativa.

3. *Il p.c.t. e le invalidità processuali.*

Diverse sono le ipotesi nelle quali gli interpreti hanno *immaginato* il ricorrere di un’invalidità (genericamente declinata come *inammissibilità*) per la violazione di disposizioni del p.c.t.

Si pensi alla questione della forma di deposito del reclamo cautelare, oggetto di pronunce contrastanti variamente risolto, con riguardo al deposito cartaceo o *digitale* dalla dottrina²⁴ e dalla giurisprudenza di meri-

²² Cosa succede se si eccede comunque il limite: secondo il regolamento, il deposito dovrebbe essere scartato con comunicazione al mittente dell’errore; nella realtà, non avviene assolutamente nulla, posto che la PEC oltre dimensioni viene regolarmente accettata.

²³ Sulla riserva di legge in materia processuale v., ancor prima della riforma dell’art. 111 Cost., già F. AULETTA, *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 85 ss.

²⁴ Si veda, per una ricognizione, con riguardo al reclamo avverso il provvedimento di sospensione nel processo esecutivo, M.R. GIUGLIANO, *La digitalizzazione del processo ese-*

to²⁵ che è arrivata addirittura a parlare di atto *inesistente* in quanto «*privato*

cutivo. Formalismo telematico e sostanza delle tutele nel processo esecutivo, in *Riv. es. forz.*, 2020, pp. 314 ss., 320 s.

²⁵ V., ad es., Trib. Vasto, ord. 15 aprile 2016, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1278 con nota di C. ASPRELLA, *Natura del reclamo cautelare e processo telematico* e di P. PUCCIARELLO, *Obblighi di deposito telematico: tra nuovi formalismi e regole di validità degli atti processuali*. Il Tribunale ha ritenuto dirimente, per ritenere prescritta la forma telematica, la circostanza che il reclamo non introduca un nuovo e diverso giudizio ma una fase eventuale del procedimento cautelare e che lo stesso viene depositato dal difensore di una parte già costituita. Inoltre, l'opzione tra la natura cartacea e quella informatica del documento non riguarderebbe solo la forma dell'atto ma sottenderebbe «una ben più radicale questione che afferisce all'essenza del documento», con conseguente irrilevanza dei principi di cui all'art. 156 c.p.c. (*libertà delle forme, tassatività delle nullità e sanatoria per raggiungimento dello scopo*). L'atto cartaceo, laddove vi sia obbligo di deposito telematico, sarebbe allora perciò addirittura inesistente in quanto «privato degli estremi e dei requisiti essenziali per la sua qualificazione come atto del tipo normativamente determinato». Scopo del deposito telematico sarebbe non soltanto quello del contatto tra parte e giudice, ma anche quello di «veicolare le richieste della parte al giudice al fine di sollecitare la sua decisione, mediante un supporto smaterializzato e decentralizzato che consenta, da un lato, un più rapido ed immediato accesso agli atti e documenti del processo per il giudice e per le parti e, dall'altro, una diversa e più economica gestione dello scambio di dati e informazioni in ambito processuale rispetto al supporto cartaceo, nell'ottica di favorire la progressiva dematerializzazione del fascicolo cartaceo, per le ragioni di economia processuale e di ragionevole durata del processo cui è ispirato il P.C.T. La conclusione è quindi quella che il reclamo "cartaceo" sarebbe inammissibile». In senso analogo v. anche Trib. Torino, sez. III, 6 marzo 2015, in <http://www.processociviletelematico.it/12-giurisprudenza/73-trib-torino-sez-specializzata-in-materia-di-impresa-ord-16-gennaio-26-gennaio-2015.html>.

In senso opposto si era pronunciato invece, ad esempio, Trib. Roma, ord. 31 luglio 2015, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1282 che ha ritenuto il reclamo atto introduttivo (e perciò depositabile nel formato tradizionale), giacché finalizzato ad avviare un nuovo giudizio sulla domanda cautelare dinnanzi ad un giudice diverso (collegio), recante un nuovo n.r.g. e destinato a concludersi con un'ordinanza sostitutiva di quella impugnata. Quand'anche si qualificasse il reclamo come atto endoprocessuale, l'erroneo deposito cartaceo del reclamo non potrebbe essere sanzionato, stante l'assenza di un'espressa previsione di inammissibilità e l'applicazione del principio del raggiungimento dello scopo. V. anche Trib. Asti, sez. I, 23 marzo 2015, in <http://www.processociviletelematico.it/12-giurisprudenza/103-trib-asti-ord-23-marzo-2015-est-pozzetti.html> e Trib. Venezia, sez. Imprese, 3 luglio 2015, in *DeJure*.

La decisione del Tribunale di Vasto è – condivisibilmente – criticata da P. PUCCIARELLO, *Obblighi di deposito*, cit., p. 1291 ss., spec. p. 1294 ss. il quale rileva che si tratta

degli estremi e dei requisiti essenziali per la sua qualificazione come atto del tipo normativamente determinato».

Se chi scrive pensava che la questione dovesse chiaramente risolversi nel senso della mera irregolarità, essendo la funzione del deposito quella di far pervenire l'atto a conoscenza del giudice, sicché non vi è dubbio che l'omesso rispetto della forma *telematica* (laddove si qualifichi il reclamo cautelare come un'ulteriore fase del medesimo procedimento cautelare) può al limite condurre ad un'irregolarità²⁶ e in questo senso sono rinvenibili decisioni della S.C. anche recenti (come pure l'ipotesi, oggi non più possibile, opposta dell'atto obbligatoriamente analogico²⁷), occorre se-

di scrutinare la validità della forma di deposito (cartacea o telematica) diversa da quella prevista dalla legge applicando i principi generali in tema di forma degli atti processuali: ebbene, anche la forma eventualmente erronea rispetto a quella prevista dalla legge è idonea a perseguire lo scopo del deposito, che è quello di attivare l'ufficio giudiziario in ordine ad una richiesta di provvedimento. V. anche E. ZUCCONI GALLI, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pp. 1185 ss., 1209 ss. che osserva che la forma scritta dell'atto realizza pienamente l'esigenza di certezza necessaria per produrre gli effetti derivanti dalla proposizione della domanda. Il deposito a mani è poi sicuramente in grado di assicurare la ricezione da parte dell'ufficio e la visione da parte della controparte, con la conseguenza che il deposito è valido *ex ante* ex art. 156, comma 2, c.p.c. per idoneità astratta dell'atto al raggiungimento dello scopo. Sul punto v. anche G. BALENA, *Riflessioni minime circa l'obbligatorietà del deposito di atti e documenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, pp. 593 ss., 603 s. che evidenzia, nell'individuazione dello scopo dell'atto, la sussistenza di un certo margine di discrezionalità dell'interprete, legato inevitabilmente ad una scelta di valori, allorché si tratti di individuare quale utilità perseguita dal legislatore debba considerarsi irrinunciabile.

²⁶ V. al riguardo Cass., sez. VI, 9 luglio 2020, n. 14445 che ha ben precisato come *«l'utilizzo di una modalità di deposito diversa da quella conforme alle prescrizioni processuali vigenti ratione temporis (nella specie dell'atto di riassunzione in formato cartaceo piuttosto che telematico), non incidendo sugli elementi essenziali ed indispensabili perché l'atto produca gli effetti suoi propri, non comporti l'inesistenza dell'atto ed, anzi, configuri una mera irregolarità non integrante nullità, in mancanza di una espressa comminatoria in conformità al disposto di cui all'art. 156 c.p.c., comma 1; va considerato, inoltre, che nel caso in esame l'atto ha consentito la presa di contatto tra la parte e l'ufficio giudiziario ai fini della prosecuzione del giudizio, in concreto utilmente avvenuta senza vulnus alcuno per le prerogative e i diritti delle parti nel processo, in un sistema processuale che prevede, a chiusura del sistema, la sanatoria per raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156 c.p.c., u.c.».*

²⁷ V., al riguardo Cass., sez. VI, 23 gennaio 2019, n. 1717.

gnalare che, con ordinanza, del 21 luglio 2021, n. 20844, la sez. III ha ritenuto di dover sollecitare il presidente alla rimessione alle s.u. della questione se il mancato rispetto della forma telematica, imposta per la proposizione di un reclamo ex art. 630 c.p.c. comporti che «*l'atto, depositato in forma soltanto cartacea, sia insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 156 c.p.c., comma 3, pur non risultando comminata dalla previsione legislativa sopra richiamata, alcuna specifica sanzione di nullità (insanabile, o di inesistenza, qualora la categoria si ritenga configurabile)*». In particolare, dovrebbe essere rimessa alla S.U. la questione di massima di particolare importanza, relativa alle conseguenze sulla validità degli atti del processo, per i quali sia prevista quale unica forma di confezionamento o predisposizione e deposito in cancelleria (con conseguente disponibilità ad opera del giudice e delle altre parti) quella telematica, prodotti o depositati invece in forma tradizionale o analogica.

La questione mi pareva e mi pare debba avere una sola soluzione: se ed in quanto l'atto – seppur depositato con le modalità (più che con la forma) errate – sia giunto a conoscenza del giudice e delle parti (magari perché, inizialmente depositato in veste cartacea, sia stato successivamente digitalizzato da un cancelliere volenteroso), ogni eventuale violazione della *modalità* prescritta dalla norma non può che degradare a mera irregolarità non sanzionabile con nullità²⁸/inammissibilità/improcedibilità, avendo l'atto perfettamente raggiunto lo scopo al quale è destinato. Cass., sez. un., 10 marzo 2022, n. 7877, risolvendo la questione e decidendo nel senso favorevole all'ammissibilità del reclamo, ha però preferito avventurarsi sulla strada interpretativa dell'*atto endoprocedurale* (adottando una nozione di “costituzione” assai opinabile²⁹), per concludere che il recla-

²⁸ Nel senso della nullità v. invece G. RUFFINI, *Il processo civile di fronte alla svolta telematica*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 973 ss., spec. p. 977 per il quale l'atto depositato con le modalità erranee sarebbe inidoneo al raggiungimento dello scopo, in quanto non garantirebbe l'accessibilità da remoto, a sua volta finalizzata a facilitare l'esercizio delle attività difensive sì da permettere alle parti di fruire dell'intero termine processuale a difesa. Senonché, in contrario, si può obiettare che laddove l'atto depositato in forma cartacea sia acquisito in forma digitale, tramite scansione, al fascicolo telematico, non pare dubitabile che lo scopo risulti pienamente raggiunto; impregiudicata ogni considerazione relativa al fatto che l'atto depositato in forma cartacea è spesso atto introduttivo destinato ad essere notificato alla controparte.

²⁹ Secondo le S.U. con l'espressione '*parti precedentemente costituite*' l'art. 16-bis,

mo dell'ordinanza di estinzione emessa dal giudice dell'esecuzione determina una netta cesura tra fase esecutiva e conseguente giudizio di cognizione (volto a verificare se effettivamente il processo si è estinto) e di conseguenza si instaura una nuova relazione parti-giudice, tale da ricondurre il reclamo ad atto introduttivo escluso dall'obbligo di deposito telematico. La soluzione appare comunque corretta sul piano del risultato pratico (ammissibilità della modalità cartacea) e della qualificazione, ai fini dell'art. 16-*bis* cit., del reclamo quale autonomo procedimento³⁰.

Giova solo sottolineare che in aiuto ad evitare simili questioni per una volta è venuta la disciplina emergenziale che imponendo il deposito in forma telematica per tutti gli atti processuali non dovrebbe – quanto meno per tutta la durata dello stato di emergenza e, a tendere, anche in seguito, allorché entreranno in vigore gli emanandi decreti delegati di attuazione della riforma del processo civile – più far sorgere dubbi all'operatore in ordine a quale modalità seguire: telematica sempre!

Ci si è poi ancora interrogati in ordine alla questione relativa al deposito di un atto processuale in formato non nativo digitale, in contrasto

comma 1, d.l. n. 179/2012 si riferirebbe non soltanto all'atto di costituzione di cui agli artt. 165 e 166 c.p.c. – dalla cui omissione discende la contumacia – “*ma anche, più in generale, all'acquisizione di parte in senso formale nel procedimento incardinato dinanzi al giudice adito, veste che, almeno in senso lato, compete a ciascuna parte in qualunque procedimento destinato a svolgersi dinanzi al tribunale*”. Senonché pare a chi scrive che non vi sia alcuna necessità di introdurre una nozione di ‘parte in senso formale’ per individuare l'ambito di applicazione del predetto art. 16-*bis*: invero, gli artt. 165 e 166 c.p.c., seppur dettati con riguardo specifico al processo di cognizione, individuano il *proprium* della costituzione in giudizio (che può avvenire in qualsiasi procedimento, contenzioso o di volontaria giurisdizione) nell'auto-presentazione davanti al giudice adito, con il deposito (in modalità analogica o telematica) del proprio atto difensivo. Al contrario, la qualità di ‘parte in senso formale’ si acquisisce per la sola evocazione in giudizio (ovvero per essere stati resi destinatari di una domanda giudiziale, di cognizione o esecutiva), sicché la relativa nozione nulla ha a che vedere con la parte costituita di cui al citato art. 16-*bis*, per il che occorre qualcosa di più, ovvero il deposito di un atto di *presentazione* (appuntamento di costituzione) innanzi al giudice.

³⁰ Da parte di chi scrive non vi sono ragioni che ostino all'estensione dei medesimi principi anche al reclamo cautelare, anche se in tale procedimento non vi è quel passaggio tra fase di esecuzione e processo di cognizione che caratterizza il procedimento *ex* art. 630 c.p.c.

con l'art. 12 delle specifiche tecniche che impongono che l'atto sia: (i) privo di elementi attivi; (ii) in formato pdf; (iii) ottenuto da una trasformazione di un documento testuale senza restrizione per le operazioni di selezione e copia di parti, con l'esclusione pertanto della scansione di immagini³¹; questione che doveva e deve certamente risolversi nei termini di mera irregolarità, eventualmente sanzionabile con altri strumenti, ad esempio, applicando in maniera estensiva l'art. 92, comma 1, c.p.c. ed escludendo perciò la ripetibilità dei relativi compensi, in quanto atto redatto in violazione dei doveri di lealtà di cui all'art. 88 c.p.c., ma non certo in termini di nullità, atteso che non vi è dubbio che la funzione dell'atto processuale è quella di portare a conoscenza del giudice e alla controparte il contenuto delle proprie istanze e difese³², e non già di consentire a quest'ultimo o alla controparte l'utilizzo della funzione copia-incolla per risparmiare tempo.

Si deve segnalare, al riguardo, che la citata legge 26 novembre 2021, n. 206, prevede, tra i principi direttivi che dovranno essere rispettati dal legislatore delegato, all'art. 1, comma 17, lett. e), il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico dell'atto, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo, e che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese. Con ciò rendendo chiara l'intenzione del legislatore di spostare su un piano diverso – quello ad esempio delle spese – la reazione dell'ordinamento in caso di mancato rispetto delle specifiche tecniche. Resta il fatto che tale disposizione sembra implicitamente ammettere che vi possa essere una disformità dell'atto processuale rispetto alle norme tecniche tale da impedire il raggiungimento dello scopo dell'atto e da condurre quindi alla sanzione della nullità.

³¹ Trib. Roma, 13 luglio 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 368, con nota critica di G.G. POLI, *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*, aveva dichiarato inammissibile il ricorso per decreto ingiuntivo depositato quale scansione di immagine.

³² Così anche G. OTTOBRE, *L'irregolarità nel processo civile telematico*, cit., 1028 che osserva anche – citando F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1938, p. 491 – come la nullità processuale sia una sanzione *costosa* da adottarsi soltanto quando non vi sia una soluzione migliore al problema.

Ancora, il processo telematico è diventato terreno fertile per l'exasperazione formalistica dell'improcedibilità e dell'inammissibilità. A tal riguardo, non si può omettere di ricordare che proprio la Suprema Corte, con ordinanza 31 agosto 2017, n. 20672 della sesta sezione, aveva ritenuto dovesse addirittura essere rimessa alle sezioni unite la questione riguardante, nell'ambito della notifica via PEC di un controricorso per cassazione accompagnato dalla procura alle liti allegata in copia informatica di originale cartaceo: (a) la configurabilità o meno, nell'ambito delle specifiche tecniche (e quindi neppure di una norma di legge, ma di un provvedimento generale privo di natura normativa) di una prescrizione dell'atto indispensabile al raggiungimento dello scopo e prevista pertanto a pena di nullità, o addirittura di esistenza dell'atto stesso, che nella specie imponesse la firma digitale dell'atto (o in subordine, quanto meno della procura alle liti) in formato CADES con estensione .p7m (in luogo del formato PAdES con estensione .pdf) e, laddove tale prescrizione sussistesse, (b) l'applicabilità o meno del principio di sanatoria dell'atto nullo in caso di raggiungimento dello scopo. La Corte si interrogava quindi nella sostanza se potesse sussistere nullità, o addirittura, inesistenza per l'ipotesi di (pretesa) violazione di una prescrizione contenuta nelle specifiche tecniche, ovvero di un decreto (seppur legittimato da una fonte regolamentare) emanato da un dirigente del Ministero della Giustizia. Altro che giusto processo civile regolato dalla legge!

Peraltro, le S.U., con sentenza 27 aprile 2018, n. 10266 ha ritenuto insussistente la dedotta violazione delle specifiche tecniche (che pacificamente ammettevano entrambi i formati di firma digitale PaDES e CaDES) e ha ritenuto assorbita ogni questione relativa alla sanzione e alla sanabilità del mancato rispetto delle specifiche tecniche.

Altre ipotesi di improcedibilità – a mio avviso frutto di una qual fantasia interpretativa e infine fortunatamente (quanto meno in via parziale) archiviate sempre dalle Sezioni Unite – riguardavano invece la produzione in giudizio sia della copia del ricorso per cassazione notificato via pec sia della copia della sentenza impugnata notificata (via PEC) con relativo messaggio di posta elettronica stampato in forma cartacea, il tutto però non accompagnato da un'attestazione di conformità.

Con riguardo alla prima questione, la Corte di Cassazione, sez. VI, 22 dicembre 2017, n. 30918 aveva deciso che il deposito in cancelleria di

copia analogica del ricorso per cassazione predisposto in originale telematico e notificato a mezzo posta elettronica certificata, con attestazione di conformità priva di sottoscrizione autografa del difensore *ex art. 9, commi 1-bis e 1-ter*, legge n. 53/1994, ne comportasse l'improcedibilità rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 369 c.p.c., a nulla rilevando la mancata contestazione della controparte ovvero il deposito di copia del ricorso ritualmente autenticata oltre il termine perentorio di venti giorni dall'ultima notifica, non essendo ammissibile il recupero di una condizione di procedibilità mancante al momento della scadenza del termine per il deposito del ricorso.

Con riferimento alla seconda questione, secondo la S.C.³³, in caso di notificazione della sentenza impugnata tramite PEC, non sarebbe stato sufficiente il deposito da parte del ricorrente, unitamente al ricorso, di una copia semplice di un messaggio di posta elettronica certificata, documento che non equivarrebbe alla copia autentica della relazione di notifica. Ebbene, non essendo (allora) attivato il processo telematico presso la Suprema Corte, non sarebbe stato possibile dare prova della ricevuta notifica tramite il deposito del messaggio di posta elettronica ricevuto, sicché si dovrebbe applicare l'art. 9, comma 1-ter della legge n. 53/1994; norma che impone all'avvocato, in tutti i casi in cui debba fornire prova della notificazione non in formato digitale, di estrarre, ai sensi dell'art. 9, comma 1-bis, «copia su supporto analogico del messaggio di posta elettronica certificata, dei suoi allegati e della ricevuta di accettazione e di avvenuta consegna» e di attestarne «la conformità ai documenti informatici da cui sono tratte ai sensi dell'articolo 23, comma 1 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82»³⁴. Nella specie, l'impugnante che ha ricevuto la notificazione della sentenza,

³³ Ci si riferisce all'ordinanza Cass., sez. VI, 15 marzo 2017, n. 6657 e alla successiva Cass., sez. III, 14 luglio 2017, n. 17450. Da ultimo Cass., sez. III, ord. 20 dicembre 2017, n. 30622, pur ribadendo la propria adesione al suddetto orientamento, aveva ritenuto che la questione necessitasse di un pronunciamento delle Sezioni Unite ed aveva disposto la rimessione degli atti al Presidente della Corte perché valutasse l'assegnazione della questione a queste ultime.

³⁴ Norma che prevede che «*le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato*».

avrebbe dovuto, pena l'improcedibilità del ricorso, estrarre copie cartacee del messaggio di posta elettronica certificata ricevuta e dei suoi allegati, ivi inclusa la relata di notificazione, attestandone la conformità all'originale digitale. A nulla è valso neppure, per superare l'improcedibilità, il fatto che ricorrente e resistente avessero concordemente indicato la data di notifica della sentenza impugnata, atteso che il controllo di tempestività dell'impugnazione corrisponderebbe ad un'esigenza pubblicistica ed è perciò sottratto alla disponibilità delle parti.

In conseguenza di dette *sopravvenute ed imprevedibili* interpretazioni della Suprema Corte sono stati dichiarati improcedibili numerosi ricorsi, sinché le Sezioni Unite, con due diverse decisioni sostanzialmente consonanti, hanno elaborato diversi temperamenti (anche in contrasto con il principio della *indisponibilità* dell'improcedibilità³⁵) all'applicazione *tranchant* di detta sanzione, prevedendo con la sentenza n. 22438 del 24 settembre 2018 (in relazione alla notifica del ricorso) e con la decisione n. 8312 del 25 marzo 2019³⁶ che la improcedibilità non possa essere dichiarata, laddove: (a) la *controparte* depositi copia analogica (rispettivamente) del ricorso ritualmente autenticata o della sentenza notificata, con la relativa relata, il tutto ritualmente autenticato; (b) ovvero la stessa non abbia disconosciuto la conformità della copia informale all'originale notificatogli/notificato al ricorrente *ex art. 23, comma 2 del d.lgs. n. 82 del 2005*³⁷; (c) viceversa, ove il destinatario rimanga solo intimato (così come nel caso in cui non tutti i destinatari della notifica depositino controricorso) ovvero disconosca la conformità all'originale della copia ana-

³⁵ In quanto l'improcedibilità è sanzione posta a tutela dell'esigenza pubblicistica (e, quindi, non disponibile dalle parti) del rispetto del vincolo della cosa giudicata formale, v. ad es., Cass., sez. un., 16 aprile 2009, n. 9005, richiamata anche da Cass., sez. III, 14 luglio 2017, n. 17450.

³⁶ Pubblicata ad esempio in *Foro it.*, 2019, c. 3301 con nota di A. ALFIERI, *In tema di rapporto tra il giudizio di cassazione e il c.d. «processo telematico»*, nonché in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 1137 con nota di G.G. POLI, *Per una improcedibilità più mite del ricorso per cassazione. Riflessioni in tema di deposito in copia non autentica della sentenza impugnata e della relata*.

³⁷ Disposizione in forza della quale le copie e gli estratti su supporto analogico del documento informatico, conformi alle vigenti regole tecniche, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale se la loro conformità non è espressamente disconosciuta.

logica non autenticata tempestivamente depositata, per evitare di incorrere nella dichiarazione di improcedibilità sarà onere del ricorrente depositare l'asseverazione di conformità all'originale della copia analogica sino all'udienza pubblica di discussione o all'adunanza in camera di consiglio.

Ciò nonostante, sebbene siano passati circa tre anni dalle dette pronunce (e i difensori hanno quindi avuto il tempo di provvedere alla – consentita – sanatoria dei ricorsi a rischio di dichiarazione di improcedibilità per carenze nelle attestazioni) non sono mancate, anche di recente, pronunce che hanno dichiarato l'improcedibilità dei ricorsi, principalmente in ipotesi in cui il resistente non aveva depositato controricorso e senza che evidentemente il ricorrente si fosse avveduto della carenza documentale (*recte*, di attestazioni) che caratterizzava la propria iniziativa.

Qualche tendenza iperformalistica è peraltro riemersa laddove la S.C., ad esempio con pronuncia sez. I, 18 febbraio 2021, n. 4401³⁸ ha dichiarato improcedibile il ricorso per cassazione in un caso in cui l'attestazione di conformità della copia analogica prodotta era stata sottoscritta dal difensore che aveva assistito la parte nel precedente grado di giudizio, dopo che il cliente aveva già conferito il mandato alle liti per il giudizio di legittimità ad un altro difensore³⁹. O ancora, di recente, la Corte di Cassa-

³⁸ Pubblicata in *Judicium* con commento giustamente critico di B. SASSANI, B. CAPPONI, A. PANZAROLA, M. FARINA, *Perché la Cassazione torni a decidere i ricorsi (a proposito di attestazioni di conformità e dintorni)*.

³⁹ A seguito del conferimento della procura per il giudizio di cassazione, il precedente difensore per il grado di merito vedrebbe estinta la sua procura e venir meno il conseguente potere di attestazione. Il principio sarebbe condiviso anche da Cass., Sez. 6-3, n. 10941 dell'8 maggio 2018, Rv. 648805-01; conf. Sez. 1, n. 6907 dell'11 marzo 2020, Rv. 657478. In senso diametralmente opposto Cass., sez. I, 3 febbraio 2021, n. 2445: «il conferimento della successiva nomina non determina una conseguenziale perdita del potere certificativo in capo al precedente difensore, trattandosi “dell'autentica” di un provvedimento emesso all'esito della fase del giudizio di merito nel corso del quale il legale ha esercitato il munus difensivo ed in forza del quale ha ricevuto – quale destinatario – formale comunicazione dell'atto da parte della cancelleria. Sarebbe, infatti, irragionevole che tale soggetto sia, per un verso, abilitato a ricevere la comunicazione telematica della copia digitale del provvedimento conclusivo di tale fase processuale, restandone “depositario” in quanto pertinente al fascicolo informatico del giudizio di merito e, per altro, privarlo del potere di attestarne la conformità rispetto ad un atto “originale” che è entrato in suo legittimo possesso, al quale ha potuto accedere in forza della persistenza di valide credenziali [...] Ciò non toglie,

zione, sez. III, 11 febbraio 2022, n. 4423 è ricorso alla categoria dell'inammissibilità per rigettare un ricorso in quanto l'attestazione di conformità della copia cartacea avrebbe riguardato esclusivamente il ricorso e non già la relata di notifica e i messaggi PEC di accettazione e consegna (che pure erano stati indicati dal difensore come facenti parte del documento attestato conforme), non essendovi quindi – a quanto è dato capire – prova della notificazione del ricorso⁴⁰. Pare a chi scrive il trionfo del formalismo esasperato, posto che la parte intendeva attestare la conformità all'originale del ricorso per come notificato, ivi inclusa relata e messaggi PEC. Ma tant'è!

Va però segnalata, in senso diametralmente opposto, l'esistenza di (condivisibili) orientamenti anti-formalistici volti comunque a riscontrare, *in nuce*, l'esistenza di un'asseverazione di conformità anche laddove la stessa sia in realtà assente e il suo difetto non sia stato sanato. Così, ad esempio, Cass., sez. VI, 18 marzo 2021, n. 7610 ha ritenuto che il difetto di asseverazione autografa in calce alla decisione impugnata ed alla relata di notificazione a mezzo PEC non comporta l'improcedibilità del ricorso ove, in base alla valutazione complessiva degli atti depositati, emerga in maniera inequivoca la volontà asseverativa. Nella specie, la volontà asseverativa "composita" è stata desunta dal deposito di attestazioni di con-

però, che tale potere di autentica possa essere alternativamente esercitato anche dal difensore nominato per il giudizio di cassazione laddove, successivamente al deposito in cancelleria della procura, abbia avanzato un'istanza di visibilità del fascicolo di merito al quale sia stato autorizzato ad accedere».

⁴⁰ Nel caso di specie, secondo quanto si legge nella citata pronuncia, il difensore aveva attestato la conformità del ricorso «notificato a mezzo "PEC", all'originale notificato digitalmente, "coi relativi allegati firmati digitalmente", soggiungendo che esso "è composto da: procura alle liti, relata di notifica firmata digitalmente, stampa di messaggio PEC di notifica dei predetti atti allegati; ricevuta di accettazione della suddetta PEC; ricevuta di avvenuta consegna della suddetta PEC". Tale ulteriore attestazione vale certamente ad escludere l'improcedibilità del ricorso, ma non è idonea, però, ad impedirne anche l'inammissibilità. A tale esito conduce, infatti, il difetto di specifica attestazione della conformità, ai rispettivi originali digitali, della relata di notificazione e dei messaggi "PEC", dal momento che il difensore ha attestato, come si è detto, la sola conformità del ricorso depositato nella forma cartacea all'originale notificato digitalmente, soggiungendo, semplicemente, che l'atto in questione è "composto" – ma senza un'ulteriore attestazione di conformità delle copie cartacee degli stessi ai loro originali digitali – dagli atti sopra meglio indicati».

formità in calce alle relate e alla decisione gravata con indicazione di sottoscrizione digitale – inidonea in assenza di deposito telematico nella fase di legittimità – esplicitamente richiamate nell'indice dei documenti depositati, contenente l'elencazione di tali atti, sottoscritto in via autografa. Si trattava di un'ipotesi in cui, in sostanza, l'attestazione c'era ma non era stata firmata dal difensore, che però aveva sottoscritto l'indice documenti che riportava la produzione della sentenza e delle relate di notifica asseverate.

Non sarà sfuggito che il ragionamento seguito non è poi dissimile da quello elaborato – in relazione al processo analogico – con riguardo al ricorso non sottoscritto, ma accompagnato dalla procura alle liti autenticata dal difensore. A tale ultimo riguardo, con atteggiamento antiformalistico, si è infatti ritenuto meramente irregolare l'atto introduttivo privo della sottoscrizione del legale ma accompagnato dalla procura alle liti a margine debitamente autenticata dal difensore indicato in calce all'atto, giacché *«in tale caso la sottoscrizione apposta dal difensore per certificare l'autenticità della firma di rilascio, redatta in calce o a margine dell'atto stesso, assolve il duplice scopo di certificare l'autografia del mandato e di sottoscrivere l'atto»*⁴¹. Ed ancora, le Sezioni Unite, con pronuncia 28 novembre 2005, n. 25032, hanno deciso che *«l'art. 83, comma 3°, c.p.c., nella parte in cui richiede, per la procura speciale alla lite conferita in calce o a margine di determinati atti, la certificazione da parte del difensore della autografia della sottoscrizione del conferente, deve ritenersi osservato – senza possibilità di operare distinzioni in riferimento agli atti di impulso, ovvero di costituzione, concernenti il giudizio di primo grado ed il giudizio di impugnazione – sia quando la firma del difensore si trovi subito dopo detta sottoscrizione, con o senza apposite diciture (come “per autentica”, o “vera”), sia quando tale firma del difensore sia apposta in chiusura del testo del documento nel quale il mandato si inserisce e, quindi, la autografia attestata dal difensore esplicitamente od implicitamente, con la firma dell'atto recante la procura a margine o in calce»*.

E questa mi pare la linea che dovrebbe essere seguita per evitare che il processo si concluda con provvedimenti meramente processuali.

Senonché, curiosamente, allorché si è trattato di dichiarare tempestivo

⁴¹ Così Cass., sez. I, 6 aprile 2006, n. 8042. V. anche Cass., sez. III, 20 aprile 2007, n. 9490.

un ricorso (dell’Agenzia delle Entrate), seppur per rigettarlo, proposto oltre i 60 giorni da una pretesa notifica, nonostante il controricorrente avesse prodotto sentenza e relata di notifica via PEC debitamente attestata, la Corte, assai di recente⁴², ha ritenuto che l’attestazione in calce a detti documenti non si estendesse alle ricevute di accettazione e di avvenuta consegna, riprodotte su un foglio a parte e successivo, *spillato* alla decisione di appello notificata.

Con il che la possibilità di individuare, almeno, linee interpretative coerenti parrebbe frustrata.

Anche il tema delle notifiche via PEC – seppur non esclusive del processo telematico – ha dato luogo ad incertezze interpretative, ad esempio, in relazione: (a) al tempo della notifica: con riguardo a quella effettuata dopo le 21, in relazione alla quale è dovuta intervenire addirittura la Corte Costituzionale, ribadendo il principio di scissione degli effetti della notifica, sicché il difensore ben può notificare l’atto per cui è prevista un termine, sino alle ore 24 di quel giorno, mentre per il destinatario la notifica sarà efficace dal giorno dopo⁴³; (b) ai registri ai quali attingere per effettuare la notifica, laddove si è dovuto attendere un intervento della S.C. per ribadire l’ovvio, ovvero che non sussiste una gerarchia tra i registri pubblici indicati dalla norma⁴⁴; (c) alla (in)validità della notifica inviata

⁴² Cass., sez. trib., 11 maggio 2021, n. 12396.

⁴³ Così Corte cost., 9 aprile 2019, n. 75, in *Foro it.*, I, 2019, c. 3452, con nota di G.G. POLI, «*I’m gonna wait “till midnight hour”*»: la Consulta dichiara tempestive le notifiche telematiche effettuate dalle ore 21 alle ore 24 (note a margine di Corte cost. 75/19); seguita, ad es., da Cass., sez. VI-2, 2 settembre 2020, n. 18235, in *Giur. it.*, 2020, p. 2681, con nota di V. AMENDOLAGINE, *Notifica telematica dell’appello dopo le ore 21 ma entro le ore 24 dell’ultimo giorno utile*; Cass., sez. VI, 10 ottobre 2020, n. 22136.

⁴⁴ Così, da ultimo, Cass., sez. I, 3 febbraio 2021, n. 2460, in *Giur. it.*, 2021, p. 1360 con nota di V. AMENDOLAGINE, *Notifica dell’appello al domicilio digitale del difensore estratto da Re.G.Ind.E e Ini-Pec* che osserva come, sul piano normativo, sia l’art. 16-ter, comma 1, d.l. n. 179/2012, sia l’art. 3-bis della legge n. 53/1994, sia infine l’art. 149-bis, comma 2, c.p.c., non prevedono alcuna differenza tra i registri Ini-Pec e Re.G.Ind.E., sulla cui scorta, le notificazioni e comunicazioni degli atti giudiziari, in materia civile, devono considerarsi ritualmente eseguite presso un indirizzo di posta elettronica certificata estratto indistintamente da uno dei suddetti registri; ma v. già Cass., sez. un., 28 settembre 2018, n. 23620, seppur con riguardo ad una notifica effettuata ad un indirizzo PEC risultante dall’albo professionale (e perciò, secondo la S.C., fisiologicamente

ad un indirizzo PEC indicato dalla parte in un atto giudiziario (tipicamente la comparsa di costituzione), ma non coincidente con quello risultante dai registri pubblici, che ben può essere risolta in senso antiformalistico, salvando, anche in applicazione del canone di lealtà processuale, la notifica effettuata al domicilio digitale indicato dal destinatario⁴⁵.

4. *Il diritto di accesso alla giustizia e la strumentalità delle forme.*

Il processo telematico, con la sua pervasiva normativa tecnica, di non sempre facile interpretazione e applicazione, rende oggi più che mai necessario tornare ai principi del diritto processuale, principi che costituiscono il faro per risolvere questioni di forma, rammentandosi il fine ultimo della giurisdizione.

Dovrà quindi ricordarsi che:

– funzione costituzionale del processo civile è la tutela di diritti soggettivi, tutela che è dovere dello Stato apprestare (v. art. 24 Cost. e art. 6 CEDU);

– il diritto di accesso ai Tribunali (art. 6 CEDU) può essere limitato, anche attraverso l'imposizione di adempimenti formali, purché la limitazione tenda ad uno scopo legittimo e vi sia proporzionalità tra mezzi utilizzati e scopo perseguito⁴⁶;

– come si desume dagli artt. 121, 131, comma 2, e 156 c.p.c. la forma dell'atto non è un valore in sé stesso ma costituisce solo uno strumento

coincidente, atteso l'obbligo degli ordini professionali di trasmettere tale indirizzo per l'iscrizione nel Re.G.Ind.E. e in Ini-Pec, con quello risultante da detti ultimi registri pubblici).

⁴⁵ Sul tema v. le condivisibili considerazioni di G. RUFFINI, *Il processo civile di fronte alla svolta*, cit., p. 987 ss.

⁴⁶ In questo senso Corte Edu, 16 giugno 2015, *Mazzoni c. Italia*, punto 39 ove si chiarisce che «il diritto di accesso ad un tribunale viene leso quando la sua regolamentazione cessa di essere utile agli scopi della certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia e costituisce una sorta di barriera che impedisce alla parte in causa di vedere la sostanza della sua lite esaminata dall'autorità giudiziaria competente»; ma si veda anche CEDU, 29 ottobre 2021, *Succi c. Italia*, cit., punto 72 che ricorda come le forme devono perseguire uno scopo legittimo e rispettare il principio di proporzionalità.

per il raggiungimento dello scopo obbiettivo dell'atto (principio della *strumentalità* delle forme), ossia per il miglior assolvimento della funzione pratica dell'atto⁴⁷. Già Chiovenda (e ancor prima Hegel⁴⁸) rilevava che ove una forma non sia funzionale allo scopo dell'atto, ovvero quando le forme non si giustificano in base a ragioni obbiettive, si scade nel «*formalismo*»⁴⁹, mentre le norme citate indicano all'interprete un criterio orientativo che impone scelte «*antiformalistiche*» laddove la discrepanza rispetto al modello non abbia in alcun modo leso il raggiungimento dello scopo dell'atto;

– l'inesistenza è sanzione residuale, applicabile soltanto a fronte di disformità rispetto al parametro normativo tali da far ritenere che non sussista nemmeno una parvenza di atto processuale imputabile al giudice o ad una parte: è inesistente, come noto, la sentenza priva della sottoscrizione del giudice, come pure l'atto di parte privo della sottoscrizione, ma non è inesistente, ed anzi meramente irregolare, l'atto di citazione privo della sottoscrizione del difensore che abbia però autenticato la procura a margine del medesimo atto!;

– l'inaammissibilità di un atto processuale è sanzione che deve essere prevista dalla legge, rimanendo altrimenti le disformità dell'atto rispetto alle forme previste dalla legge disciplinata dagli artt. 156 e ss. c.p.c.

Alla luce di questi principi, e di come gli stessi sono stati applicati al processo civile cartaceo (e di recente, anche telematico⁵⁰) dalla stessa Su-

⁴⁷ Così ad esempio E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017, p. 298.

⁴⁸ G.F.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie der Recht*, Berlin, 1821 (rist. Leipzig 1911), § 223, p. 179.

⁴⁹ G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, pp. 191 ss., spec. 203 ss., nonché, più di recente S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale e abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1281 ss. che evidenzia come le norme processuali, attraverso un certo modo di interpretarle, da presidio di un processo giusto per le parti divengono «*trappole ed insidie ad esclusivo vantaggio di interessi immeritevoli di tutela*».

⁵⁰ Ci si riferisce a Cass., sez. II, 12 maggio 2016, n. 9772 che ha ritenuto meramente irregolare (e non già nullo o inesistente) l'atto introduttivo depositato telematicamente innanzi a Tribunale non abilitato al p.c.t. nel periodo antecedente all'entrata in vigore d.l. n. 83/2015 che, novellando l'art. 16-*bis* del d.l. n. 179/2012, ha sancito la generale

prema Corte, dovrebbe essere agevole superare in senso radicalmente antiformalistico tutte le questioni processuali «telematiche» che si sono poste nei tempi recenti.

Uno strumento per evitare sanzioni processuali, peraltro *a sorpresa*, perché usualmente non rilevate neppure dalla controparte, è il rilievo del vizio e il conseguente ordine di sanatoria che l'art. 182 c.p.c. contempla con riguardo alle invalidità della procura o del potere di rappresentanza e assistenza in giudizio. O altrimenti l'applicazione dell'art. 101 c.p.c. e 384, comma 3, c.p.c. che prevede l'obbligo del giudice di sottoporre alle parti le questioni rilevabili di ufficio prima di pronunciarsi definitivamente sulle stesse.

L'art. 182 c.p.c., seppur inserito nel secondo libro del codice con riguardo al giudizio di cognizione di primo grado, esprime infatti un principio generale di sanabilità *ex tunc* dei difetti riguardanti la procura alle liti applicabile, a parere di chi scrive, anche al giudizio di legittimità, non sussistendo ragioni in senso contrario, posto che la produzione di una valida procura (anche successivamente al deposito degli atti introduttivi) non pregiudica affatto le esigenze di efficienza e di concentrazione del giudizio innanzi alla Corte⁵¹, tanto che si è addirittura prospettata l'abrogazione tacita degli artt. 366 e 369 c.p.c. in conseguenza della novellazione dell'art. 182 c.p.c.⁵².

ammissibilità del deposito telematico di ogni atto processuale, anche non proveniente da parte costituita. Per giustificare tale – condivisibile soluzione – la S.C. rileva che: (a) in mancanza di sanzione di nullità, la questione va risolta in base al principio cardine della strumentalità delle forme e del raggiungimento dello scopo; (b) tali principi sono funzionali alla diminuzione delle ipotesi in cui il processo si conclude con una pronuncia meramente processuale; (c) scopo del deposito di un atto è la presa di contatto tra parte ed ufficio giudiziario e nella messa a disposizione alle altre parti dell'atto, sicché ogni qual volta l'atto telematico sia stato inserito nei registri informatici deve ritenersi raggiunto il predetto scopo. In senso conforme anche E. ZUCCONI GALLI, *L'incontro tra informatica e processo*, cit., p. 1211 ss., specificando che è però necessario che il deposito abbia raggiunto il suo scopo, e cioè che il cancelliere abbia conosciuto della citazione e provveduto ai susseguenti incombeni.

⁵¹ Così, espressamente, G. BALENA, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009, 73. V. anche G. DELUCA, *Il difetto di autorizzazione, rappresentanza e assistenza*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, p. 179 ss., spec. 188.

⁵² D. TURRONI, *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente – Il nuovo*

Del resto, vanno nuovamente rammentati i principi del giusto processo regolato dalla legge di cui all'art. 111 Cost. e art. 6 CEDU: «il “diritto a un tribunale”, di cui il diritto di accesso costituisce un aspetto particolare, non è assoluto e si presta a limitazioni implicitamente ammesse, soprattutto per quanto riguarda le condizioni di ricevibilità di un ricorso, perché per sua stessa natura richiede anche una regolamentazione da parte dello Stato, il quale a tale proposito gode di un certo margine di apprezzamento. Tuttavia, queste restrizioni non possono limitare l'accesso disponibile alla parte in causa in maniera o a un punto tali che il suo diritto a un tribunale venga lesa nella sua stessa sostanza; infine, esse si conciliano con l'articolo 6, § 1 soltanto se tendono ad uno scopo legittimo e se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito. In effetti, il diritto di accesso ad un tribunale viene lesa quando la sua regolamentazione cessa di essere utile agli scopi della certezza del diritto e della buona amministrazione della giustizia e costituisce una sorta di barriera che impedisce alla parte in causa di vedere la sostanza della sua lite esaminata dall'autorità giudiziaria competente»⁵³.

Ebbene, un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata deve escludere il ricorrere di nullità, inammissibilità e improcedibilità relative alla forma degli atti che pregiudicano il diritto a vedere esaminato nel merito il proprio ricorso a fronte di deviazioni rispetto a forme che non perseguono alcun scopo legittimo (se non quello – non legittimo – di liberare la Corte dai ricorsi che l'assediano in virtù del generalizzato accesso alla stessa imposto dall'art. 111 Cost.).

art. 182 cpv. c.p.c. *Sempre rimediabili i difetti di capacità processuale e di procura al difensore*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1574 ss., spec. p. 1577 che ipotizza appunto la tacita abrogazione delle norme citate atteso che nella comparazione tra gli interessi in gioco vi sarebbe sproporzione tra la tenuità della violazione procedimentale e la gravità della sanzione irrogata dagli artt. 366 e 369 c.p.c.

⁵³ Così, tra le tante, CEDU, 16 giugno 2015, cit. Ma v. anche CEDU, 19 febbraio 1998, *Edificaciones March Gallego s.a. c. Spagna*; punto 34; CEDU, 19 dicembre 1997, *Brualla Gómez de la Torre c. Spagna*.

Bibliografia

- ALFIERI A., *In tema di rapporto tra il giudizio di cassazione e il c.d. «processo telematico»*, in *Foro it.*, 2019, c. 3301 ss.
- AMENDOLAGINE V., *Il processo civile telematico a cinque anni dalla sua introduzione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 211 ss.
- AMENDOLAGINE V., *Notifica telematica dell'appello dopo le ore 21 ma entro le ore 24 dell'ultimo giorno utile*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2681 ss.
- AMENDOLAGINE V., *Notifica dell'appello al domicilio digitale del difensore estratto da Re.G.Ind.E e Ini-Pec*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1363 ss.
- ASPRELLA C., *Natura del reclamo cautelare e processo telematico*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1278.
- AULETTA F., *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999.
- BALENA G., *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, 2009.
- BALENA G., *Riflessioni minime circa l'obbligatorietà del deposito di atti e documenti*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 593 ss.
- BIAVATI P., *Il principio di autosufficienza del ricorso in Cassazione al vaglio della Corte Edu*, in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-principio-di-autosufficienza-del-ricorso-in-cassazione-al-vaglio-della-corte-edu>.
- CALAMANDREI P., FURNO C., voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 1053 ss.
- CAPPONI B., *Respingimento del contenzioso, degiurisdizionalizzazione, prospettive in tempi di crisi*, in *Questione giustizia*, 2014 reperibile in https://www.questionegiustizia.it/articolo/respingimento-del-contenzioso_degiurisdizionalizzazione_prospettive-in-tempi-di-crisi_10-10-2014.php.
- CAPPONI B., *Il formalismo in Cassazione*, in *Giustizia insieme*, 2021, reperibile in <https://www.giustiziainsieme.it/it/processo-civile/2008-il-formalismo-in-cassazione?hitcount=0>.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1938.
- CHIARLONI S., *Etica, formalismo processuale e abuso del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 1281 ss.
- CHIOVENDA G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi di diritto processuale civile*, Bologna, 1904, p. 191 ss.
- COMOGLIO P., *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 953 ss.
- CONTALDO A., GORGA G., *Il processo telematico*, Torino, 2012.
- DELUCA G., *Il difetto di autorizzazione, rappresentanza e assistenza*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, 2011, p. 179 ss.

- DE SANTIS F., *La redazione degli atti difensivi ai tempi del processo civile telematico: sinteticità e chiarezza*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, p. 749 ss.
- DONZELLI R., *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020.
- GIUGLIANO M.R., *La digitalizzazione del processo esecutivo. Formalismo telematico e sostanza delle tutele nel processo esecutivo*, in *Riv. es. forz.*, 2020, p. 314 ss.
- HEGEL G.F.W., *Grundlinien der Philosophie der Recht*, Berlin, 1821.
- LICCARDO P., *Identità e contingenza del processo civile telematico*, in S. ZAN (a cura di), *Tecnologia, organizzazione e giustizia – L'evoluzione del processo civile telematico*, Bologna, 2004, p. 40 ss.
- MANDRIOLI C., *Sulla nozione di «irregolarità» nel processo civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, p. 509 ss.
- MANZO E., *Gli atti processuali. Forme degli atti e dei provvedimenti*, in G. RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019, p. 147 ss.
- MERLIN E., *Elementi di diritto processuale civile. Parte generale*, Pisa, 2017.
- OTTOBRE G., *L'irregolarità nel processo civile telematico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, p. 1015 ss.
- POLI G.G., *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti ai tempi del processo telematico*, in *Giur. it.*, 2015, p. 368.
- POLI G.G., *«I'm gonna wait "till midnight hour"»: la Consulta dichiara tempestive le notifiche telematiche effettuate dalle ore 21 alle ore 24 (note a margine di Corte cost. 75/19)*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3452.
- POLI G.G., *Per una improcedibilità più mite del ricorso per cassazione. Riflessioni in tema di deposito in copia non autentica della sentenza impugnata e della relativa*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 1137 ss.
- POLI G.G., *Il protocollo in tema di processo civile telematico in Cassazione: luci e ombre del cammino verso la digitalizzazione del giudizio di legittimità*, in *Foro it.*, 2020, c. 349 ss.
- POLI R., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali civili*, Torino, 2014.
- PUCCIARELLO P., *Obblighi di deposito telematico: tra nuovi formalismi e regole di validità degli atti processuali*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1278.
- RUFFINI G., *Sulla c.d. reversibilità dell'acquisizione probatoria documentale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1090 ss.
- RUFFINI G., *Il processo civile di fronte alla svolta telematica*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 973 ss.
- SASSANI B., CAPPONI B., PANZAROLA A., FARINA M., *Perché la Cassazione torni a decidere i ricorsi (a proposito di attestazioni di conformità e dintorni)*, in *Judicium*, 2021.

- SPANGHER G., *Inammissibilità: l'inarrestabile erosione dei diritti delle parti*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, p. 5 ss.
- TEDOLDI A., *Il processo civile telematico tra logos e techne*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 843 ss.
- TURRONI D., *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente – Il nuovo art. 182 cpv. c.p.c. Sempre rimediabili i difetti di capacità processuale e di procura al difensore*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1574 ss.
- VACCARELLA R., SASSANI B., CAPPONI B., *Editoriale*, in *Rass. es. forz.*, 2021, p. 607 ss.
- ZUCCONI GALLI E., *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 2015, p. 1185 ss.

CAPITOLO 4

ACCESSO ALLA PROVA NELL'AMBITO
DEGLI ILLECITI PERPETRATI ATTRAVERSO
STRUMENTI INFORMATICI

Michelle Vanzetti

SOMMARIO: 1. Premesse: l'evoluzione digitale nella raccolta dei dati, l'ampliamento delle possibili condotte illecite, il problema della loro prova. – 2. Confini dell'indagine. – 3. Il procedimento cautelare di descrizione nel diritto industriale e l'acquisizione di prove relative a violazioni non contemplate dal c.p.i. – 4. La tutela dei diritti di chi subisce il provvedimento. – Bibliografia.

1. *Premesse: l'evoluzione digitale nella raccolta dei dati, l'ampliamento delle possibili condotte illecite, il problema della loro prova.*

Con questo intervento mi propongo di affrontare alcuni profili problematici in tema di diritto alla prova, volti a dimostrare che l'evoluzione digitale rende bensì possibile – in astratto – l'accesso alla prova con modalità sempre nuove e proficue, ma che il nostro legislatore processuale (civile) non è ancora riuscito a tenersi al passo coi tempi e, in particolare, a estendere efficientemente alcuni utilissimi strumenti di acquisizione della prova, attualmente previsti solo in ambiti specialistici molto ristretti, all'intero campo del diritto civile, così lasciando scoperti numerosi suoi settori, e quindi in sostanza vulnerando quello che è pacificamente ritenuto un diritto costituzionalmente garantito, vale a dire, appunto, il diritto alla prova¹.

¹ M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 74 ss.;

Il tema che intendo indagare concerne dunque l'impatto dell'evoluzione digitale sui mezzi di prova, e, a monte, sulle modalità con cui oggi possono essere compiuti atti illeciti e, quindi, violati diritti soggettivi. Come da più parti è stato efficacemente sottolineato, infatti, il processo di «dematerializzazione» innescato dalle nuove tecnologie ha invaso interi ambiti sociali ed economici, sicché molti prodotti, beni, servizi e attività vengono viepiù scomposti in dati, che vengono digitalizzati, raccolti e conservati in varie forme, le quali però tutte convergono in archivi digitali di svariate dimensioni².

A seguito di ciò, specie in alcuni settori, gli illeciti vengono sempre più di frequente perpetrati attraverso l'utilizzo di strumenti informatici/digitali, e consistono in particolare nella raccolta (e nella conservazione e utilizzazione) non autorizzata di dati altrui. Si tratta peraltro di un territorio nel quale talora le condotte illecite possono persino essere poste in essere (quasi) inconsapevolmente. Può infatti capitare che un soggetto inserisca una chiavetta usb o un *hard disk* esterno nella «porta» di un computer che gli è stato assegnato per ragioni professionali, e che è il più delle volte collegato a un archivio informatico (cioè a un c.d. *server*); e può capitare altresì che questo soggetto, magari per comodità o comunque per svolgere il compito attribuitogli, grazie alle credenziali che gli consentono l'accesso a quel *server*, ne copi alcuni contenuti. Dopodiché, può anche accadere che lo stesso soggetto ponga fine alla collaborazione professionale col titolare del *server* dal quale ha copiato i dati (*i.e.*, col titolare di quei dati), e ciò non di meno scarichi (o abbia nel tempo scaricato) il contenuto del dispositivo usato per copiare (*i.e.*, chiavetta usb o *hard disk*) sul suo computer o, peggio ancora, nell'archivio informatico di un terzo soggetto, magari in concorrenza col precedente. Ebbene, ponendo in essere simile condotta è assai probabile, da un lato, che questo soggetto

E. CASTORINA, *Diritto alla prova e principi costituzionali*, in Barbagallo (coordinato da), *Le prove*, Torino, 2007, p. 95 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, p. 35 ss., spec. p. 40 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, p. 303 ss.

²V. FALCE, *Segreto commerciale, concorrenza e diritto di proprietà intellettuale. Certezze e perplessità della Dir. UE 2016/943*, in *Dir. ind.*, 2017, p. 560 ss.; M. LIBERTINI, *Le informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) come oggetto di diritti di proprietà industriale*, *ivi*, p. 566 ss., spec. p. 571 ss.; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018, *passim*.

abbia posto in essere una pluralità di illeciti, di rilievo sia civile, sia penale; e, dall'altro lato, che la controparte – appena abbia contezza dell'illecito – voglia agire nei suoi confronti per la tutela giurisdizionale dei diritti in tal modo violati.

2. *Confini dell'indagine.*

È chiaro a questo punto che l'argomento del mio intervento concerne anzitutto il problema della prova in giudizio dei fatti, quando questi siano rappresentati anzitutto dalla appropriazione/sottrazione di segreti commerciali o di banche dati o di opere dell'ingegno contenuti negli archivi informatici dell'imprenditore o del professionista o anche – perché no? – del privato. Prima di addentrarci *in medias res*, occorre però chiarire i confini dell'indagine, dato che il tempo a disposizione consente di trattare solo alcuni dei temi di grande interesse che l'argomento dell'accesso alla prova nel mondo digitale offre.

Benché in questo ambito – come si è appena accennato – un'unica condotta possa configurare una pluralità di illeciti – sia civili, sia penali – per ovvie ragioni l'intervento sarà circoscritto alla sfera dell'illecito civile e quindi al processo civile e alle modalità di ricerca, introduzione e acquisizione in giudizio della prova reperita attraverso l'esame dei supporti digitali altrui, lasciandosi invece da parte gli analoghi problemi che si pongono in relazione ai reati e al processo penale³. Non mi occuperò neppure

³ Contrariamente a quel che avviene per il codice di rito civile, che è sfornito di qualsivoglia indicazione positiva al riguardo, quello penale contiene una norma che fa espresso riferimento alle prove illecitamente acquisite: ai sensi dell'art. 191, co. 1 e 2, c.p.p., infatti, «1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento». Naturalmente è discusso cosa si intenda per prova acquisita in violazione dei divieti di legge, e quali siano e/o come vadano individuati i divieti di legge cui essa si riferisce. F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, p. 147 ss.; N. GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 64; EAD., *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, p. 59; A. SCCELLA, *Prove penali e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2001, p. 143 ss.; F. PERONI, *Prova ille-*

dell'esame, sul piano sostanziale, degli illeciti rappresentati dalle condotte appena descritte, interessandomi soltanto delle questioni processuali, *sub specie* istruttorie (e di tutela cautelare della prova), cui esse danno origine. Neppure affronterò il problema, contiguo ma del tutto autonomo, della prova assunta in violazione delle norme sulla riservatezza (*privacy*)⁴, così come non parlerò dei problemi che, in quest'epoca di eccesso di informazioni da chiunque facilmente raggiungibili e fruibili, si pongono in relazione alla definizione del «fatto notorio»⁵: si tratta di argomenti di cui la letteratura si è ampiamente occupata e quindi non mi resta che fare rinvio ai numerosi contributi di dottrina oltre che alle ormai molteplici pronunce della giurisprudenza.

Per la verità i profili di interesse che mi accingo a trattare sono solo due, e per entrambi è, tra l'altro, evidente come un ruolo centrale sia rivestito dai principi costituzionali e dalle modalità con cui devono essere tra loro coordinati, dato che talora si realizza una loro contrapposizione e quindi occorre stabilire quale debba prevalere.

Anzitutto tratterò della discussa possibilità di utilizzare gli esiti istruttori conseguiti in via cautelare in virtù di previsioni legislative di settore, a tutela di diritti specifici, anche per dimostrare fatti costitutivi di diritti differenti, rispetto ai quali lo strumento di cautela della prova utilizzato non è invece previsto. A questo riguardo occorrerà affrontare per cenni il

gittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p., in *Cass. pen.*, 2005, p. 935; S. MARCOLINI, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2855; D. CHINNICI, *L'inutilizzabilità della prova, tra punti fermi e profili controversi*, in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 890.

⁴ F. FERRARI, *La sanzione dell'inutilizzabilità nel codice della privacy e nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 348 ss.; P.C. RUGGERI, *Ancora sull'utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy*, in *Judicium.it*, 2020; A. PINORI, *Privacy e processo civile. I limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite: il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in *Contr. e impr.*, 2014, p. 51; L. PASSANANTE, *Prova e privacy nell'era di internet e dei social network*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 535 ss.

⁵ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 301; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie*, cit., p. 155; F. FERRARI, *Il fatto notorio e la rete internet: un rapporto difficile*, in *AIDA*, 2015, p. 383; V. BARONCINI, *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 333; F. GIGLIOTTI, *Fatto notorio e informazioni accessibili in rete*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 843.

problema della prova illecita, per definirne la latitudine operativa e verificare se le prove così acquisite vi rientrino (e, nell'eventualità di una risposta affermativa, quale sia la loro sorte), oppure se si debba ricercare altrove la loro disciplina.

Il secondo profilo che mi accingo a trattare brevemente riguarda, all'opposto, la tutela di chi subisce il provvedimento cautelare (*rectius*: la tutela degli eventuali diritti – segreti/banche dati/opere dell'ingegno o altro – di chi subisce il provvedimento cautelare), dato che normalmente si tratta di provvedimenti coi quali viene disposta l'acquisizione «massiva» delle informazioni presenti sugli archivi informatici dell'asserito responsabile dell'illecito, ponendosi così in pericolo eventuali suoi diritti, la cui tutela risulterebbe compromessa ove queste informazioni venissero portate a conoscenza di un concorrente o comunque fossero divulgate o altrimenti utilizzate, senza il consenso dell'avente diritto. A questo proposito, si metteranno in luce anche alcuni gravi problemi pratici, che spesso connotano le controversie nelle quali, appunto, si debba stabilire come proteggere i segreti di chi subisce il provvedimento di cui si tratta, posto che la specifica disciplina che esamineremo prevede genericamente al riguardo che, nella concessione e nell'esecuzione della misura, devono essere «*adottate le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate*»⁶.

3. *Il procedimento cautelare di descrizione nel diritto industriale e l'acquisizione di prove relative a violazioni non contemplate dal c.p.i.*

Cominciamo col primo dei profili menzionati. Mi riferisco al caso in cui alcune leggi speciali consentono – attraverso procedimenti specifici, espressamente previsti dal legislatore solo per determinati diritti – di domandare misure a cautela della prova degli illeciti lamentati per eventuali successivi giudizi di merito, che abbiano per oggetto proprio e solo la violazione di quei diritti. Il quesito che al riguardo ci si deve porre è se, una volta ottenuto ed attuato il provvedimento cautelare, ove dall'esecuzione

⁶ Art. 129, comma 1, c.p.i. (d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30).

di questo emergano le prove di fatti illeciti ulteriori rispetto a quelli prospettati nel ricorso e, in particolare, le prove di fatti costitutivi di illeciti in violazione di diritti pur riconosciuti dall'ordinamento, ma non contemplati dalla normativa speciale, che prevede la specifica cautela; il problema che al riguardo occorre porsi, dicevo, è se simili prove, in tal modo acquisite, possano oppure no essere utilizzate in giudizio: nel giudizio di merito non ancora instaurato, ove si sia trattato di un cautelare *ante causam*; o nel giudizio di merito già pendente, nel caso in cui la cautela sia stata concessa in corso di causa e sia ancora possibile ampliare il *thema decidendum* e il *thema probandum*; oppure, infine, in un nuovo giudizio di merito, qualora il provvedimento cautelare sia stato sì concesso in corso di causa, ma siano già intervenute le preclusioni. Si tratta dunque, a grandi linee, di un problema di circolazione della prova tra processi differenti⁷: non però tra giurisdizioni differenti, ma tra modelli di acquisizione della prova che hanno presupposti diversi, perché predisposti soltanto per alcuni diritti, unici considerati dal legislatore quale idoneo oggetto della speciale cautela.

Mi riferisco, ad esempio, alla c.d. descrizione: provvedimento cautelare specificamente disciplinato dagli artt. 129 e 130 del codice della proprietà industriale (d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30, il c.d. c.p.i.) e dagli artt. 161 e 162 della legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633, cioè la l.d.a.), esclusivamente per la tutela dei diritti ivi regolati.

È peraltro risaputo che in queste materie è previsto un ulteriore istituto, denominato sequestro e utilizzabile anche per la cautela della prova, ma che solo per alcuni aspetti corrisponde all'omonimo istituto previsto dal legislatore processuale all'art. 670 c.p.c. Chiarisco subito che la differenza tra descrizione e sequestro, benché unitariamente disciplinati dalle norme menzionate, è qui davvero notevole, nel senso che, mentre la descrizione svolge solo la tipica funzione di conservazione della prova altrimenti soggetta a dispersione⁸, il sequestro, oltre alla finalità probatoria,

⁷ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 209 ss.; M.C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008, p. 35 ss.

⁸ Ai fini della concessione della misura cautelare di questa natura, non è sufficiente il rischio dell'infruttuosità dell'istanza istruttoria, occorrendo invece che «*il pregiudizio istruttorio paventato minacci di ricadere sul diritto sostanziale del quale è in atto o si preannuncia*

svolge in questo settore anche una funzione propriamente «*interdittale*»⁹, dato che consente di togliere cautelativamente di mezzo i beni e gli strumenti che servono all'asserito contraffattore per porre in essere la violazione lamentata¹⁰. Questa differenza di effetti tra i due istituti ha fatto sì che, nella prassi, la descrizione venga considerata «*meno intrusiva/invasiva*», e quindi venga concessa con più facilità¹¹. A differenza di quanto accade col sequestro, infatti, grazie alla descrizione si può preservare la prova, senza tuttavia sottrarre all'asserito contraffattore la disponibilità dei beni oggetto del provvedimento cautelare. Va però a questo riguardo se-

l'accertamento»: A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004, p. 264.

⁹ Talora persino una funzione anticipatoria, in considerazione delle sanzioni di merito di «*sequestro fino allo scadere del titolo*», di ritiro definitivo dal commercio o di distruzione, previsti tutti dall'art. 124 c.p.i.

¹⁰ Ampi e condivisibili argomenti contrari all'idea che «*l'istruzione anticipata rappresenti il rimedio cautelare di un non meglio definito "diritto alla prova" e che per conseguenza se ne debba dare una giustificazione teorica esclusivamente processuale*», in A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova*, cit., p. 259 ss.

¹¹ La maggiore facilità con la quale viene concesso il provvedimento di descrizione rispetto a quello di sequestro si fonda anche sulla diversa configurazione che il *fumus boni iuris* ha nei due casi: se, infatti, per il sequestro previsto in questa materia (così come accade in generale per tutti i provvedimenti cautelari), è pacificamente richiesta una delibazione sommaria relativa alla plausibile fondatezza della domanda di merito; per la descrizione, viceversa, trattandosi di provvedimento per molti versi assimilabile a quelli di istruzione preventiva, si richiede solamente che il giudice proceda all'esame «*prima facie dell'ammissibilità e della rilevanza del mezzo dedotto*»: A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova*, cit., p. 245. In giurisprudenza, v. ad esempio Trib Milano, Sez. spec. impresa, 22 gennaio 2016, in <https://www.giurisprudenzadelle imprese.it>, secondo cui «*In materia brevettuale, nell'ambito di una misura di descrizione, occorre limitare la verifica del risultato della descrizione soltanto a una verifica formale, ossia a un vaglio c.d. esterno della tipologia dei documenti raccolti: l'esame deve pertanto arrestarsi alla rilevanza e alla formale – pertinenza degli elementi probatori acquisiti (c.d. res estensa, ossia riscontro di quale sia la natura e la tipologia dei documenti acquisiti) e non già, anche, al compimento di un'indagine del suo contenuto (c.d. res cogita, finalizzata a verificare in concreto se gli elementi contenuti nei documenti comportino un giudizio di interferenza). Nel procedimento di descrizione, a differenza di quanto avviene in tutti gli altri procedimenti cautelari, aventi ad oggetto anticipazioni di tutela della posizione giuridica sostanziale, ciò che viene in rilievo è il diritto processuale alla prova e non già, quantomeno in via immediata, il diritto sostanziale in relazione al quale il diritto processuale svolge funzione servente*».

gnalato che, in realtà, anche la descrizione può essere assai intrusiva; ciò accade tutte le volte in cui, attraverso il suo esperimento, sia data al ricorrente (sia chiaro, involontariamente) la possibilità di venire a conoscenza di segreti della controparte¹²: si tratta di un effetto collaterale che fa emergere nella prassi notevoli problemi applicativi, in particolare con riguardo al rispetto del contraddittorio¹³.

Com'è noto, la descrizione è una misura cautelare di istruzione preventiva, con la quale si vuol consentire al titolare di una privativa di procurarsi e salvaguardare la prova della (asserita) violazione del suo diritto I.P.¹⁴, cioè di regola la prova della contraffazione. Volendosi qui circoscrivere l'intervento agli illeciti posti in essere attraverso sistemi informatici, e in particolare agli illeciti la cui prova è rinvenibile all'interno di archivi informatici, va messo in luce che la descrizione ha in questi casi per oggetto l'acquisizione massiva – attraverso la c.d. copia forense (cioè una copia fedele e sostanzialmente immutabile: una sorta di fotografia inalterabile) – del contenuto di tali archivi. Essa si svolge ovviamente tramite l'ufficiale giudiziario e con l'indispensabile ausilio di un c.t.u.¹⁵.

¹²Per questa ragione andrebbe riconsiderata l'opinione secondo cui, per la concessione del provvedimento cautelare di descrizione, il *fumus* consiste non nella delibazione positiva del merito della controversia (come avviene per tutti i cautelari non attinenti alla prova), ma nella delibazione dei soli presupposti che rendono possibile il compimento di atti istruttori, vale a dire la ammissibilità, rilevanza ed utilità della prova di cui si chiede l'ammissione, in relazione alla domanda oggetto del giudizio di merito pendente o preannunciato. Sul punto, A. ROMANO, *La tutela cautelare della prova*, cit., p. 245.

¹³*Infra*, par. 4.

¹⁴O del diritto tutelato dalla l.d.a.

¹⁵Art. 130 c.p.i. L'acquisizione massiva e l'indispensabile ausilio di un c.t.u. riflettono il fenomeno dei *Big Data*: attualmente la quantità e il volume dei dati raccolti e circolanti è talmente importante da rendere indispensabile, ove se ne voglia estrarre valore o conoscenze (o, nel nostro caso, prove), l'utilizzo di tecnologie e metodi analitici specifici, non essendo più possibile procedere alla loro analisi con le modalità tradizionali. A seguito dell'acquisizione massiva dei dati, potrà pertanto operarsi la selezione di quelli rilevanti per il giudizio e disporre la conservazione. In altri termini, le nuove tecnologie facilitano la raccolta «disordinata» di una enorme quantità di dati, tra i quali dovrà poi essere faticosamente ricercato quello rilevante rispetto al prospettato oggetto del giudizio di merito. Come giustamente pone in luce P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., pp. XVII, 148 s., 234 ss., nello spiegare il metodo di acquisizione

È noto a questo proposito che il ricorso cautelare deve sempre indicare il diritto a cautela del quale si chiede il provvedimento: per poter ottenere una descrizione ai sensi degli artt. 129 e 130 c.p.i., pertanto, il ricorrente deve allegare nel ricorso i fatti costituenti la (asserita) violazione di uno dei diritti regolati dal c.p.i.¹⁶. È altresì necessario che egli indichi quali sarebbero gli specifici elementi di prova, che con la descrizione intende acquisire, per dimostrare la violazione del diritto prospettato nel ricorso come bisognoso di tutela giurisdizionale, ed è altresì auspicabile che egli identifichi anche i criteri coi quali detti elementi possono essere individuati, all'interno del materiale che sarà in concreto rinvenuto¹⁷. Quanto al giudice, questi dovrà limitarsi a valutare l'astratta ammissibilità e rilevanza di queste fonti di prova in relazione all'oggetto della domanda di merito¹⁸.

Poniamo dunque, in ipotesi, che nel ricorso cautelare venga allegata la

della prova, la strategia epistemologica imposta dalle nuove tecnologie è esattamente opposta rispetto a quella tradizionale, infatti «prima si acquisiscono i dati, poi li si filtra a seconda di quello che si cerca», mentre il sistema tradizionale vuole che prima si selezionino e si cataloghino i dati rilevanti e poi li si acquisisca e li si conservi. L'indispensabile attività del c.t.u. rende evidente come si tratti qui di un'ipotesi da ricondursi alla categoria della consulenza *percipiente*, vale a dire della consulenza attraverso la quale il c.t.u. non si limita ad operare come ausiliario del giudice, su fatti da questi già accertati, ma procede alla ricerca dei fatti stessi, i quali possono appunto essere accertati solo attraverso specifiche cognizioni tecniche. Sul rischio (molto spesso, più che di un rischio, si tratta di un dato di fatto) che questo *modus operandi* finisca per attribuire un indebito potere valutativo al c.t.u., v. V. ANSANELLI, *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi artt. 696 e 696 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1249, le cui osservazioni ben si attagliano anche alla descrizione prevista dal c.p.i.

¹⁶P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, cit., p. 138, ove si sottolinea che la parte deve iniziare il processo avendo già ultimato la propria istruzione primaria, vale a dire, essendo nella «piena consapevolezza di tutte le "affermazioni di prove" fondanti il thema probandum della controversia».

¹⁷F. GHIRETTI, *Commento all'art. 129*, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, p. 1381. Quando la descrizione abbia per oggetto la sottrazione di informazioni custodite in archivi informatici del ricorrente, per procedere all'identificazione dei file sottratti si dovrà utilizzare il codice *hash* dei singoli file originali, che corrisponde a una vera e propria impronta digitale immodificabile dei medesimi, e che i file «scaricati» sul computer del resistente avranno necessariamente conservato.

¹⁸V. *supra*, nota 12.

violazione di un segreto commerciale (v. artt. 98 e 99 c.p.i.) oppure di una banca dati originale (tutelabile in virtù della l.d.a.) oppure, ancora, di un brevetto per invenzione: il ricorrente in tal caso agisce per procurarsi la prova di fatti prospettati come illeciti e già allegati con l'atto introduttivo del procedimento. Si supponga altresì che la prova di tale supposta violazione sia rinvenibile nell'archivio informatico (*server*) avversario. Poniamo infine che il giudice, come per lo più avviene, conceda il provvedimento di descrizione *inaudita altera parte*¹⁹. Ebbene, può accadere che, all'esito della descrizione, si rinvenga all'interno del *server* esaminato la prova di ulteriori condotte illecite, neppure ipotizzate dal ricorrente e quindi non allegate dal medesimo nell'atto introduttivo del procedimento cautelare. Può anche accadere che si tratti di illeciti consistenti nella violazione di diritti previsti e regolati *non* dal c.p.i. (o dalla l.d.a.), ma dal codice civile (ad esempio, atti di concorrenza sleale, *ex art. 2598 c.c.*) o da altre leggi speciali, e rispetto ai quali la descrizione non è contemplata. La domanda che ci si deve porre è, pertanto, quale uso possa farsi di prove siffatte. In altre parole: possono queste prove essere introdotte (acquisite) nell'instaurando giudizio di merito²⁰, oppure il fatto che la descrizione sia stata disposta a tutela dell'unico diritto per il quale essa è prevista incide sulla natura stessa della prova, la quale, mentre in relazione a un di-

¹⁹ È evidente come simili provvedimenti perdano di pregnanza, là dove il giudice decida di instaurare preliminarmente il contraddittorio. Dopo la concessione e l'attuazione del provvedimento, si terrà naturalmente un'udienza, nel contraddittorio delle parti, nella quale verrà valutata l'ammissibilità della descrizione e l'esito di questa. Se già richiesti con il ricorso, in caso di esito positivo della descrizione, potranno essere concessi ulteriori provvedimenti cautelari, quali ad esempio l'inibitoria della prosecuzione dell'illecito, che dovranno però essere stati chiesti già con il ricorso (v. art. 129, commi 2 e 4, c.p.i.).

²⁰ Ancora più complesso è il problema, se la prova di tali fatti ulteriori possa essere dedotta in un diverso giudizio di merito, qualora la descrizione sia stata disposta in corso di causa e non sia più possibile modificare il *thema decidendum*, né il *thema probandum*: in questo caso, infatti, ove pure si ammetta in via generale l'utilizzabilità di simili prove, si pone l'ulteriore problema delle modalità con le quali queste possono essere acquisite in un diverso processo, non funzionalmente collegato con il procedimento cautelare già svoltosi, ed eventualmente quale efficacia possano ivi avere: M.C. VANZ, *La circolazione della prova*, cit., p. 35 ss.; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, p. 216 ss.

ritto di privativa industriale è, nel nostro esempio, legittima e sarebbe pertanto ritualmente acquisita, ove si voglia invece dimostrare la violazione di un diverso diritto, non contemplato dal c.p.i. (o dalla l.d.a.), essa è da considerarsi non utilizzabile?²¹.

Il pensiero corre automaticamente al problema delle prove illecite²², e ci si deve anzitutto domandare se una prova in tal modo emersa dalla descrizione cautelare possa essere ricondotta a questa categoria e debba pertanto soggiacere alla regola di esclusione (che larga parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene operante anche in assenza di espliciti divieti), che sancisce l'inutilizzabilità nel processo di tutte le prove che – pur rilevanti – si siano formate (al di fuori del giudizio) o siano state acquisite o assunte (in giudizio), «con mezzi illegali o illegittimi, con metodi penalmente illeciti o con atti che comunque comportino la violazione dei diritti individuali costituzionalmente protetti»²³. Si tratta di un tema ampiamente dibattuto e sul quale ci limitiamo a segnalare, per quanto qui rileva, che il diritto alla prova, di matrice costituzionale, non ricomprende tuttavia «il diritto di scoprire fatti o prove che possano fondare la pretesa»²⁴, posto tra l'altro che esso è inscindibilmente legato alle allegazioni di parte.

Nel nostro esempio si tratta invece proprio di un caso in cui i fatti illeciti e la loro prova sono stati scoperti senza neppure essere stati preventivamente allegati, vale a dire come se, rispetto ad essi, si fosse svolta un'in-

²¹ È evidente come questo problema sia connesso al tema della cosiddetta prova esplorativa: v. F. FERRARI, *La pesca di frodo. Riflessioni critiche in tema di prova esplorativa*, Torino, 2018, *passim* (e *infra*, in nota 26).

²² E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, p. 867; L.P. COMOGLIO, *L'inutilizzabilità assoluta delle prove anticostituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 30 ss.; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 693; ID., *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 945; L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, *passim*.

²³ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 64 ss. Si reputa illecita la prova che la parte si è procurata in violazione di norme di diritto sostanziale ovvero non rispettando i principi costituzionali. Quanto alla prova illegittima, essa è quella che è stata acquisita al giudizio in violazione di norme processuali.

²⁴ L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., p. 150.

dagine francamente esplorativa²⁵. Si tratta, in altre parole, della prova di fatti (bensì inaspettati, ma comunque illeciti) che è finita nelle maglie di un procedimento cautelare di descrizione legittimamente svoltosi, e nel quale, in particolare, è stato rispettato il contraddittorio. Di una prova, però, che non avrebbe potuto essere acquisita per il tramite di quello specifico procedimento, per due precise ragioni: anzitutto, perché i relativi fatti non sono stati, nell'esempio fatto, oggetto di allegazione; in secondo luogo, perché essi riguardano, come s'è detto, diritti non contemplati dalla specifica disciplina che dispone questo tipo di cautela. Al riguardo, mi pare, che non si possa pianamente parlare di prova illecita, nei termini dianzi specificati, quanto semmai di prova inammissibile o inutilizzabile, perché in ipotesi acquisita in violazione delle norme processuali: violazione che la parte potrebbe far valere (eventualmente secondo la disciplina della nullità) e coltivare anche in sede di impugnazione.

Il quesito che mi pongo è, tuttavia, se sia davvero questa dell'inammissibilità/inutilizzabilità la soluzione migliore per simili ipotesi, o se in tal modo non si sacrifichi in maniera inaccettabile il diritto della parte alla tutela giurisdizionale, oltre all'efficienza dell'intero sistema giustizia; ciò anche in considerazione del fatto che, quando si tratta di materiale informatico, una volta che il giudice abbia escluso dalla cognizione del giudizio di merito il materiale istruttorio acquisito con la descrizione, questo verrà senz'altro (e in tutta fretta) eliminato dagli archivi del supposto responsabile dell'illecito, cancellandosi così in via definitiva le prove della violazione²⁶. Credo quindi che – ove non si voglia, già in via interpretativa, ritene-

²⁵ Con riguardo alle istanze istruttorie formulate nel giudizio di merito, nel criticare l'uso dell'attributo «*esplorativa*», si è affermato che un'istanza istruttorie o è ammissibile, perché riguardante fatti allegati dalla parte, oppure non lo è, perché riguardante fatti rimasti fuori dalle allegazioni di parte: la prova volta invece a dimostrare fatti principali non allegati «*dovrà ritenersi inammissibile in quanto in violazione dell'art. 115 c.p.c., ma soprattutto palesemente irrilevante*»: F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., p. 185, la quale segnala altresì che esistono nel nostro ordinamento strumenti istruttori che possono essere usati anche per accertare fatti non allegati dalle parti: si tratta dell'esibizione *anti-trust* e della richiesta di informazioni disciplinata dal c.p.i. (*op. cit.*, p. 168).

²⁶ Per prevenire simile eventualità si potrebbe ipotizzare una domanda di sequestro probatorio, ex art. 670, comma 2, c.p.c., sul materiale istruttorio risultante dalla descrizione, e dunque a disposizione della cancelleria del giudice adito con il primo ricorso

re prevalente il diritto alla tutela giurisdizionale, e dunque ritenere comunque ammissibile la prova così «*irritualmente*» acquisita –, quantomeno in una prospettiva *de iure condendo*, la descrizione (come cautelare assai meno invasivo del sequestro probatorio, ma al momento contemplata solo nel diritto industriale) dovrebbe essere estesa a tutela di tutti i diritti soggettivi, per i quali possa risultare utile, e dunque estesa al processo civile in generale, così come è accaduto per le misure coercitive indirette²⁷.

4. *La tutela dei diritti di chi subisce il provvedimento.*

Il secondo profilo che mi preme evidenziare, sempre in tema di accesso alla prova, riguarda quella che può essere intesa come l'altra faccia della medaglia, vale a dire la tutela di chi subisce il provvedimento cautelare.

È infatti evidente come l'intrusività di una descrizione possa mettere in pericolo eventuali segreti commerciali o altri diritti e, più in generale, tutte le informazioni riservate o comunque degne di tutela, del soggetto che si prospetta nel ricorso come autore della violazione.

In proposito, abbiamo già detto che, ai sensi dell'art. 129 c.p.i., quando il provvedimento di descrizione sia concesso, occorre che vengano adottate tutte «*le misure idonee a garantire la tutela delle informazioni riservate*». Nessuna interpretazione della norma finora fornita dalla giurisprudenza è stata tuttavia in grado di tutelare pienamente sia il diritto del ricorrente di far valere la propria privativa in giudizio, acquisendo la prova della sua violazione, sia quello del convenuto di non consentire alla controparte di appropriarsi di informazioni in senso lato riservate o comunque tutelate dall'ordinamento (si pensi, a titolo d'esempio, a informazioni commerciali sensibili sul piano concorrenziale, oppure a dati coperti dal diritto alla riservatezza).

Le soluzioni proposte al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza

cautelare, ma escluso dal giudizio di merito: soluzione certamente macchinosa, ma attualmente unica percorribile per tentare di preservare la prova «*irritualmente*» acquisita.

²⁷ Tali misure, inizialmente previste solo in alcuni specifici settori del nostro ordinamento (tra i quali, ancora, il diritto industriale e d'autore), dal 2009 sono state adottate in via generale dal c.p.c., che le contempla all'art. 614-*bis*. Per tutti, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2019, p. 72 ss.

sono sostanzialmente tre²⁸. La prima²⁹ consiste nel limitare l'accesso al fascicolo – oltre che al giudice e al c.t.u. – ai c.t.p. e ai difensori, escludendone le parti. Simile limitazione si accompagna frequentemente a un ulteriore ordine del giudice, consistente nell'ammonire queste ultime sulla responsabilità concorrenziale di chi utilizzi o diffonda quelle informazioni. Risulta, tuttavia, evidente come siffatta soluzione ponga anzitutto il problema della gestione del rapporto tra le parti e i loro difensori, anche tecnici, perché il rispetto di queste limitazioni non consente in concreto un'efficace gestione della controversia e si pone pertanto in conflitto con l'art. 24 Cost. Inoltre, e correlativamente, il diritto del ricorrente di sapere, nei limiti di ciò che risulta pertinente, cosa sia stato rinvenuto con la descrizione, rende pressoché inutile questa misura.

La seconda soluzione, talora adottata accanto alla prima, consiste nell'imporre al c.t.u., prima di mostrare alle parti e ai difensori gli esiti della descrizione, di espungerne il materiale ritenuto non «*pertinente*» rispetto all'instauranda causa di merito. Anche questa soluzione non appare soddisfacente, perché si delega a un ausiliario il potere di stabilire cosa sia pertinente e cosa no in relazione a quanto è (o è stato prospettato come futuro) oggetto del giudizio; opera che andrebbe svolta dal giudice, insieme al c.t.u., in contraddittorio quantomeno con i c.t.p. e con i difensori delle parti; ciò che solo talvolta, nella prassi, avviene. Anche in tal caso, comunque, la segretezza di eventuali informazioni o dati riservati, potrebbe risultare, nella sostanza, compromessa³⁰.

La terza soluzione consiste, infine, nella totale secretazione della documentazione raccolta (concretamente, si tratterà di un *hard disk*, contenente la copia forense del supporto informatico o del *server* del resistente, che verrà inserito in una busta sigillata, custodita in appositi locali della cancel-

²⁸ F. GHIRETTI, *Commento all'art. 129*, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, cit., p. 1381 ss.

²⁹ Questa prima soluzione, di natura formale, è stata enucleata dalla prassi probabilmente sulla falsariga di quanto già disposto degli artt. 76 e 77 disp. att. c.p.c., ai quali in sostanza si apporta una modifica in senso restrittivo: essa tuttavia, appare priva di reale efficacia.

³⁰ Può infatti ben accadere che le informazioni riservate vengano trasmesse a soggetti terzi, del tutto estranei, capaci di sfruttarle: ciò che può rendere difficile, se non addirittura impossibile, risalire alla fonte delle medesime.

leria). Tuttavia, questa secretazione non può che avere carattere provvisorio, dato che sia il ricorrente, sia il resistente devono poter accedere a tutto il materiale istruttorio, ivi comprese le informazioni secretate, a pena della violazione dei loro diritti costituzionalmente garantiti di azione e difesa³¹.

Bibliografia

- ALLORIO E., *Efficacia di prove ammesse ed esperite in contrasto con la legge?*, in *Giur. it.*, I, 1960, p. 867.
- ANSANELLI V., *Esperti e risoluzione anticipata delle controversie civili nei nuovi artt. 696 e 696 bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1249.
- BANTERLE F., *La tutela di informazioni e dati: segreti commerciali e banche dati*, in R. PEROTTI (a cura di), *Proprietà industriale e intellettuale*, Pisa, 2021, p. 215.
- BARONCINI V., *Il regime processuale del fatto notorio*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 333.
- CAPPELLETTI M., *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1961, p. 564.
- CARPI F., *Nuove tecnologie e prove*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 43.
- COMOGLIO L. P., *Le prove civili*, Torino, 2010.
- COMOGLIO L. P., *L'inutilizzabilità «assoluta» delle prove «incostituzionali»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 30.
- COMOGLIO P., *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino, 2018.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, voll. I e II, Torino, 2019.
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963.

³¹ Un problema analogo per la verità si pone anche con riguardo alle informazioni riservate del ricorrente, dato che quando si lamenta la sottrazione di materiale digitale, trattandosi il più delle volte di decine o centinaia di migliaia di file, il ricorrente produce col ricorso la copia forense del proprio archivio informatico, presentando contestualmente al giudice istanza di secretazione della medesima. Questo perché, ove il resistente non fosse in realtà responsabile dell'illecito che gli si attribuisce, e dunque non fosse già a conoscenza dei segreti (o altre informazioni sensibili o tutelabili) del ricorrente, che si suppongono sottratti, non si vuole che ne venga a conoscenza proprio per il tramite del procedimento cautelare. Senonché, il diritto di difesa riconosciuto al resistente impone che a questo soggetto sia reso noto dell'appropriazione di quali dati digitali protetti si sarebbe illegittimamente impadronito, così da consentirgli una adeguata difesa. Va peraltro segnalato che, in caso di descrizione su supporti digitali, si tratta in genere di materiale istruttorio inidoneo a essere riversato nel fascicolo telematico, non solo perché, appunto, secretato, ma anche perché di norma si tratta di un gran numero di file aventi dimensioni incompatibili con quelle di siffatto fascicolo.

- FALCE V., *Segreto commerciale, concorrenza e diritto di proprietà intellettuale. Certezze e perplessità della Dir. UE 2016/943*, in *Dir. ind.*, 2017, p. 560 ss.
- FERRARI F., *Il fatto notorio e la rete internet: un rapporto difficile*, in *AIDA*, 2015, p. 383.
- FERRARI F., *Il sequestro dell'anima*, Torino, 2016.
- FERRARI F., *La pesca di frodo*, Torino, 2018.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.
- GALANTINI N., *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 64.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019, p. 59.
- GIGLIOTTI F., *Fatto notorio e informazioni accessibili in rete*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 843.
- GHIRETTI F., *Commento all'art. 129*, in A. VANZETTI (a cura di), *Codice della proprietà industriale*, Milano, 2013, p. 1381.
- GRAZIOSI A., *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 693.
- GRAZIOSI A., *Contro l'utilizzabilità delle prove illecite nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 945.
- LIBERTINI M., *Le informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) come oggetto di diritti di proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2017, p. 566.
- LIBERTINI M., *Brevi note sui rimedi risarcitori e indennitari a tutela dei segreti commerciali*, in *Contr. e Impr./Europa*, 2018, p. 3.
- MARCOLINI S., *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2855.
- PASSANANTE L., *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017.
- PASSANANTE L., *Prova e privacy nell'era di internet e dei social network*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 535 ss.
- PERONI F., *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 935.
- QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016.
- ROMANO A., *La tutela cautelare della prova nel processo civile*, Napoli, 2004.
- RUGGIERI P.C., *Ancora sull'utilizzabilità in giudizio dei documenti ottenuti o prodotti in violazione della privacy*, in *Judicium.it*, 2020.
- TARUFFO M., *La prova nel processo civile*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu-Messineo-Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012.
- VANZ M.C., *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano, 2008.
- VANZETTI M., *Le azioni, il processo e le sanzioni civili*, in R. PEROTTI (a cura di), *Proprietà industriale e intellettuale*, Pisa, 2021, p. 361.

CAPITOLO 5

OSSERVAZIONI, IN QUALITÀ DI *DISCUSSANT*, SUGLI INTERVENTI DEI RELATORI DEL *PANEL I*, AVENTE AD OGGETTO “*SD GOAL 16* *E ACCESSO ALLA GIUSTIZIA*”

Federico Gaffuri

Innanzitutto desidero ringraziare gli organizzatori del Convegno, in particolare Diana Urania Galetta, per il coinvolgimento e per il ruolo, molto stimolante, di *discussant* che mi è stato affidato.

Desidero, inoltre, ringraziare e complimentarmi con i colleghi relatori per le loro interessanti e approfondite dissertazioni, che hanno riguardato diversi aspetti, tutti centrali, del tema generale oggetto del Convegno, ovvero l'accesso alla giustizia nel quadro del *SD Goal 16* stabilito dalle Nazioni Unite.

In via preliminare devo sottolineare che condivido pienamente le riflessioni, motivate e puntuali, espresse dai colleghi che sono intervenuti; le loro trattazioni sono state, inoltre, esaurienti e, quindi, mi limiterò a esprimere solo alcune brevi osservazioni a margine delle relazioni tenute.

Concordo con le conclusioni esposte da Benedetta Capiello nella sua relazione, avente ad oggetto le “Nuove tecnologie e l'accesso alla giustizia”: anche a me pare che l’“intelligenza artificiale” non sia utilizzabile come strumento per la risoluzione delle controversie, ma unicamente come mezzo per agevolare e semplificare il lavoro dei giudici e degli avvocati.

Per le loro capacità ordinarie e predittive, i sistemi informatici possono senz'altro fungere da supporto per le attività di elaborazione, studio

e preparazione degli atti processuali e delle decisioni sulle controversie; detti mezzi tecnologici, tuttavia, non possono sostituirsi agli operatori giuridici (avvocati e giudici) nell'espletamento delle funzioni difensive o giurisdizionali ad essi spettanti.

In particolare, nel suo contributo Benedetta Cappiello ha giustamente evidenziato che l'automazione delle pronunce giudiziali non garantirebbe il rispetto dei canoni del giusto processo, in quanto non assicurerebbe la necessaria terzietà e neutralità dell'organo giudicante, il contraddittorio tra le parti e la piena conoscibilità ed intellegibilità delle ragioni poste a fondamento delle pronunce adottate; tale *modus decidendi* risulterebbe, inoltre, in contrasto con altri principi fondamentali del nostro ordinamento, quali il principio di trasparenza, sicurezza, non discriminazione e il diritto alla *privacy*.

A mio avviso, il ricorso della c.d. "giustizia robotica" colliderebbe non solo con i principi e le regole generali innanzi richiamate, ma anche (e soprattutto) con l'essenza stessa dell'attività di *ius dicere*.

La risoluzione di qualsiasi controversia presuppone, infatti, da un punto di vista sia logico che giuridico, il compimento di una serie di valutazioni e attività tipicamente "umane", che gli strumenti offerti dalle nuove tecnologie informatiche non sono in grado di svolgere.

La decisione giudiziale richiede innanzitutto un'opera interpretativa delle norme applicabili al caso concreto; il giudice inoltre, è chiamato a valutare "secondo il suo prudente apprezzamento" le prove acquisite, tenendo, altresì, conto degli atti di causa, del comportamento processuale delle parti e dell'elemento psicologico della condotta presa in esame; tali valutazioni sono indispensabili per adeguare il pronunciamento alla specifica situazione di fatto e di diritto oggetto del giudizio.

I suindicati apprezzamenti, di natura squisitamente soggettiva – come si è detto – sono connaturati all'esercizio della funzione giurisdizionale e non sono surrogabili, in alcun modo, da automatismi informatici o da calcoli algoritmici.

La sostituzione della giustizia "umana" con la c.d. *cyberjustice* non solo risulta problematica per le ragioni di ordine teorico e pratico sopra ricordate, ma non appare neppure auspicabile: una simile sostituzione determinerebbe, infatti, esiti giudiziali standardizzati, non agevolmente comprensibili (essendo la decisione automatizzata elaborata da un programma

software, sulla base di algoritmi) e poco aderenti al caso concreto. Se si ammettesse un impiego dell'intelligenza artificiale anche per la risoluzione delle controversie si rischierebbe, in definitiva, di realizzare un sistema di tutela meno giusto, equo e conforme al principio di effettività rispetto a quello che la giustizia dispensata dai giudici, seppur fallibile ed imperfetta, è in grado di offrire.

Anche Gherardo Carullo ha preso in esame, nel suo intervento, l'impatto che l'applicazione delle nuove tecnologie ha avuto sul processo, ma si è soffermato su un profilo diverso da quello trattato da Benedetta Cappiello, giacché ha analizzato gli effetti che la digitalizzazione ha prodotto sul processo amministrativo.

È bene chiarire subito che l'entrata in vigore del PAT non ha influito sulle norme di procedura e sugli istituti previsti dal d.lgs. n. 104/2010 e non ha nemmeno modificato le modalità di formazione della decisione del giudice amministrativo; la informatizzazione del rito in questione ha comportato unicamente la sostanziale e ormai completa "dematerializzazione" di tutti gli atti e adempimenti disciplinati dal codice del processo amministrativo.

Anche le riflessioni espresse da Carullo sul tema sono pienamente condivisibili. Indubbiamente l'impiego delle nuove tecnologie ha reso più agevole l'accesso alla giustizia amministrativa, in quanto ha semplificato gli oneri processuali, riducendo i costi dell'azione e le distanze, non solo geografiche, tra le parti, i difensori ed il giudice.

Nella sua relazione Gherardo Carullo ha, tra l'altro, rilevato che l'introduzione del PAT ha fatto venir meno l'esigenza, per gli avvocati stabiliti in un luogo diverso da quello in cui ha sede il Tribunale amministrativo adito, di eleggere un domicilio speciale nel comune sede del tribunale ed ha, inoltre, inciso sulla prassi, in precedenza diffusa, di nominare un domiciliatario per le comunicazioni di segreteria, il compimento dell'attività di cancelleria e l'eventuale partecipazione alle udienze. Tali effetti ed innovazioni, apportate dal regime telematico, hanno contribuito certamente a ridurre i costi e gli oneri gravanti sulle parti.

L'uso degli strumenti digitali ha determinato anche altri significativi vantaggi. Tale evoluzione tecnologica ha permesso, ad esempio, agli avvocati di notificare e depositare gli atti di causa, tramite posta elettronica certificata (PEC), sino allo scadere dell'ultimo giorno utile, senza limiti di

orario, nonché di accedere “a distanza” al fascicolo della causa. La informatizzazione del processo ha, inoltre, reso possibile, durante il periodo della pandemia da Covid-19, la partecipazione alle udienze da remoto.

Nel suo intervento Carullo non ha mancato di sottolineare anche le criticità e i problemi che il processo amministrativo *paperless* pone. Tali criticità derivano essenzialmente dall’incertezza che caratterizza la disciplina normativa di alcuni istituti previsti dal PAT (si pensi, ad esempio, alla questione, ancora aperta, relativa all’individuazione dell’indirizzo PEC delle pubbliche amministrazioni valido per la notificazione degli atti giudiziari).

Tanto premesso ed evidenziato, Carullo ritiene che le nuove tecnologie si prestino ad essere impiegate non solo come strumento di semplificazione degli adempimenti processuali, ma anche come strumento utile per risolvere il problema dell’eccessiva durata dei processi, problema quest’ultimo che costituisce – come noto – uno dei difetti più gravi della giustizia, anche amministrativa.

In particolare, secondo Carullo, l’uso dei mezzi informatici consentirebbe di superare la logica che oggi governa la competenza territoriale dei TAR e di raggiungere, così, l’obiettivo di contenimento dei tempi della giustizia.

L’idea prospettata da Carullo è la seguente: una volta instaurato il giudizio secondo le regole generali in materia di competenza territoriale stabilite dal c.p.a., potrebbe essere affidato al SIGA (*id est* il Sistema Informativo della Giustizia Amministrativa) il compito di verificare, attraverso un’analisi automatizzata, il carico di lavoro della Sezione del TAR cui è assegnata la causa e quello delle altre Sezioni facenti parte di diversi tribunali amministrativi regionali, parimenti competenti per materia. Quest’ultima indagine, eseguita con modalità informatiche, permetterebbe di individuare il Collegio meno oberato, al quale potrebbe essere trasferita la causa, al fine di garantire una più celere definizione della controversia.

La proposta, avanzata da Gherardo Carullo, è certamente interessante, merita attenzione e ulteriori approfondimenti; mi permetto, tuttavia, di osservare che essa appare difficilmente conciliabile con l’attuale disciplina relativa alla competenza territoriale dei TAR, dato che, di fatto, comporta una sostanziale elusione, disapplicazione o deroga delle norme dettate in

materia. Per attuare la predetta proposta, occorrerebbe, quindi, procedere preventivamente a modificare le disposizioni vigenti.

A mio avviso, il problema della durata irragionevole dei processi, che affligge anche il sistema della giustizia amministrativa, non può che essere risolto attraverso i rimedi “tradizionali”, ovvero procedendo alla riorganizzazione degli uffici giudiziari, alla eventuale riforma delle norme sulla competenza, all’investimento di maggiori risorse economiche e, soprattutto, al reclutamento di più giudici e personale ausiliario.

Nel terzo intervento della giornata, Stefano Villata ha preso in esame la questione – emersa con l’entrata in vigore del processo civile telematico e non ancora definita a livello normativo – concernente la determinazione delle sanzioni per il mancato rispetto delle disposizioni tecniche che disciplinano gli adempimenti e gli atti processuali informatici.

Tale questione ha una indubbia rilevanza pratica ed è comune ad ogni processo telematico. Infatti, anche gli altri riti che sono stati sinora digitalizzati dal nostro legislatore non stabiliscono espressamente quali sono gli effetti derivanti dall’inosservanza delle regole in tema di predisposizione, notifica e deposito degli atti processuali in formato elettronico (così è, ad esempio, per il processo amministrativo telematico).

Nella sua relazione Villata ha, innanzitutto, ricordato l’indirizzo rigido e formalistico – favorevole, cioè, ad escludere, in linea generale, la validità dell’atto telematico non conforme alle prescrizioni tecniche relative – assunto dalle Sezioni semplici della Corte di Cassazione e i temperamenti elaborati dalle Sezioni Unite per evitare pronunce di inammissibilità, improcedibilità o nullità nelle ipotesi in esame (e tendenti, quindi, a configurare, in detti casi, una irregolarità sanabile).

Stefano Villata aderisce a quest’ultimo orientamento esegetico, osservando giustamente che la forma (digitale) dell’atto o dell’adempimento processuale non è un valore in sé, ma costituisce solo uno strumento per il conseguimento dello scopo oggettivo e sostanziale che la legge assegna al medesimo atto o adempimento (in ossequio al principio di strumentalità delle forme).

Per queste ragioni, la non esatta corrispondenza dell’atto e dell’adempimento posto in essere alle disposizioni dettate dal rito telematico non può assurgere – salvo i casi di inesistenza/abnormità dell’atto o di espressa comminatoria di nullità – a (ulteriore) causa che preclude al giudice di

pronunciarsi sul merito. Diversamente opinando, l'evoluzione tecnologica di cui si discute, destinata a rendere più efficace ed efficiente il sistema di tutela offerto dall'ordinamento, si trasformerebbe in una sorta di "trappola", utile per respingere *in limine litis* iniziative giudiziarie ed impedire, così, l'accesso alla giustizia.

La contraria linea interpretativa, propensa a dare la massima rilevanza agli aspetti formali, si pone, dunque, in evidente contraddizione con la stessa *ratio* sottesa all'introduzione del processo telematico, la quale – come si è detto – è quella di semplificare gli oneri processuali e di facilitare l'esercizio dei diritti di azione e difesa.

Segnalo che la prospettiva antiformalistica, sostenuta condivisibilmente da Villata in relazione al processo civile, è già stata adottata in altri ambiti giurisdizionali; i giudici amministrativi, ad esempio, dopo iniziali resistenze ed incertezze, appaiono ormai concordi nell'affermare che la violazione delle norme tecniche del PAT non determina generalmente la nullità dell'atto o dell'adempimento non conforme ad esse, ma la mera irregolarità, sanabile, su ordine del giudice, nel termine perentorio da questo fissato.

Mi pare, infine, opportuno aggiungere che, se si vuole rendere effettivamente più semplice ed agevole l'accesso alla giustizia, è indispensabile non solo uniformare le autonome e distinte regole tecniche che irragionevolmente il legislatore ha dettato per ciascun rito che è stato digitalizzato (regole diverse sono state prescritte per il processo telematico civile, amministrativo, tributario e contabile); occorre, altresì, che tutte le giurisdizioni coinvolte applichino i medesimi canoni interpretativi in relazione alle norme del processo telematico e, in particolare, alle sanzioni comminabili nel caso in cui dette norme siano violate. Un simile "concordato" giurisprudenziale appare necessario per garantire certezza del diritto e parità di trattamento dei richiedenti tutela giudiziale.

Nell'ultimo intervento del *I Panel*, Michelle Vanzetti ha affrontato il tema relativo all'accesso alla prova nell'ambito degli illeciti (civili) perpetrati attraverso sistemi informatici.

Si tratta di un argomento specifico, sicuramente interessante, del quale, peraltro, non ho conoscenze adeguate e sufficienti per esprimere osservazioni puntuali.

Mi limito pertanto a rilevare in merito alla possibilità, prospettata da

Michelle Vanzetti nella sua relazione, di utilizzare gli esiti istruttori conseguiti, in via cautelare, in virtù di disposizioni speciali poste a tutela di diritti specifici anche per dimostrare fatti costitutivi di diritti differenti, rispetto ai quali non sono previsti i medesimi mezzi probatori, che mi sembra difficilmente ammissibile una simile estensione, tenuto conto, per l'appunto, del carattere speciale della previsione normativa presa in considerazione.

PARTE II

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E DIRITTI
FONDAMENTALI NELLA DIMENSIONE
COSTITUZIONALE E SOVRANAZIONALE

INTRODUZIONE AL PANEL II

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E DIRITTI FONDAMENTALI
NELLA DIMENSIONE COSTITUZIONALE
NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

Barbara Randazzo

SOMMARIO: 1. L'accesso alla giustizia per lo sviluppo sostenibile: la prospettiva costituzionale (globale e integrata). – 2. Le delicate questioni definitorie: il diritto di accesso al giudice come diritto fondamentale e come strumento di tutela degli altri diritti fondamentali. – 2.1. Profili istituzionali. – 2.2. Profili processuali. – 3. Effettività dei diritti, diseguaglianze e sfide della globalizzazione.

1. *L'accesso alla giustizia per lo sviluppo sostenibile: la prospettiva costituzionale (globale e integrata).*

Una riflessione sull'accesso alla giustizia, condotta nel quadro del programma d'azione promosso dalle Nazioni Unite nel 2015 con la c.d. Agenda 2030, impone di indugiare sulle implicazioni costituzionali connesse alla realizzazione degli obiettivi in essa fissati, i quali impingono sia nelle dinamiche dei rapporti singolo/autorità, sia in quelle dei rapporti tra i poteri in una dimensione non più esclusivamente nazionale. A questi profili è dedicato il secondo panel del convegno.

Se già nelle Costituzioni del Novecento del secolo scorso l'accesso alla giustizia ha perso la sua connotazione individualistica di matrice squisitamente liberale, nel contesto *globale* dell'Agenda 2030 esso rafforza la sua valenza sociale e solidaristica in ragione del processo di universalizzazione dei diritti fondamentali, della emersione di nuovi diritti collettivi

come il diritto all'acqua, al cibo, alla salute, all'ambiente, etc. e delle crescenti esigenze di eguaglianza sostanziale.

Il ricorso alla giustizia in vista della tutela dei diritti fondamentali assume contorni inediti, divenendo esso stesso oggetto di diritti fondamentali: il *diritto a un rimedio interno effettivo* e il *diritto di accesso al giudice*, entrambi riconosciuti con formule testuali simili, benché non coincidenti, dalla Costituzione italiana, dalla maggior parte delle Costituzioni nazionali e dalle Carte dei diritti adottate sulla scia della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo.

L'implementazione dei nuovi diritti fondamentali (individuali e collettivi) e le connesse esigenze di eguaglianza sostanziale acuiscono la tensione tra corti e legislatori generatasi da principio in forma di *supplenza* delle prime di fronte all'inerzia (o inefficacia) dei decisori politici. In tal modo viene messa strutturalmente in crisi la dinamica dei rapporti iscritta nel principio di separazione dei poteri, che assume anche una dimensione transnazionale e rende urgente saggiare il livello di democraticità delle istituzioni internazionali¹.

Sul piano interno, invece, la tensione più significativa si manifesta nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore: ne restituisce una emblematica rappresentazione la tecnica decisoria inaugurata di recente dal Giudice delle leggi nel caso Cappato, avente ad oggetto la norma incriminatrice dell'aiuto al suicidio. Anziché limitarsi a dichiarare inammissibile la questione sollevata per discrezionalità del legislatore, la Corte sospendeva con ordinanza il giudizio costituzionale, concedendo al Parlamento un anno di tempo per intervenire, ben consapevole che i «*delicati bilanciamenti*» sottesi ai dubbi di costituzionalità prospettati dal remittente «*restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito natu-*

¹ Si v. A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *In Whose Name?: A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford, 2014. Di particolare interesse ai fini che qui rilevano le problematiche concernenti i rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti e Parlamenti nazionali, sulle quali si v. G. ULFSTEIN, *A Transnational Separation of Powers?*, in *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments. Europe and Beyond*, a cura di M. SAUL, A. FOLLESDAL, G. ULLFSTEIN, Cambridge, 2017, p. 21 ss. e K. ROBERTS LYER, P. WEBB, *Effective Parliamentary Oversight of Human Rights*, *ivi*, p. 32 ss.

rale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti»². La decisione di procedere in tal modo, «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale», veniva giustificata in ragione della esigenza di evitare che *medio tempore* la norma potesse trovare applicazione³ e veniva ricondotta nell'ambito del *dialogo tra le Corti*, mediante il puntuale richiamo della giurisprudenza europea e di altre Corti⁴. «*Lo spirito della presente decisione*» si legge «è, d'altra parte, simigliante a quello della recente sentenza della Corte Suprema inglese in materia di assistenza al suicidio [...]»⁵, evocazione di una sorta di *rete* delle Corti funzionale alla ricerca di (reciproca) legittimazione⁶.

La vicenda si concludeva con l'accoglimento della questione oggetto del giudizio, «[i]n assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento» nel termine indicato dalla Corte. Il dispositivo della sentenza manipolativa evidenzia con limpidezza la portata innovativa dell'intervento⁷. Nella

² Corte cost., ord. n. 207 del 2018, n. 10 del *Considerato in diritto*.

³ Ord. cit., n. 11 del *Considerato in diritto*.

⁴ Oltre agli ampi riferimenti alla giurisprudenza di Strasburgo (nn. 5-7 del *Considerato in diritto*), il Giudice costituzionale richiama espressamente la Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*, 2015, CSC 5 e la Corte Suprema del Regno Unito, sentenza 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*, [2014] UKSC 38 (al n. 11 del *Considerato in diritto*).

⁵ Ord. cit., n. 11 del *Considerato in diritto*.

⁶ Sull'argomento particolarmente stimolanti le riflessioni di A. VON BOGDANDY, C. GRABENWARTER, P.M. HUBER, *Constitutional Adjudication in the European Legal Space*, in *Constitutional judicial review: institutions*, a cura di A. VON BOGDANDY, P.M. HUBER, C. GRABENWARTER, Oxford, 2020, p. 1 ss.

⁷ Con la sentenza n. 242 del 2019 la Corte dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trat-

motivazione si chiarisce che «*posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali [...] – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio*» [...]. Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «*specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore*» [...]⁸.

L'accesso al giudice – a tutela dei diritti fondamentali e come diritto fondamentale – determina dunque inevitabili e significative ricadute anche sul versante dei *poteri* (a livello nazionale e sovranazionale), incidendo sui loro rapporti reciproci e trasformando in particolare il volto e le modalità di esercizio del potere giurisdizionale.

La stretta correlazione tra *diritto al giudice* e modo di essere del *potere giudiziario* è significativamente restituita dalla collocazione prescelta dal legislatore costituzionale per introdurre anche nel nostro ordinamento, con la riforma del 1999, le garanzie del giusto processo: esse sono state innestate nell'art. 111 della seconda parte della Costituzione, dedicata all'organizzazione dei poteri, anziché nell'art. 24 Cost. (anche in combinato disposto con gli artt. 2 e 3), come aveva fatto talora la giurisprudenza costituzionale, per estendere la portata delle garanzie interne sulla base dell'art. 6 CEDU⁹. E ciò nonostante il Giudice delle leggi avesse già riconosciuto la duplice natura del giusto processo: «*formula in cui si compendiano i principi che la Costituzione detta in ordine tanto ai caratteri del-*

tamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

⁸ Cit. n. 4 del *Considerato in diritto*.

⁹ Si v. Corte cost., sentt. n. 388 del 1999 (sul testo costituzionale prima della riforma del 1999) e n. 10 del 1993. Nello stesso senso si v. sentt. nn. 413 e 231 del 2004; 78 del 2002; 305 del 2001; 189 del 2000 e già 124 del 1972. Per una analitica ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sul tema, si v. volendo il quaderno da me curato per il Servizio studi della Corte costituzionale “*La CEDU nella giurisprudenza costituzionale*” (2006), disponibile al link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/La_CEDU_nella_giurisprudenza_costituzionale.pdf.

la giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio»¹⁰.

La accresciuta sensibilità e consapevolezza culturale di legislatori e giudici in ordine alle esigenze di tutela dei diritti ha avuto ripercussioni anche sui tradizionali criteri di riparto della giurisdizione. Sebbene l'art. 113 Cost. in passato sia stato interpretato nel senso di affidare la tutela dei diritti soggettivi al giudice ordinario e la tutela degli interessi legittimi al giudice amministrativo, la progressiva estensione degli ambiti di giurisdizione esclusiva del giudice speciale – *anche quando la controversia verte su diritti costituzionalmente tutelati* (es. art. 133, comma 1, lett. p), c.p.a.) – ha condotto la Corte costituzionale a chiarire che non vi è «*alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*»¹¹. E più di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha ribadito che «*la cognizione e la tutela dei diritti fondamentali [...] non appare affatto estranea all'ambito della potestà giurisdizionale amministrativa, nella misura in cui il loro concreto esercizio implica l'espletamento di poteri pubblicistici, preordinati non solo alla garanzia della loro integrità, ma anche alla conformazione della loro latitudine, in ragione delle contestuali ed equilibrate esigenze di tutela di equivalenti interessi costituzionali*»¹².

Dunque, come è stato giustamente sottolineato, la tutela dei diritti costituzionalmente tutelati non rappresenta più un confine invalicabile tra le due giurisdizioni; in conformità ai principi fissati dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 204 del 2004, il giudice speciale sembra essere ormai divenuto «*ordinario*» per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dei poteri pubblici [...] garante del corretto bilanciamento tra diritti individuali, anche di rilevanza costituzionale, e doveri derivanti dall'appartenenza a una comunità»¹³.

¹⁰ Così Corte cost., sent. n. 131 del 1996, n. 3.1 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Così Corte cost., sent. n. 140 del 2007.

¹² Così Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 7 del 2016.

¹³ Per una interessante analisi del contributo del “servizio-justizia” (nel suo complesso) nella direzione della effettività della tutela dei diritti fondamentali si v. A. GIUSTI, *Spi-golature su riparto di giurisdizione e diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, 1, 2021.

Alle garanzie costituzionali (*integrate*) del giusto processo sono state e debbono essere conformate, pertanto, le discipline istituzionali e processuali interne (civile, penale, amministrativa, contabile, tributaria e costituzionale) ed europee [con qualche singolare limite, come si dirà, proprio nel processo dinanzi alla Corte europea dei diritti]. Nella relazione dal taglio storico di RAFFAELLA BIANCHI RIVA e FILIPPO ROSSI¹⁴ si ricostruiscono puntualmente le problematiche istituzionali connesse agli aspetti organizzativi dell'accesso al giudice¹⁵.

Per soddisfare le esigenze di tutela dei diritti anche nella loro dimensione collettiva, inoltre, vengono introdotte nuove tipologie di azioni (si pensi alle c.d. *class actions*, oggetto di recenti interventi anche del nostro legislatore)¹⁶ e rivisitati i tradizionali istituti processuali (si pensi alle diverse forme di estensione della legittimazione ad agire e alle spese di giustizia)¹⁷. La corposa relazione di ILARIA ANRÒ¹⁸ illustra i più recenti sviluppi del diritto europeo comunitario che hanno riconosciuto l'accesso

¹⁴ Si v., *infra*, in questo volume p. 137 ss.

¹⁵ Più in generale per una puntuale ricostruzione delle vicende che hanno interessato il giudiziario e i suoi rapporti con gli altri poteri dello Stato dalla «rivoluzione» della Costituzione del 1948 ai giorni nostri si v. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018.

¹⁶ Sulle novità introdotte con la riforma recata dalla legge 12 aprile 2019 n. 31 entrata in vigore il 19 maggio 2021 e le relative prime applicazioni, con particolare riguardo agli aspetti pubblicistici connessi all'azione collettiva inibitoria e risarcitoria di cui rispettivamente agli artt. 840-*sexiesdecies* e 840-*bis* e ss. c.p.c. si v., volendo, A. MAGLICA, B. RANDAZZO, *La class action all'italiana: profili costituzionali (integrati)*, in corso di pubblicazione.

¹⁷ Sull'«*access to justice*» nella prospettiva qui approfondita il riferimento d'obbligo è agli scritti di M. CAPPELLETTI, la cui ponderosa ricerca sul tema è confluita nei, come è noto, volumi pubblicati anche per i tipi di Giuffrè nel 1978, tra i quali si segnala qui in particolare il saggio con B.G. GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *Buffalo Law review*, vol. 27/1978, p. 181 ss. disponibile online al link <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1142>. Si v. anche M. CAPPELLETTI, *Vindicating the Public Interest through the Courts: A Comparativist's Contribution*, in *Buffalo Law review*, vol. 25, 1975, p. 643 ss.

¹⁸ Si v., *infra*, in questo volume p. 253 ss.

alla Corte di giustizia UE anche alle organizzazioni non governative portatrici di interessi diffusi in ambiti come la tutela dell'ambiente; ALESSANDRA OSTI tocca invece le delicate problematiche di natura economica connesse all'«*access to justice*», esaminando il tema delle *court fees* in ottica comparata¹⁹, oggetto di una interessante pronuncia della Corte di giustizia UE resa proprio nei confronti della disciplina italiana sul contributo unificato per i ricorsi in materia di appalti²⁰.

L'integrazione delle garanzie, specie tra il livello nazionale e quello europeo, determina dunque intrecci e sovrapposizioni che hanno condotto all'introduzione di criteri e di meccanismi di raccordo reciproco tra i diversi livelli²¹; la complessità del tema è opportunamente restituita dall'ampia relazione di STEFANIA LEONE e COSTANZA NARDOCCI²². Basti qui menzionare in particolare: *i*) il *principio di sussidiarietà* e il *margin di apprezzamento* (ora espressamente contemplati dal Preambolo della CEDU, dall'art. 5 TUE e ricavabili implicitamente da altre Carte)²³; *ii*) il *rinvio pregiudiziale* dinanzi alla Corte di giustizia UE *ex art. 267 TFUE* e *iii*) la richiesta di *advisory opinion* alla Corte Edu prevista dal Protocollo n. 16, oggetto della relazione di ELISABETTA CRIVELLI²⁴.

Con riferimento al livello nazionale, non può mancare, infine, un cenno alle vie di accesso alla Corte costituzionale, e infatti anche su questo tema indugia la relazione di Stefania Leone e Costanza Nardocci²⁵.

¹⁹ Si v., *infra*, in questo volume p. 189 ss.

²⁰ Si v. sent. 6 ottobre 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute – Studio Infermieristico Associato c. Azienda Pubblica di Servizi alla Persona San Valentino – Città di Levico Terme, Ministero della Giustizia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segretario generale del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento*.

²¹ In argomento si v., volendo, B. RANDAZZO, *Il 'riaccentramento' del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Federalismi*, n. 3/2021.

²² Si v., *infra*, in questo volume p. 207 ss.

²³ Dal 1° agosto 2021, a seguito dell'entrata in vigore del Protocollo n. 15.

²⁴ Si v., *infra*, in questo volume p. 289 ss. Della stessa A. si v. anche *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 CEDU al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, 2021.

²⁵ Si v., *infra*, in questo volume, cit.

Come è noto, il nostro sistema di giustizia costituzionale non contempla l'accesso diretto tramite un ricorso individuale analogo a quelli previsti nei sistemi tedesco e spagnolo; Mauro Cappelletti riteneva non ve ne fosse bisogno, dato che i singoli godono del ricorso diretto alla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁶. E tuttavia, il grave stato di crisi in cui versa il giudice di Strasburgo e il silenzio forzato cui la Corte è stata relegata nelle fasi più drammatiche dell'attuale pandemia impongono una qualche rimediazione al riguardo.

Più in generale, lo stato di emergenza e le altre sfide lanciate dalla globalizzazione al diritto (*law*) e ai diritti (*rights*) hanno disvelato ampi spazi di ineffettività dei meccanismi di tutela a tutti i livelli: il controllo giudiziario sui complessi bilanciamenti – tra diritti e tra diritti e interessi generali – sottesi alle misure emergenziali non di rado è risultato tardivo e quindi inefficace.

La pandemia ci ha costretti altresì a saggiare le potenzialità e gli effetti della c.d. *giustizia digitale*, alla quale sono stati dedicati i contributi del panel presieduto e coordinato da DIANA URANIA GALETTA²⁷.

2. *Le delicate questioni definitorie: il diritto di accesso al giudice come diritto fondamentale e come strumento di tutela degli altri diritti fondamentali.*

Si è già avuto modo di sottolineare come l'accesso alla giustizia abbia subito trasformazioni, anche sul piano teoretico, in ragione dei contesti storici e istituzionali di riferimento²⁸.

Sul versante dei diritti, come si è detto, l'«*access to justice*» mostra un duplice volto: quello di diritto fondamentale e di strumento di tutela degli altri diritti fondamentali. L'effettività del godimento degli stessi è in-

²⁶ Si v. M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) nella giustizia costituzionale del 1989*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 31 ss. e spec. pp. 32-33.

²⁷ Si v. *supra*, in questo volume p. 13 ss.

²⁸ Si v. ancora M. CAPPELLETTI, B.G. GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement ...*, cit., p. 183 ss.

fatti strettamente connessa con la disponibilità di un rimedio per lo più di natura giudiziaria²⁹. Proprio da ciò discende la posizione peculiare che gli è riconosciuta nei sistemi democratici. La Corte di Strasburgo, alla quale si deve la più puntuale declinazione dei principi e delle regole connesse al giusto processo, ne ha sistematicamente enfatizzato «*the prominent place held in a democratic society*»³⁰, in quanto «*one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention*»³¹.

Del tutto coerente la giurisprudenza costituzionale, secondo la quale l'«*azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 della Costituzione [...] e caratterizzanti lo stato democratico di diritto*»³².

Il che non significa, tuttavia, che si tratti di un diritto sovraordinato agli altri, perché i diritti fondamentali «*si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*»³³. I rapporti tra i diritti in tensione tra loro (e con interessi generali) si risolvono, infatti, non con il criterio gerarchico ma con la tecnica del *bilanciamento* che esige pertanto la puntuale declinazione del contenuto dei diritti in gioco. Di recente, con riferimento all'istituto del gratuito patrocinio, la Corte costituzionale ha chiarito che «*la natura inviolabile del diritto ad accedere ad una tutela effettiva, ai sensi dell'art. 24, terzo comma, Cost., non lo sottrae al bilanciamento di interessi che, per effetto della scarsità delle risorse, si rende necessario rispetto alla molteplicità dei diritti che ambiscono alla medesima tutela*»³⁴. E ciò pur dopo aver riconosciuto la *ratio* dell'istituto, volto «*a rimuovere, in armonia con*

²⁹ Si v. Corte Edu, *ex multis*, *Nait-Liman c. Svizzera* [GC], 2018, § 112; *Běleš e Al. c. Repubblica ceca*, 2002, § 49.

³⁰ Si cfr., ad es., Corte Edu, *Stanev c. Bulgaria* [GC], 2012, § 231; *Airey c. Irlanda*, 1979, § 24.

³¹ Così Corte Edu, *Pretto e al. c. Italia*, 1983, § 21.

³² Corte cost., sent. n. 26 del 1999; nello stesso senso più di recente sentt. nn. 157 del 2021; 238 e 120 del 2014.

³³ Così Corte cost., sent. n. 85 del 2013.

³⁴ Così Corte cost., sent. n. 157 del 2021, n. 8.2. del *Considerato in diritto*.

l'art. 3, secondo comma, Cost. [...], "le difficoltà di ordine economico che possono opporsi al concreto esercizio del diritto di difesa [...], assicurando l'effettività del diritto ad agire e a difendersi in giudizio, che il secondo comma del medesimo art. 24 cost. espressamente qualifica come diritto inviolabile" [...]»³⁵.

È giocoforza allora muovere dall'analisi degli approdi delle giurisprudenze delle Corti chiamate a garantire il diritto al giudice e al giusto processo per definirne la portata e vagliare la rispondenza ad esso delle diverse discipline processuali interne e sovranazionali.

Nella prospettiva *globale e multilivello* la elaborazione giurisprudenziale più ricca che ha influenzato e influenza le altre è indiscutibilmente quella della Corte di Strasburgo³⁶, investita di ricorsi che lamentano violazioni del diritto in riferimento a ben 47 ordinamenti diversi nel contesto del Consiglio d'Europa.

Le *guides* della Corte dedicate all'art. 6 CEDU forniscono un quadro completo e dettagliato delle «*nozioni autonome*» elaborate sui diversi profili del diritto al giusto processo declinati con riguardo ai procedimenti «*civili*» e «*penali*» nella peculiare accezione assunta dalla giurisprudenza europea³⁷. Nel breve spazio di questa relazione l'analisi di tali nozioni sarà condotta con il mero richiamo dell'orientamento maturato senza indugiare sull'esame dei casi concreti dai quali origina, comunque sempre necessario stante la natura casistica della giurisprudenza europea.

I contenuti del diritto, come è consuetudine del giudice europeo, si definiscono non a partire dalle qualificazioni interne ma sulla base di *standard comuni*, fondati cioè sul *consensus* rinvenuto nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, con le difficoltà che un siffatto accertamento comporta nella comparazione degli istituti giuridici (in termini di indivi-

³⁵ *Ivi*, n. 8.1 del *Considerato in diritto*.

³⁶ A livello nazionale il ruolo della giurisprudenza europea è riconosciuto formalmente dalla interpretazione fornita dal giudice costituzionale all'art. 117, comma 1, Cost. a partire dalle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007; a livello sovranazionale, europeo comunitario, dalla previsione dell'art. 52 § 3 CDFUE; a livello internazionale, infine, si evince dai frequenti richiami da parte della Corte interamericana dei diritti e di altre Corti Supreme nazionali.

³⁷ Pubblicate al link https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf.

duazione dei formanti rilevanti e del corretto segmento di analisi). Le classificazioni formali interne allo Stato convenuto in giudizio cedono dunque il passo a quelle sostanziali comuni, che concorrono alla elaborazione di un linguaggio *ad hoc* indispensabile per assicurare il dialogo tra sistemi giuridici molto diversi (es. di *civil law* e di *common law*).

2.1. *Profili istituzionali.*

Con specifico riguardo al diritto al giusto processo, la Corte ribadisce anzitutto la necessità di approntarne una garanzia sostanziale (effettiva e concreta) e non meramente formalistica³⁸, il che già implica un impatto dirompente su sistemi processuali improntati a criteri formali. In quello italiano, ad esempio, la garanzia del «giusto processo regolato dalla legge» di cui all'art. 111, comma 1, Cost. viene in genere intesa «come necessità che ogni passaggio processuale sia minuziosamente prefigurato dal legislatore», con la conseguenza che si moltiplicano le difficoltà tecniche del processo, accrescendo il rischio di errori formali, «i quali finiscono spesso per impedire che le parti ottengano la concreta risposta di giustizia cui ambivano»³⁹. In tal guisa, si è ancora autorevolmente osservato, il processo si colloca «su un piano vagamente esoterico», anziché essere modulato «a seconda delle esigenze del caso concreto»⁴⁰.

In quest'ottica la giurisprudenza europea ha precisato sin da principio, nello storico *leading case* *Golder c. Regno Unito* (1975), che il diritto di accesso al giudice è il presupposto del diritto al giusto processo, e ciò nonostante esso non risulti espressamente contemplato nell'art. 6⁴¹: «*It would be inconceivable*», secondo la Corte, che l'art. 6, § 1 «*should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit*

³⁸ Da cui discende l'obbligo per lo Stato di fornire il gratuito patrocinio in determinate situazioni anche in procedimenti diversi da quelli penali, i soli per i quali è espressamente previsto dal § 3 dell'art. 6 CEDU: si v. Corte Edu, *Airey c. Irlanda*, 1979, § 26 e *Essaadi c. Francia*, 2002, § 30.

³⁹ Così R. RORDORF, *Magistratura, Giustizia e Società*, Bari, 2020, p. 50.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Si v. spec. §§ 28-36 e l'interessante opinione dissenziente del giudice Fitzmaurice.

from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings. [...] it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1»⁴².

L'effettività del diritto di accesso al giudice è restituita, secondo la Corte, dall'*accessibilità, chiarezza e prevedibilità* delle disposizioni legali e della giurisprudenza⁴³. Divergenze di giurisprudenza di per sé non sono contrarie alla Convenzione, salvo siano «*persistenti e profonde*» e discendano da una Corte suprema, tenendo conto dell'esistenza o meno di meccanismi per la composizione delle incoerenze, di come sono stati applicati in concreto e dei loro effetti nel caso di specie⁴⁴.

Si tratta in ogni caso di un diritto «*non assoluto*», che può essere quindi assoggettato a *limitazioni* seppure a determinate condizioni⁴⁵: il *margin* di apprezzamento riservato agli Stati al riguardo non può spingersi sino a introdurre *limitazioni* che intacchino l'*essenza* stessa del diritto, e in ogni caso debbono perseguire uno *scopo legittimo* ed essere *proporzionate*⁴⁶.

Quanto alle *rinunce* dell'accesso alla giurisdizione, ad esempio, in favore dell'arbitrato – istituto che specie nella prospettiva transnazionale pone una molteplicità di problematiche⁴⁷ – la Corte europea distingue tra quello *volontario*, rimesso alla libera scelta della parte che deve comunque offrire garanzie proporzionate all'oggetto, e quello *obbligatorio*, previsto per legge, che deve assicurare tutte le garanzie dell'art. 6 CEDU⁴⁸. Corposa sul tema

⁴² Cit., §§ 35-36.

⁴³ Si v., ad es., Corte Edu, *Legrand c. Francia*, 2011, § 34.

⁴⁴ Si cfr., ad es., Corte Edu, *Paroisse gréco-catholique Lupeni e al. c. Romania* [GC], 2016, § 116 e *Iordan Iordanov e al. c. Bulgaria*, 2009, §§ 49-50.

⁴⁵ Si v., ad es., Corte Edu, *Zubac c. Croazia* [GC], 2018, §§ 76-79 e *Bellet c. Francia*, 1995, § 38.

⁴⁶ Si cfr. Corte Edu, *ex multis*, *Oorzhak c. Russia*, 2021, §§ 20-22; *Nait-Liman c. Svizzera* [GC], 2018, §§ 114-115; *Markovic e Al. c. Italia* [GC], 2006, § 99; *Fayed c. Regno Unito*, 1994, § 65; *Ashingdane c. Regno Unito*, 1985, § 57.

⁴⁷ Per una compiuta disamina si v. il ponderoso volume di A. HENKE, *I conflitti di potestas iudicandi tra arbitro e giudice statale nel diritto italiano e comparato*, Torino, 2022.

⁴⁸ Si v. Corte Edu, *Suda c. Repubblica ceca*, 2010, §§ 48-49 e *Tabbane c. Svizzera*

è anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha esaminato l'istituto in riferimento al principio del giudice naturale (art. 25, comma 1, Cost.) e del divieto di istituzione di giudici speciali e straordinari (art. 102, comma 2, Cost.)⁴⁹.

L'«*access to justice*» viene definito dalla Corte europea dei diritti nei suoi contenuti essenziali mediante la distinzione tra *requisiti istituzionali* e *requisiti processuali* ricavati dal tenore del § 1 dell'art. 6.

La giurisprudenza europea muove dalla nozione di «*tribunal or court*», ricomprendendovi non soltanto i giudici che appartengono al sistema giudiziario interno, ma anche altri organi che esercitano funzioni giurisdizionali (i cc.dd. «*non judicial bodies*»)⁵⁰. La nozione, infatti, è caratterizzata in senso sostanziale dall'esercizio di funzioni giudiziarie⁵¹: il potere decisionale [quello meramente consultivo non è sufficiente] costituisce l'essenza della nozione insieme alle garanzie di indipendenza (dall'esecutivo in particolare) e di imparzialità⁵², nonché alle modalità di selezio-

(dec.), 2016, §§ 26-27 e 30-31. Con riguardo all'arbitrato commerciale, si v. da ultimo *Beg S.p.a. c. Italia*, 2021, §§ 135 ss.

⁴⁹ Dalla sentenza n. 2 del 1963, in cui per la prima volta ha affrontato compiutamente il tema, sino alla storica sentenza n. 376 del 2001; per un esame della giurisprudenza costituzionale si v. F. MARONE, *Giustizia arbitrale e Costituzione*, Napoli, 2018.

⁵⁰ Così gli *Alternative Dispute Resolutions* possono incrementare l'efficienza della giustizia, riducendo il carico di lavoro dei giudici e fornendo agli individui la risoluzione delle controversie in modo economico e tempestivo: si v. Corte Edu, *Momčilović c. Croazia*, 2015, § 33. Si v. anche il report 2020 (dati 2018) curato dalla CEPEJ sugli «*European judicial systems*» e disponibile in lingua francese al link <https://rm.coe.int/evaluation-report-part-1-english/16809fc058>.

⁵¹ Nello stesso senso gli approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia UE: si v., *ex multis*, sent. 30 giugno 1966, *Vaassen-Göbbels*, C-61/65; sent. 17 settembre 1997, *Dorsch Consult*, C-54/96; sent. 31 maggio 2005, *Syfait e al.*, C-53/03; sent. 10 dicembre 2009, *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08.

⁵² I concetti di indipendenza e imparzialità sono strettamente connessi tra loro (e anche con la precostituzione per legge) e talora, a seconda delle circostanze, vengono esaminati dalla Corte congiuntamente, benché la prima, sia sotto il profilo personale che istituzionale, sia considerata prerequisite per una decisione imparziale: si v. Corte Edu, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], 2018, §§ 150 e 152-156; *Denisov v. Ukraine* [GC], 2018, §§ 61-64.

ne dei giudici che devono assicurare competenze tecniche allo scopo ultimo di salvaguardare la fiducia nella giustizia⁵³.

La giurisprudenza europea considera il principio del tribunale «*established by law*» alla stregua di un riflesso del principio di legalità, fondamento del sistema di tutele europeo, assumendo una nozione ampia di «*law*», nella quale riconduce non solo la disciplina normativa volta a delineare la competenza del giudice⁵⁴, ma anche ogni altra previsione interna la cui violazione è idonea a determinare la illegittimità della partecipazione di uno o più giudici al collegio decidente⁵⁵. L'espressione «*established by law*» comprende non solo le basi legali «*for the very existence of a tribunal, but also compliance by the tribunal with the particular rules that govern it (...), and the composition of the bench in each case*»⁵⁶.

Anche la tempestiva esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle misure cautelari e lo *stare decisis* rientrano tra gli elementi che concorrono a definire i *requisiti istituzionali* del giusto processo.

L'approccio e il linguaggio della Corte costituzionale e degli altri giudici nazionali in materia non sono del tutto corrispondenti.

Il Giudice delle leggi, ad esempio, intreccia il concetto di *imparzialità* a quello di *terzietà*, distinto dall'indipendenza: il processo «*può dirsi giusto in quanto, tra l'altro, sia assicurata l'esigenza di imparzialità del giudice: imparzialità che non è che un aspetto di quel carattere di "terzietà" che connota nell'essenziale tanto la funzione giurisdizionale quanto la posizione del giudice, distinguendola da quella degli altri soggetti pubblici, e condiziona l'effettività del diritto di azione e difesa in giudizio*»⁵⁷. L'imparzialità è, sempre secondo la Corte costituzionale, «*connaturata all'essenza della giu-*

⁵³ Ancora di recente la Corte Edu ha precisato la nozione in *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda* [GC], 2020, spec. §§ 219 ss.; *Eminağaoğlu c. Turchia*, 2021, §§ 90-91 e 94 e *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia*, 2021, §§ 243-244.

⁵⁴ Si cfr. Corte Edu, *Lavents c. Lettonia*, 2002, § 114; *Richert c. Polonia*, 2011, § 41; *Jorgic c. Germania*, 2007, § 64.

⁵⁵ Si v. Corte Edu, *Pandjikidze e altri c. Georgia*, 2009, § 104; *Gorgiladze c. Georgia*, 2009, § 68.

⁵⁶ Si v. Corte Edu, *Posokhov c. Russia*, 2003, § 39; *Fatullayev c. Azerbaijan*, 2010, § 144; *Kontalexis c. Grecia*, 2011, § 42.

⁵⁷ Così, Corte cost., sent. n. 131 del 1996, cit.

risdizione e richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto terzo»⁵⁸.

Tanto la giurisprudenza europea quanto quella interna (costituzionale e di legittimità) sembrano invece riallinearsi nell'attribuire rilevanza all'*apparenza* di imparzialità, la quale implica che il giudice sia anche riconoscibile e dunque *appaia* imparziale⁵⁹, poiché tale obiettiva apparenza è condizione necessaria «*di quella fiducia nella giustizia da cui dipende un ordinato vivere civile*»⁶⁰.

La giurisprudenza nazionale trae spunto da quella europea, che tuttavia si spinge a precisare come tale fiducia debba ispirarsi sia *nel pubblico* che, nell'ambito dei procedimenti penali, «*above all*» *nell'imputato*, il cui solo punto di vista, tuttavia, – per quanto importante – non è ritenuto decisivo⁶¹. I dubbi sulla imparzialità e sull'indipendenza debbono trovare una giustificazione obiettiva, essere riscontrati da un «*objective observer*» privo di coinvolgimento nel caso concreto⁶².

⁵⁸ Così Corte cost., sent. n. 155 del 1996, n. 3.1. *Considerato in diritto*, e nello stesso senso sentt. nn. 75 e 168 del 2002 e n. 177 del 2010.

⁵⁹ Si v. Corte cost., sent. n. 502 del 1991, n. 4.1 del *Considerato in diritto*, e nello stesso senso sent. n. 131 del 1996, cit., spec. n. 3.2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ Così Cass. pen., sez. un., sent. 27 gennaio 2011, n. 23122.

⁶¹ Si v. Corte Edu, *Şahiner c. Turchia*, 2001, § 44 e *Incal c. Turchia*, 1998, § 71.

⁶² Si cfr. Corte Edu, *Clarke c. Regno Unito* (dec.), 2005, § 1. Criteri oggettivi dunque (oltre che soggettivi) guidano il sindacato della Corte dei diritti anche sotto il profilo della imparzialità del giudice da intendersi come assenza di un pregiudizio, la cui esistenza deve essere «*testata*» in vari modi (*Kyprianou c. Cipro* [GC], 2005, § 118; *Micallef c. Malta* [GC], 2009, § 93). A tal fine la Corte distingue due diversi profili (*Piersack c. Belgio*, 1982, § 30; *Grievies c. Regno Unito* [GC], 2003, § 69; *Morice c. Francia* [GC], 2015, § 73): uno soggettivo, volto a stabilire se dalle convinzioni personali e dal comportamento di un determinato giudice si possa desumere che egli abbia un'idea preconcetta rispetto a una particolare controversia sottoposta al suo esame; e uno oggettivo, che impone di valutare se, a prescindere dalla condotta del giudice, esistano fatti verificabili che possano generare dubbi, oggettivamente giustificati, sulla sua imparzialità. Tra le due nozioni non si applica una rigida separazione, dipendendo il ricorso all'una o all'altra, o a entrambe, dalle circostanze concrete del singolo caso (*Kyprianou c. Cipro*, cit., §§ 119 e 121). Al riguardo il Giudice europeo reputa decisivo accertare se il rischio di imparzialità possa ritenersi «*objectively justified*» (*Ferrantelli e Santangelo c. Italia*, 1996, § 58; *Padovani c. Italia*, 1993, § 27), valutando in genere l'esistenza di rapporti gerar-

Negli ultimi anni anche la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha contribuito a chiarire la portata delle garanzie del giusto processo, valorizzando, sul *versante dei diritti*, l'art. 47 CDFUE in linea con l'art. 6 CEDU ex art. 52, § 3, CDFUE e, sul *versante dei principi e dei poteri*, l'art. 19, § 1, comma 2, TUE. Secondo la Corte di Lussemburgo, il requisito dell'indipendenza delle autorità giurisdizionali, di cui gli Stati membri devono, in forza dell'art. 19 TUE, assicurare il rispetto, comporta due aspetti: il primo, di carattere esterno, richiede che l'organo interessato eserciti le sue funzioni in piena autonomia, senza essere soggetto a vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte idonea ad influenzare le loro decisioni⁶³; il secondo aspetto, di carattere interno, si ricollega alla nozione di *imparzialità* e riguarda l'*equidistanza* dalle parti della controversia e dai loro rispettivi interessi riguardo all'oggetto di quest'ultima. Sotto questo profilo il termine *equidistanza* utilizzato dalla Corte di giustizia sembra corrispondere al termine *terzietà* che ricorre nella giurisprudenza costituzionale menzionata.

La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in materia si fa carico in tal guisa della crisi delle istituzioni democratiche che ha investito taluni ordinamenti europei⁶⁴, così mettendo in luce la connessione – tutta interna al «*Goal 16*» – tra il mantenimento della pace, le istituzioni democratiche e l'«*access to justice*». Un siffatto legame si trae peraltro anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti che, nel declinare la portata delle garanzie di indipendenza e di imparzialità afferenti alla no-

chici o legami di altra natura tra il giudice e gli altri soggetti coinvolti nel procedimento (*Pullar c. Regno Unito*, 1996, § 38), legami in grado di giustificare preoccupazioni circa la imparzialità del tribunale, mancando di garantire gli standard richiesti dalla Convenzione (*Micallef c. Malta*, cit., § 97).

⁶³ Si v. da ultimo CGUE, Grande Sezione, sent. 21 aprile 2021, C-896/19, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*; nello stesso senso, sentt. 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*, e 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*, 19 novembre 2019, C 585/18, *A.K. c. Krajowa Rada Sądownictwa* e del 27 febbraio 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

⁶⁴ Emblematica la crisi polacca che ha travolto il meccanismo dei *checks and balances* proprio attraverso riforme che hanno investito la Corte costituzionale e il giudiziario nel suo complesso: si v. la puntuale analisi di W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford, 2019, spec. pp. 59-131.

zione autonoma di «*tribunal*», non esita a sottolinearne il profondo legame con la «*rule of law*» e il principio di *separazione dei poteri*⁶⁵.

2.2. Profili processuali.

Quanto ai *requisiti processuali*, ricavati dall'interpretazione del § 1 dell'art. 6 CEDU, la Corte di Strasburgo distingue tre profili concernenti: *i*) la «*fairness*», *ii*) la *pubblicità* e *iii*) la *ragionevole durata*. Nell'ambito del primo profilo – il più articolato dei tre, da leggersi anche in termini di *apparenza* di equità – la Corte riconduce il *principio del contraddittorio*, della *parità delle armi*, l'*amministrazione delle prove* e la *motivazione* del provvedimento giudiziario.

Nel contesto del pluralismo delle giurisdizioni in senso verticale e orizzontale, con i conseguenti necessari strumenti e criteri di coordinamento, pare interessante sottolineare che «*in certain circumstances*» la Corte Edu ritiene incompatibile con la «*fairness*» del procedimento il rifiuto del giudice nazionale di proporre un rinvio pregiudiziale esistente⁶⁶.

Nel concetto di «*fair trial*» elaborato dalla giurisprudenza europea il principio del *contraddittorio* è strettamente connesso con il principio della *parità delle armi*⁶⁷ e non può mai essere sacrificato per mere ragioni di speditezza del procedimento⁶⁸. Esso implica che le parti abbiano l'opportunità di conoscere e replicare su tutte le prove e gli argomenti spesi nel giudizio⁶⁹, con il solo limite della loro irrilevanza ai fini del decidere⁷⁰.

⁶⁵ Si v. da ultimo Corte Edu, *Svilengac̃anin e Al. c. Serbia*, 2021, §§ 64 e 72 e *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo* [GC], 2018, §196.

⁶⁶ Si v. Corte Edu, *Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio*, 2011, §§ 57-67. Nel caso *Dhabbi c. Italia* (2014), la Corte ha constatato per la prima volta una violazione dell'art. 6 CEDU per l'assenza di motivazione sul mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte della Corte di Cassazione.

⁶⁷ Si v., ad es., Corte Edu, *Regner c. Repubblica Ceca* [GC], 2017, § 146.

⁶⁸ Si cfr. Corte Edu, *Nideröst-Huber c. Svizzera*, 1997, § 30.

⁶⁹ Si v., ad es., Corte Edu, *Ruiz-Mateos c. Spagna*, 1993, § 63; *McMichael c. Regno Unito*, 1995, § 80; *Vermeulen c. Belgio*, 2018, § 33; *Lobo Machado c. Portugal*, 1996 § 31; *Kress v. France* [GC], 2001, § 74.

⁷⁰ Si v. Corte Edu, *ex multis, Stepinska c. Francia*, 2004, § 18; *Salé c. Francia*, 2006, § 19; *Asnar v. Francia (no. 2)*, 2007, § 26.

La parità delle armi è intesa dalla Corte europea nel senso del «*fair balance*» tra le parti⁷¹, con la conseguenza che a ciascuna di esse dev'essere garantita una «*reasonable opportunity*» di presentare il proprio caso, i propri argomenti e le prove pertinenti «*under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis the other party*»⁷².

Il principio della *parità delle parti* è stato valorizzato anche dal Giudice costituzionale in virtù dell'art. 111, comma 2, Cost., riconoscendo ad esso il ruolo di connotato essenziale dell'intero processo, riaffermazione processuale dei principi di cui all'art. 3 Cost. «*regola generalissima, riferita indistintamente ad "ogni processo" e senza alcuna limitazione a determinati momenti o aspetti dell'iter processuale*»⁷³. Tale principio sembra mettere in seria discussione la legittimità costituzionale del criterio di assegnazione degli affari giudiziari del c.d. *abbinamento PM/Sezione* ancora applicato in taluni Tribunali⁷⁴ in attuazione dell'art. 203 della Circolare C.S.M. «*Sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudicanti per il triennio 2017/2019*»⁷⁵, secondo cui «*nella fissazione delle udienze penali dinanzi al giudice del dibattimento, al Gip e al Gup, è assicurata la tendenziale continuità della designazione del sostituto o dei sostituti originariamente incaricati delle indagini per tutte le fasi del medesimo grado e, in particolare, per i procedimenti di maggiore complessità, rilevanza e durata*» (comma 4).

⁷¹ Si cfr., ad es., Corte Edu, *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, 1986, § 44.

⁷² Si v., ad es., Corte Edu *Regner c. Repubblica Ceca* [GC], cit. § 146; *Dombo Bebeer B.V. c. Paesi Bassi*, 1993, § 33.

⁷³ Così Corte cost., sent. n. 26 del 2007, n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

⁷⁴ Sulla pretesa legittimità dell'applicazione del criterio si v. Trib. di Roma, sez. II pen., ord. 24 settembre 2020 che rigettava l'istanza di astensione formulata dalla parte, in assenza di una ipotesi di ricusazione *ad hoc* nell'art. 37 c.p.p. Il Tribunale sosteneva la legittimità del criterio dell'abbinamento sulla base del principio di *funzionalità* che «*deve tenere conto anche dell'organizzazione degli uffici della procura che si interfacciano con l'attività degli organismi giudicanti*» e del principio di ragionevole durata del procedimento. La decisione veniva confermata da Corte d'Appello di Roma, sez. IV pen., ord. 10 giugno 2021.

⁷⁵ Adottata con delibera di *Plenum* in data 25 gennaio 2017, Prot. n. 1318 del 26.1.2017, e mod. in data 28 febbraio 2018.

Nel contesto globale e nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, inoltre, il *principio della parità delle parti* assume una valenza peculiare a garanzia del godimento effettivo del diritto al giudice e a un processo equo in ragione dei forti condizionamenti derivanti dalla disponibilità di adeguate risorse economiche. Il tema, delicatissimo, tocca non soltanto la questione della previsione del *gratuito patrocinio*, cui si è già fatto cenno, ma più ampiamente la *qualità* della difesa in giudizio che non di rado dipende, non (sol)tanto dalle giuste ragioni della parte, ma (anche) dalla alta professionalità della difesa che può essere assai costoso procurarsi⁷⁶.

Sempre con riguardo alla «*fairness*» del procedimento è opportuno indagare anche sull'*obbligo di motivazione* dei provvedimenti che assume valenze ulteriori in ragione della ridefinizione in atto dei rapporti tra i poteri e in particolare di quelli tra il legislativo e il giudiziario. In altre parole, la trasformazione del ruolo delle Corti obbliga a interrogarsi sulla loro legittimazione, e a rileggere con chiavi ermeneutiche nuove, sul piano interno ad esempio, il combinato disposto dell'art. 111 Cost., che al comma 6 prevede l'obbligo di motivazione di «*[t]utti i provvedimenti giurisdizionali*», e il primo comma dell'art. 101 della Costituzione, secondo il quale «*la giustizia è amministrata in nome del popolo*»⁷⁷.

La ricerca di nuovi criteri di interpretazione non può che muovere, ancora una volta, dagli orientamenti della Corte di Strasburgo, la cui consolidata giurisprudenza spinge, anche sotto questo profilo, a prediligere un approccio di tipo sostanziale e concreto. Essa esige che le decisioni giudiziarie abbiano un'*adeguata* motivazione⁷⁸, volta a dimostrare alle parti che i loro argomenti sono stati presi in considerazione dal giudice e a contribuire, in generale, a una migliore accettazione della decisione⁷⁹. Affinché il diritto a un equo processo sia effettivo sotto questo profilo, occorre che le questioni sollevate dalle parti siano realmente “ascoltate” dal giudice⁸⁰, in particolar

⁷⁶ Non manca di sottolinearlo R. RORDORF, *Magistratura, Giustizia e Società*, cit., p. 50.

⁷⁷ Sul tema si v. da ultimo, G. CANZIO, *Commento all'art. 111 (sesto, settimo e ottavo comma) della Costituzione*, in *Lamagistratura.it*, 3 gennaio 2022.

⁷⁸ Si v., *ex multis*, Corte Edu, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), 2017, § 84.

⁷⁹ Si cfr., ad es., Corte Edu, *Magnin c. Francia* (dec.), 2012, § 29.

⁸⁰ Si v., ad es., Corte Edu, *Taxquet c. Belgio* [GC], 2010, § 91; *Donadze c. Georgia*, 2006, § 35.

modo quando esse siano decisive per l'esito del procedimento⁸¹. Si pone dunque un problema di «*fairness*» allorquando i giudici nazionali abbiano ignorato un punto specifico, pertinente e decisivo sollevato dalle parti⁸².

Ancora di recente nel caso *Felloni c. Italia* (2020), la Corte Edu ha ribadito che «*sebbene i giudici non possano essere tenuti a motivare il rigetto di ogni argomentazione addotta da una parte [...], essi non sono tuttavia dispensati dal dover esaminare debitamente i principali motivi di ricorso che quest'ultima deduce e dal rispondervi [...]. Se, per di più, questi motivi attengono ai diritti e alle libertà garantiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli i giudici nazionali sono tenuti ad esaminarli con particolare cura e rigore [...]*»⁸³.

Ai medesimi approdi si deve pervenire anche in base alle garanzie previste dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE considerato che esso deve interpretarsi, ex art. 52, § 3 della medesima Carta, in conformità alla giurisprudenza convenzionale.

In sintonia con l'orientamento della giurisprudenza europea sono le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, secondo le quali il vizio concernente la mancanza di motivazione (ex art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p.) deve consistere «*nell'assenza di motivazione su un punto decisivo della causa sottoposto al giudice di merito*»⁸⁴. Le Sezioni civili della medesima Corte paiono invece meno propense a valorizzare sostanzialmente la giurisprudenza europea nell'interpretazione del c.d. *minimo costituzionale* di motivazione (ex art. 132, comma 2, n. 4, c.p.c. come novellato nel 2009)⁸⁵, così come il Consiglio di Stato ritiene irrilevante il mero difetto di *sufficienza* della motivazione ai fini della nullità della sentenza⁸⁶.

Anche per i profili del giusto processo attinenti alla *pubblicità* delle

⁸¹ Si cfr. ad es., Corte Edu, *S.C. IMH Suceava S.R.L. c. Romania*, 2013, § 40.

⁸² Si v., ad es., Corte Edu, *Nechiporuk e Yonkalo c. Ucraina*, 2011, § 280.

⁸³ Cit. §§ 24-26. Nello stesso senso anche Corte Edu, *Helle c. Finlandia*, 1997, § 60 e *Boldea c. Romania*, 2007, § 30.

⁸⁴ Si v. Cass. pen., sez. I, sent. 23 luglio 1999, n. 9539 e, nello stesso senso, Cass. pen., sez. VI, sent. 23 agosto 2010, n. 32227 e sent. 1° agosto 2016, n. 33705.

⁸⁵ Si v. Cass. civ., sez. un., sentt. 7 aprile 2014, nn. 8053 e 8054. In dottrina, sul c.d. *minimo costituzionale*, si v. M. TARUFFO, *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2, 2018, p. 621 ss.

⁸⁶ Si v. Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza 30 luglio 2018, n. 10.

udienze valgono i medesimi principi affermati in tema di «*fairness*», quanto a *non assolutezza* e a *condizioni di ammissibilità* delle relative limitazioni (base legale, scopo legittimo e proporzionalità)⁸⁷. Merita di essere ricordato che il requisito viene testato dalla Corte prendendo in considerazione il procedimento nel suo complesso⁸⁸, e che l'*oralità* della udienza è richiesta almeno in un grado di giudizio⁸⁹.

Infine, in ordine alla *ragionevole durata dei procedimenti*, può osservarsi che si tratta del profilo che per primo ha avuto dirette ricadute a livello nazionale: le sistematiche condanne subite dal nostro Paese al riguardo hanno costretto il legislatore italiano a introdurre un rimedio interno di tipo risarcitorio⁹⁰, anche al fine di sollevare il Giudice europeo dalla mole di ricorsi che ogni anno si accumula(va)no nei suoi ruoli⁹¹. Nel liquidare l'equa riparazione, le Corti italiane sono tenute a fare applicazione dei criteri elaborati dalla giurisprudenza europea⁹²: *i*) la complessità della causa, *ii*) i beni giuridici in gioco, *iii*) il comportamento delle parti *iv*) e delle autorità⁹³.

Effettività e credibilità della giustizia sono salvaguardate solo a condizione che essa venga amministrata senza ritardo⁹⁴: da ciò discende l'ob-

⁸⁷ Si v., *ex multis*, Corte Edu, *Malhous c. Repubblica ceca* [GC], 2001, §§ 55-56 e *De Tommaso v. Italy* [GC], 2017, § 163.

⁸⁸ Secondo la più risalente giurisprudenza: si cfr. Corte Edu, *Axen c. Germania*, 1983, § 28.

⁸⁹ Si v. Corte Edu, *Fischer c. Austria*, 1995, § 44; *Salomonsson c. Svezia*, 2002, § 36.

⁹⁰ Con la legge n. 89/2001, c.d. "legge Pinto".

⁹¹ Da ultimo si v. Corte Edu, *Petrella c. Italia*, 2021, spec. § 37 ss., in cui la Corte dichiara la violazione della ragionevole durata insieme alla violazione del diritto al giudice e a un rimedio interno effettivo in ragione dei ritardi ingiustificati nell'archiviazione di un procedimento penale.

⁹² Sui vincoli discendenti dalla giurisprudenza europea sia consentito il rinvio a B. RANDAZZO, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo: giurisprudenza italiana ed europea a confronto*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2003, p. 176 ss.

⁹³ Si cfr., ad es., Corte Edu, *Comingersoll S.A. c. Portogallo* [GC], 2000, § 19; *Frydlender c. Francia* [GC], 2000, § 43; *Sürmeli c. Germania* [GC], 2006, § 128; *Lupeni Greek Catholic Parish e al. c. Romania* [GC], cit., § 143; *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania* [GC], 2019, § 209.

⁹⁴ Si v. Corte Edu, *H. c. France*, 1989, § 58; *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*, 1994, § 61.

bligazione gravante sugli Stati di organizzare i rispettivi sistemi giudiziari in modo da consentire ai giudici di soddisfare tale esigenza.

A conclusione della sommaria disamina dei contenuti del diritto al giudice e a un processo equo, delineati a partire dagli approdi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non ci si può esimere dal constatare che tali garanzie, e *in primis* la ragionevole durata del procedimento, sono carenti proprio nel giudizio dinanzi a tale Corte. Il ruolo che essa svolge nel sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali e l'influenza che essa esercita sulle altre Corti nazionali e sovranazionali non possono lasciare indifferenti rispetto al *malfunzionamento strutturale* – ricorrendo alla formula coniata dal Giudice europeo per descrivere contesti nazionali simili – che getta un'ombra sulla stessa credibilità della Corte. La recente introduzione dell'*advisory opinion*, lungi dal rappresentare una soluzione alla crisi, finisce invero con l'acuire il deficit di effettività del ricorso *ex art. 34 CEDU* che ha determinato il successo della Corte e che ne restituisce l'identità.

3. *Effettività dei diritti, diseguaglianze e sfide della globalizzazione.*

Si è avuto modo di sottolineare come il concetto di «*access to justice*» sia fortemente influenzato dai contesti storici e istituzionali⁹⁵, e come oggi esso sia messo alla prova dalle sfide della globalizzazione e dello sviluppo sostenibile.

La trasformazione del ruolo delle Corti all'interno dei tradizionali assetti di potere e la carenza di legittimazione democratica che le connota obbliga a ricercare nuove forme di legittimazione attraverso il *dialogo* e il far *rete* delle Corti, connettendo cioè i diversi livelli ordinamentali e i giudici tra loro tramite richiami di sentenze altrui, sviluppo di meccanismi di reciproco rinvio e creazione di una *comunità* attraverso periodici incontri di studio e altre occasioni e strumenti di confronto⁹⁶.

⁹⁵ Si v. ancora M. CAPPELLETTI e B.G. GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement ...*, cit., p. 183 ss.

⁹⁶ Al riguardo merita di essere segnalato il portale europeo della giustizia elettronica (<https://e-justice.europa.eu>) che, allo stadio attuale, fornisce informazioni sui sistemi giudiziari europei e sulle diverse reti giudiziarie esistenti, favorendo l'accesso alla giustizia nell'ambito dell'Unione europea.

In quest'ottica il requisito istituzionale dell'indipendenza e quello processuale dell'adeguata motivazione dei provvedimenti giurisdizionali assumono valenze nuove e ulteriori, specie allorché il potere politico manifesta insofferenza nei confronti della tutela dei diritti fondamentali.

Le diseguaglianze, che la dimensione globale dei fenomeni restituisce nella loro estrema gravità, sotto il profilo del diritto al giudice minacciano l'effettività del suo godimento, compromettendo al contempo quello degli altri diritti fondamentali. La diseguale distribuzione delle risorse, a partire da quelle economiche, finisce con l'ostacolare di fatto l'accesso alla giustizia là dove ve n'è maggior bisogno.

Ma la dimensione globale del mercato acuisce le differenze anche in contesti meno o non disagiati: specie nei rapporti contrattuali si realizzano disparità di potere tra il singolo (consumatore o utente) e l'impresa multinazionale (venditrice del bene o erogatrice del servizio). Le *class actions* che, soprattutto in Europa, ancora non hanno ricevuto la debita valorizzazione⁹⁷, già manifestano forme di finanziamento che rischiano di pregiudicarne la funzione di tutela collettiva⁹⁸.

L'inveramento del diritto al giudice e a un equo processo, chiave di volta di tutti i sistemi di tutela dei diritti fondamentali, esige adeguamenti costanti delle normative processuali e sostanziali per la migliore valorizzazione delle risorse umane, tecnologiche e finanziarie disponibili. Se sono indiscutibili i risultati sinora raggiunti in termini di *effettività*, le nuove minacce di regressione da un lato, e le esigenze connesse alla piena realizzazione degli obiettivi dell'Agenda 2030 dall'altro, suggeriscono, tuttavia, di non cedere a facili (e perniciosi) ottimismo.

⁹⁷ Si v. A. UZELAC, S. VOET, *Collectivization of European Civil Procedure: Are We Finally Close to a (Negative) Utopia?*, in *Class Actions in Europe. Holy Grail or a Wrong Tail?*, a cura di A. UZELAC e S. VOET, Springer 2021, p. 3 ss.

⁹⁸ Il riferimento è alla c.d. *third party funding* su cui si v., per tutti, S. VOET, *The Crux of the Matter: Funding and Financing Collective Redress Mechanism*, in *Eu civil justice: current issues & future outlook*, a cura di B. HESS, M. BERGSTRÖM, E. STORSKRUBB, Oxford, 2016.

CAPITOLO 1

L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA
NELL'ITALIA REPUBBLICANA:
PROBLEMI ORDINAMENTALI E STRUTTURALI

*Raffaella Bianchi Riva e Filippo Rossi**

SOMMARIO: 1. Premessa: la crisi della giustizia nell'Italia repubblicana. – 2. Le persone. – 2.1. Dalla liberazione agli anni Cinquanta: organico dei magistrati e indipendenza della magistratura. – 2.2. Anni Sessanta e Settanta: crisi della giustizia e società. – 2.3. Anni Ottanta e Novanta (fino al nuovo millennio): dalla crisi della giustizia alla crisi della magistratura. – 3. Le strutture. – 3.1. Anni Cinquanta e Sessanta: geografia giudiziaria, disfunzioni e crisi del sistema. – 3.2. Anni Settanta e Ottanta: il nesso, inestricabile, tra profili strutturali e ordinamentali. – 3.3. Anni Novanta e oltre: verso un modello di “efficienza praticabile”. – 4. Riflessioni conclusive. – Bibliografia.

1. *Premessa: la crisi della giustizia nell'Italia repubblicana.*

Nel 1963, Giuseppe Maranini pubblica un breve scritto, intitolato *La crisi della giustizia in Italia*, in cui denuncia la grave situazione del sistema giudiziario nel nostro Paese e le sue ricadute sul rapporto tra istituzioni e cittadini¹.

L'espressione “crisi della giustizia” per riferirsi alle disfunzioni dell'amministrazione della giustizia non è certamente nuova. Nuova è, invece, la

* Raffaella Bianchi Riva è autrice dei §§ 1 e 2; Filippo Rossi è autore dei §§ 3 e 4.

¹ G. MARANINI, *La crisi della giustizia in Italia*, in *Il Politico*, 2, 1963, pp. 229-245 e in ID., *Giustizia in catene*, Milano, 1964, pp. 13-35 (con il titolo *La paralisi della giustizia*).

latitudine del fenomeno, tale da condizionare il dibattito pubblico per i decenni successivi.

L'Italia repubblicana eredita il problema dell'inefficienza (e, talvolta, dell'inefficacia) della tutela giudiziaria dal periodo liberale e fascista, ma il rapido e complesso mutamento dei rapporti sociali ed economici del secondo dopoguerra lo amplifica sino ad esasperarlo, contribuendo a generare un "cortocircuito" tra la lunghezza dei tempi processuali e l'effettivo accesso alla giustizia. Garantire l'accesso alla giustizia significa, infatti, assicurare non solo il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti, ma anche quello di ottenere giustizia tempestivamente. Nel rapporto «*multiforme ed ambiguo*» tra tempo e diritto, tanto più lungo è il tempo necessario per tutelare un diritto, tanto più labile è il contenuto della sua tutela, potendola rendere superflua, inutile o persino dannosa². La lentezza dei processi determina, sovente, una fuga dalla giustizia, frutto di una crescente sfiducia nelle istituzioni, che induce i cittadini a cercare soluzioni alternative (compromessi, arbitrati, ma anche forme di autotutela elaborate nell'ambito dell'autonomia privata), talvolta persino a farsi giustizia da sé, vanificando, di fatto, il dettato dell'art. 24 Cost.

Le cause della lentezza della macchina giudiziaria sono molteplici: non solo i congegni procedurali (a volte eccessivamente complessi e formali), ma anche problemi ordinamentali e strutturali, quali l'insufficienza di magistrati e di personale ausiliario di segreteria e cancelleria, l'irrazionale dislocazione delle risorse, l'inadeguata edilizia giudiziaria, la carenza o la vetustà di strumenti e attrezzature³.

² R. RORDORF, *Tempo e diritto (con una noterella in tema di prescrizione penale)*, in ID., *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, pp. 109-115. Sul principio della ragionevole durata del processo, cfr., tra i molti: M.G. CIVININI, C.M. VERARDI (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001; R.E. KOSTORIS (a cura di), *La ragionevole durata del processo: garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 2005; C. SANNA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, 2008; S. ANGIOI, F. RAIMONDI (a cura di), *La ragionevole durata del processo in Europa. Genesi, effetti e sviluppo della Legge Pinto*, Napoli, 2011.

³ Cfr. V. GREVI, *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *La Giustizia penale*, 1981, parte terza, cc. 585-606 e l'intervento di A. CHIAVELLI, in *Il processo penale tra riformismo e emergenza*, Milano, 1983, pp. 83-96.

Nelle pagine che seguono, si ricostruirà il dibattito sulla crisi della giustizia sviluppatosi negli ultimi settant'anni all'interno della magistratura italiana⁴, che, anche di fronte alle crescenti preoccupazioni espresse dall'avvocatura⁵, ha messo in evidenza le ricadute delle disfunzioni del sistema – «ormai note anche a profani di media cultura e, da molto tempo, ampiamente illustrate in profondi studi scientifici, in accesi dibattiti congressuali, in calde polemiche di stampa, in servizi televisivi, in disegni e proposte di legge»⁶ – sul suo rapporto con l'opinione pubblica⁷.

Il dibattito si è svolto nella costante dialettica tra Corte di cassazione e CSM, nell'ambito delle rispettive “competenze”.

Se, da un lato, negli anni Cinquanta, la Cassazione mantenne, grazie alla tradizionale organizzazione gerarchica della magistratura, una posizione di assoluta preminenza, esercitando un forte potere di conforma-

⁴In generale, sulla storia della magistratura italiana nel periodo considerato: R. CANOSA, P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974; V. ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, pp. 711-790; A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012; E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018; C. CONSOLO, F. DI MARZIO, G. GRASSO, F.A. GENOVESE (a cura di), *Storia della magistratura*, Roma, 2022 (Quaderni della Scuola Superiore della magistratura, 6). Sulla storiografia sulla magistratura, cfr. F. VENTURINI, *Vecchi e nuovi studi sulle magistrature*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 2011, pp. 115-132.

⁵Il tema fu richiamato in numerosi Congressi nazionali forensi: Consiglio Nazionale Forense, *La lotta per i diritti. Identità e ruolo dell'Avvocatura nelle assise congressuali*, Roma, 2010, pp. 375, 557. Per un esempio di carattere locale: R. BIANCHI RIVA, *Storia dell'Ordine degli Avvocati di Como. Professione, diritto, giustizia*, Como, 2018, pp. 118-128.

⁶N. REALE, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1968 (pronunciato il 9 gennaio 1968 nell'Assemblea Generale della Corte Suprema di Cassazione)*, Roma, 1968, pp. 12-13. Tra gli studi scientifici, si segnalano i volumi del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale su *L'amministrazione della giustizia e la società italiana in trasformazione*.

⁷«A nessuno può sfuggire la gravità di questo dato, che è forse il primo in ordine di importanza perché la impossibilità di ottenere giustizia in tempo ragionevole è la principale causa del discredito che in questi anni ha colpito la magistratura» (G. COLLI, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1975. Assemblea Generale del 3 gennaio 1975*, Roma, 1975, pp. 10-11).

zione sui giudici inferiori, attraverso il controllo delle carriere⁸, dall'altro, l'entrata in funzione del CSM – a cui l'art. 105 Cost. assegna la competenza su tutte le questioni relative ai magistrati, lasciando al ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dell'amministrazione giudiziaria – fu fortemente osteggiata proprio dalla Cassazione, che temeva un ridimensionamento del proprio ruolo (oltre che dalle forze politiche, anch'esse timorose di perdere influenza sulla magistratura). La sua istituzione in attuazione dei principi costituzionali, nel 1958, segnò uno spartiacque nella storia della magistratura italiana⁹, quantunque per alcuni anni l'organo di autogoverno (su cui, peraltro, il guardasigilli conservava ancora notevoli poteri) continuò ad essere dominato dagli alti magistrati di Cassazione¹⁰.

La dialettica tra le diverse forze presenti all'interno della magistratura ha condizionato la scelta delle fonti di cui si è tenuto conto nella ricerca.

Si pensa, innanzitutto, alle relazioni dei procuratori generali (dal 2006,

⁸ C. GUARNIERI, *La Corte di cassazione*, in *Storia d'Italia, Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, cit., pp. 791-817.

⁹ Sull'istituzione del CSM: F. SANTOSUOSSO, *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Principi e precedenti*, Milano, 1958; L. DAGA *Il consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973; M. DEVOTO, *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale italiano*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, pp. 279-323; E. BRUTI LIBERATI, L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano, 1998; D. PIANA, A. VAUCHEZ, *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, 2012.

¹⁰ Non si può poi trascurare l'apporto dell'associazionismo giudiziario, che potrà costituire oggetto di indagini future. Nell'ambito della progressiva democratizzazione della magistratura nel corso degli anni Sessanta, la preminenza, sino ad allora esercitata dall'alta magistratura fu messa in dubbio, determinando un ampio e talvolta aspro confronto che condusse alla formazione di orientamenti e correnti (destinati, a loro volta, a influire sulle vicende elettorali del CSM): L. PEPINO, *Appunti per una storia di Magistratura democratica*, in *Questione giustizia*, 1, 2002, pp. 111-145; E. BRUTI LIBERATI, *L'Associazione dei magistrati italiani*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, 2009, pp. 3-26; G. MAMMONE, *1945-1969. Magistrati, Associazioni e correnti nelle pagine de La Magistratura*, *ibidem*, pp. 27-53; A. MENICONI, *La storia dell'associazionismo giudiziario, alcune notazioni*, in *Questione giustizia*, 4, 2015, pp. 220-226; G. MELIS, *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Questione giustizia*, 10 gennaio 2020.

dei primi presidenti) della Cassazione nelle cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario, retaggio della dipendenza gerarchica degli uffici del PM dal ministro della giustizia. Sebbene, come sottolineò il CSM – a cui, dopo la sua istituzione, era stato trasferito il potere di disporre lo svolgimento, prima spettante al guardasigilli – tali relazioni dovessero limitarsi a fornire dati statistici sullo stato dell'amministrazione della giustizia, esse contenevano spesso valutazioni di ordine politico¹¹: basterà pensare che, nel 1975, il PG Giovanni Colli – “vecchio” magistrato antifascista, di posizione conservatrice – escludeva che i discorsi inaugurali potessero limitarsi a informazioni statistiche, al fine di consentire il controllo dell'opinione pubblica sull'amministrazione della giustizia¹².

Occorre poi tenere presente che, nel rinnovamento costituzionale della magistratura degli anni Sessanta e Settanta, anche il CSM iniziò a svolgere un ruolo maggiormente propositivo sui problemi dell'amministrazione della giustizia, superando la tradizionale separatezza tra corpo giudiziario e corpo sociale, in connessione con la nuova concezione dei giudici all'interno dell'ordinamento¹³. Ci si riferisce, in particolare, alle relazioni al Parlamento sui problemi della giustizia volte a «realizzare quella effettiva e costruttiva collaborazione tra i diversi organi dello Stato, che è estremamente auspicabile per una efficace soluzione dei gravi problemi che presenta la nostra vita sociale, in profonda rapida e talvolta caotica trasformazione», inaugurate nel 1970, nell'ambito dell'attivismo che caratterizzò la consiliatura 1968-1972¹⁴.

¹¹ A. SANTONI RUGIU, M. MOSTARDINI, *I P.G. Linguaggio politica educazione nei discorsi dei Procuratori generali*, Rimini, 1973; V. VIGORITI, *Significato attuale delle relazioni dei procuratori generali*, in *L'ordinamento giudiziario*, cit., pp. 469-475, che evidenzia come, nell'ordinamento costituzionale, le relazioni non avrebbero altra funzione che quella di manifestare il pensiero degli autori, anziché, come in passato, quella di rappresentare la visione dell'intera (o di una parte della) magistratura.

¹² G. COLLI, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1975*, cit., pp. 6-9. Su Giovanni Colli e sui magistrati che parteciparono alla guerra di liberazione, cfr. P. BORGNA, *La magistratura resistente*, in *Questione giustizia*, 11 luglio 2019.

¹³ G. MARANINI (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, Milano, 1962.

¹⁴ *Realtà sociale e amministrazione della giustizia. Relazione annuale sullo stato della giustizia 1970*, Roma, 1970, p. 8. Le relazioni furono osteggiate nel timore che il CSM

All'interno della varietà di temi che emergono dal dibattito sulla crisi della giustizia – termine con il quale il fenomeno era noto all'opinione pubblica e che era entrato anche nel linguaggio della magistratura¹⁵ – e sulle sue possibili soluzioni si isoleranno alcune linee relative alle *persone* e alle *strutture*, al fine di mettere in luce la loro inestricabile connessione e il loro costante ripetersi nel corso degli ultimi settant'anni. Come rilevato dal PG Mario Duni, il termine crisi «*vuole indicare un turbamento, nelle strutture e negli uomini, per effetto del quale gli organi giudiziari non funzionano come dovrebbero*»¹⁶.

2. Le persone.

2.1. Dalla liberazione agli anni Cinquanta: organico dei magistrati e indipendenza della magistratura.

Nei primi anni successivi alla proclamazione della Repubblica, molti erano i problemi che affliggevano la giustizia italiana, per lo più ereditati dai periodi precedenti e aggravati dalla guerra: l'insufficienza di magistrati e funzionari, la mancanza di sedi decorose o funzionali, l'assenza di moderni strumenti di lavoro¹⁷.

ampliasse le proprie competenze e divennero, pertanto, saltuarie, cfr. E. BRUTI LIBERATI, L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit., p. 50.

¹⁵ Sebbene, come rilevò il CSM, si trattasse di «*termine non certamente corretto*» per indicare «*i rapporti fra società, diritto ed attività giudiziaria*», ma «*che pure rende bene, ed in formula sintetica, il clima di questi ultimi anni*» (*Realtà sociale e amministrazione della giustizia*, cit., p. 5).

¹⁶ M. DUNI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1969* (pronunciato il 9 gennaio 1969 nell'Assemblea Generale della Corte Suprema di Cassazione), Roma, 1969, p. 14.

¹⁷ G. MIRAULO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1949* (Discorso pronunciato il 5 gennaio 1949 nell'Assemblea Generale della Corte Suprema di Cassazione), Roma, 1949, p. 5. Cfr. inoltre ID., *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1950*, in *Riv. pen.*, 75, 1950, pp. 3-35 (p. 31) e A. MANCA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1955* (pronunciato il 5 gennaio 1955 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione), Roma, 1955, pp. 8-9. Il tema del disservizio giudiziario fu, naturalmente, oggetto di riflessione anche nella ricostituita ANM, che, in occasione del Con-

Il dibattito sulla lentezza dei processi si incentrò, in particolare, sul tema dell'organico dei magistrati, che si intrecciò con quello dell'attuazione dei principi costituzionali sull'indipendenza della magistratura¹⁸.

All'indomani della liberazione, il numero dei magistrati – poco meno di 5000 – non era aumentato sensibilmente rispetto al periodo liberale e fascista, nonostante in un secolo la popolazione fosse più che raddoppiata¹⁹.

Come è ben noto, l'epurazione disposta dai governi provvisori dopo la caduta del fascismo fu condotta con una certa "prudenza" (anche per evitare la paralisi delle strutture) e pochi furono i magistrati dispensati dal servizio²⁰. La continuità con il fascismo impressa al corpo giudiziario quei caratteri distintivi – il gerarchismo, il carrierismo, il conformismo – che derivavano dalla struttura ottocentesca della magistratura e che tanto peso ebbero nei primi decenni della repubblica²¹.

Se, dunque, il numero dei magistrati non era nel complesso aumentato, era invece aumentato – e molto – l'afflusso delle cause, che non riuscendo ad essere smaltito, produceva un crescente arretato (peraltro già aggravato dal periodo bellico e postbellico), come evidenziato in tutte le

gresso di Napoli del 1950, chiarì che esso non era in alcun modo attribuibile ai magistrati: cfr. G. MAMMONE, *1945-1969. Magistrati, Associazioni e correnti*, cit., p. 34.

¹⁸ Cfr. G. MIRAULO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1950*, cit., p. 32.

¹⁹ La tabella F all. al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 prevedeva 4955 posti. Dal 1° maggio 1945, il personale della magistratura fu aumentato a 4963 unità (d.lgs.lgt. 14 marzo 1945, n. 83).

²⁰ P. SARACENO, *Le epurazioni della magistratura in Italia. Dal Regno di Sardegna alla repubblica: 1848-1951*, in *Clio*, 29, 1993, pp. 505-523; ID., *I magistrati italiani tra fascismo e repubblica. Brevi considerazioni su un'epurazione necessaria ma impossibile*, in *Clio*, 35, 1999, pp. 65-110; G. FOCARDI, *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, in *Passato e presente*, 64, 2005, pp. 61-87; G. NEPPI MODONA, *La magistratura italiana e l'epurazione mancata (1940-1948)*, in *Le carte e la storia*, 1, 2017, pp. 25-37.

²¹ Tra i magistrati che, grazie alla mancata epurazione, ricoprirono importanti cariche nel periodo repubblicano anche alcuni PG della Cassazione, che verranno citati nel prosieguo (Mario Comucci, Antonio Azara, Ernesto Eula, Antonio Manca e Sofo Borghese): E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., pp. 27-36. Sulla magistratura nel secondo dopoguerra, cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura dalla liberazione agli anni Cinquanta: il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. 3, tomo 2, Torino, 1997, pp. 83-137).

relazioni inaugurali. Nel 1949, ad esempio, il PG Gaetano Miraulo dava atto del generale aumento delle cause civili, dovuto non solo all'«*incremento della produzione e dei traffici*», ma anche all'«*accresciuta fiducia nell'azione della giustizia*», evidenziando, peraltro, che tale fiducia «*sarebbe di gran lunga maggiore se la magistratura fosse posta in condizioni tali da poter assolvere appieno la sua funzione*»²².

Per ovviare alla sproporzione tra numero di magistrati e numero di processi, il dibattito si imperniò sulla necessità di aumentare il personale della magistratura per diminuire il carico di lavoro.

Nel contempo si prese atto che le condizioni di mancata indipendenza – esterna ed interna – in cui versava la magistratura e, in particolare, l'ineguaglianza del trattamento economico (che già nel 1947 aveva occasionato uno sciopero) determinavano una scarsa affluenza ai concorsi, risultando poco attrattive per i laureati più meritevoli²³. Come rilevava Miraulo, il problema dell'insufficienza dei magistrati si poneva non solo in termini quantitativi, ma anche qualitativi: in mancanza di una riforma dell'ordinamento giudiziario che adeguasse la magistratura alla Costituzione – come noto, accantonata fin da subito –, era sconsigliabile aumentare l'organico, se non reclutando «*elementi mediocri non all'altezza delle speciali esigenze della funzione*»²⁴, per limitarsi ad una riorganizzazione degli uffici giudiziari, in base a un'idea che avrebbe iniziato a farsi strada proprio in quegli anni²⁵.

Nel 1951, il personale fu aumentato di 580 posti²⁶, quantunque, come rilevò il PG Antonio Azara, con riguardo alla Corte di cassazione, vi era da augurarsi che «*contemporaneamente non subisca ulteriore incremento l'afflusso dei ricorsi; altrimenti il problema rimarrebbe pur sempre lontano dalla sua soluzione*»²⁷.

²² G. MIRAULO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1949*, cit., p. 5. Particolarmente grave appariva la situazione in Cassazione: ID., *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1950*, cit., pp. 7-10.

²³ F. SCALAMBRINO, *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, in *Questione giustizia*, 1, 1984, pp. 219-256.

²⁴ G. MIRAULO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1950*, cit., pp. 34-35.

²⁵ *Infra*, § 3.1.

²⁶ Legge 4 maggio 1951, n. 383.

²⁷ A. AZARA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1952 (Discorso pro-*

Nonostante, dopo il periodo dell'immediato dopoguerra, la situazione nei tribunali fosse andata normalizzandosi, nel 1954 il PG Ernesto Eula dava nuovamente atto della «*sproporzione*» fra gli organici dei magistrati e dei funzionari e gli affari giudiziari «*in una nazione che ha quasi duplicato la sua popolazione e creata tutta una imponente nuova organizzazione produttiva e di scambi*». Sulla carenza di magistrati continuavano, d'altra parte, a pesare gli «*sfavorevoli risultati*» dei concorsi per uditore, ai quali, «*in relazione alla difficoltà, pur necessaria, delle prove ed alle prospettive di trattamento economico considerate ancora inadeguate*», erano affluite «*scarse leve di giovani, in gran parte senza matura preparazione*»²⁸. Sebbene, nel 1956, si fosse provveduto ad aumentare, ancorché limitatamente, l'organico²⁹, occorreva, dunque, un ulteriore aumento, garantendo nel contempo una rigida selezione dei candidati, perché «*curare l'efficienza qualitativa dei magistrati significa potenziare il rendimento della funzione ed assicurare alla società un bene primario, determinando la crescente fiducia nella giustizia*»³⁰.

Tra anni Cinquanta e Sessanta, il problema della lentezza dei processi – che come ribadì il PG Ugo Giglio nel 1959 «*non solo è in contrasto con le esigenze della vita moderna, ma viene, nell'estimazione comune, a detrarre fiducia nei rimedi giurisdizionali, in cui si esprime per la pubblica opinione*

nunciato il 5 gennaio 1952 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione), Roma, 1952, p. 6. Restava grave la situazione in Cassazione, dove, tuttavia, l'avvocato generale Giovanni Macaluso raccomandava che l'aumento dei magistrati fosse «*contenuto entro giusti limiti*» per evitare che una eccessivamente larga composizione del collegio pregiudicasse la funzione di controllo e di indirizzo della corte, cfr. G. MACALUSO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1953* (pronunciato il 5 gennaio 1953 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione), Roma, 1953, p. 27. Cfr. anche A. MANCA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1956* (pronunciato il 9 gennaio 1956 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione), Roma, 1956, p. 20.

²⁸ E. EULA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1954* (pronunciato il 4 gennaio 1954 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione), Roma, 1954, p. 10.

²⁹ La legge 27 dicembre 1956, n. 1444 aumentò l'organico di 150 posti.

³⁰ D. PAFUNDI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1957* (pronunciato l'8 gennaio 1957 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione), Roma, 1957, pp. 7-10; ID., *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1958* (pronunciato l'8 gennaio 1958 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione), Roma, 1958, pp. 7-10.

*l'efficacia della giustizia stessa*³¹ – fu, inoltre, affrontato collegando la questione, organizzativa, dell'eccessivo carico di lavoro dei giudici con quella, processuale, relativa ai poteri del giudice e all'iniziativa delle parti. Nel sottolineare «*le non facili condizioni in cui si svolge il lavoro negli uffici giudiziari e le conseguenti lungaggini e l'alto costo delle procedure*»³², che inducevano sovente i cittadini ad intraprendere altre strade per la risoluzione delle controversie³³, le riflessioni dei PG della Cassazione conversero nell'evidenziare che la lentezza dipendeva anche dal principio dispositivo accolto dal c.p.c., sovente sfruttato dalla malizia delle parti e dei loro avvocati a fini dilatori³⁴. Regole processuali e carenza dell'organico creavano un circolo vizioso, costringendo i giudici ad assecondare le richieste di rinvio degli avvocati, non per «*supina arrendevolezza*», ma per il «*soverchiante carico di lavoro da cui essi sono oberati*»³⁵.

2.2. *Anni Sessanta e Settanta: crisi della giustizia e società.*

Un consistente incremento del personale fu disposto dalla legge 4 gennaio 1963, n. 1, che aumentò l'organico della magistratura di 1179 posti.

³¹ U. GIGLIO, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1959 (pronunciato l'8 gennaio 1959 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione)*, Roma, 1959, p. 7.

³² E. POGGI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1963 (pronunciato il 7 gennaio 1963 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione)*, Roma, 1963, p. 5.

³³ E. POGGI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1964 (pronunciato l'8 gennaio 1964 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione)*, Roma, 1964, p. 5; ID., *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1965 (pronunciato il 9 gennaio 1965 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione)*, Roma, 1965, p. 7.

³⁴ La lentezza dipendeva in buona dose dall'«*abuso dei rinvii delle cause e dalle inesauribili eccezioni cogitate dall'ingegno sottile dei difensori*» (F. CIGOLINI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1960 (pronunciato il 7 gennaio 1960 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione)*, Roma, 1960, p. 5).

³⁵ M. COMUCCI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1962 (pronunciato il 10 gennaio 1962 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione)*, Roma, 1962, pp. 28-29. Insisteva per l'aumento degli organici, ribadendo la frequenza con la quale i difensori concordavano i rinvii nei processi civili, di fronte ai quali «*il giudice si trova sostanzialmente disarmato*» anche E. POGGI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1963*, cit., pp. 6-8.

La legge lasciò, tuttavia, aperto il problema delle vacanze (nel 1970 risultavano ancora scoperti quasi 500 posti), convincendo la magistratura – sul cui assetto incidavano le rapide e profonde trasformazioni sociali degli anni Sessanta e poi Settanta, che contribuirono ad acuire la spaccatura tra le alte gerarchie e le nuove generazioni bisognose di maggiori garanzie³⁶ – che più di un aumento dell'organico fosse necessario un adeguamento del numero dei magistrati in servizio a quello previsto dall'ordinamento.

Secondo alcuni, peraltro, i giudici italiani erano addirittura troppi: Giuseppe Maranini, ad esempio, riteneva che il problema dell'inefficienza del sistema non dipendesse dall'insufficienza dei magistrati, bensì dalla mancata attuazione delle garanzie costituzionali relative all'indipendenza della magistratura, tanto da auspicare una riduzione del personale³⁷. Anche alcuni PG misero in dubbio l'insufficienza dell'organico rispetto al numero delle cause, che negli anni Cinquanta aveva rappresentato il principale argomento di dibattito, rilevando come il numero delle sentenze *pro capite* non fosse elevato ed evidenziando come un rendimento «*moderatamente superiore*» avrebbe consentito di smaltire il lavoro arretrato³⁸.

Come rilevato anche dai PG della Cassazione sin dagli anni Cinquan-

³⁶ A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., pp. 310-319.

³⁷ «[...] non posso assistere senza dolore alla folle corsa verso l'espansione degli organici dei magistrati, quando il buon senso dovrebbe suggerire semmai il blocco, e successivamente la graduale riduzione degli organici» (G. MARANINI, *La crisi della giustizia*, cit., p. 234).

³⁸ E. POGGI, *Discorso per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1966 (pronunciato il 12 gennaio 1966 nell'Assemblea Generale della Corte di Cassazione)*, Roma, 1966, p. 9. In occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 1969 (a cui l'ANM non partecipò in segno di protesta contro l'assenza di riforme, cfr. G. MAMMONE, *1945-1969*, cit., p. 51), anche il PG Duni, nel ricondurre la lentezza dei processi alla «*intemperatività delle decisioni*», ammetteva «*che le sentenze dei nostri giudici normalmente sono scrupolose e corrette. Ma esse giungono troppo tardi*» (M. DUNI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1969*, cit., p. 14). Pur rappresentando l'oggetto più frequente dei procedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati, il ritardo nel deposito delle sentenze non fu considerato, nella maggior parte dei casi, disciplinarmente rilevante, proprio per il carico di lavoro degli uffici giudiziari, con cui si giustificavano quasi tutti i magistrati incolpati, cfr. R. BIANCHI RIVA, C. SPACCAPELO, *Eccessiva durata del processo e responsabilità disciplinare dei magistrati: il ritardo nel deposito dei provvedimenti fra storia e attualità*, in *Italian Review of Legal History*, 7, n. 14, 2021, pp. 485-546.

ta, il CSM, nella sua prima relazione al Parlamento, imputava il problema delle vacanze ai concorsi per l'accesso in magistratura – il cui espletamento, peraltro, richiedeva in media più di due anni –, che non consentivano quasi mai di coprire tutti i posti disponibili. Tali esiti erano dovuti soprattutto al trattamento economico inadeguato, che spingeva i giovani più preparati a rivolgersi ad offerte di lavoro più allettanti, soprattutto nel nord Italia³⁹.

Nell'ambito di una più ampia riflessione sull'accesso alle professioni legali, il dibattito si incentrò allora sulla formazione, nell'ottica di reclutare magistrati maggiormente capaci di rispondere alle esigenze della società⁴⁰.

Il problema principale era rappresentato dal tirocinio della durata di almeno due anni che, ai sensi dell'ord. giud. del 1941, l'aspirante magistrato doveva svolgere dopo il superamento del concorso per uditore giudiziario⁴¹. A causa della carenza di personale negli uffici giudiziari, infatti, il CSM disponeva sovente la riduzione del tirocinio fino al periodo minimo di sei mesi come previsto dalla legge 30 maggio 1965, n. 579⁴²: prassi a cui si opposero tutti i PG della Cassazione, in quanto non garantiva un adeguato periodo di formazione⁴³.

³⁹ La provenienza della maggior parte dei candidati dall'Italia centro-meridionale, dove le prospettive di lavoro erano meno favorevoli, causava gravi ripercussioni anche sull'organizzazione degli uffici giudiziari dell'Italia settentrionale a cui venivano assegnati (provocando vacanze o avvicendamenti), cfr. *Realtà sociale e amministrazione della giustizia*, cit., pp. 104-123. Cfr. anche M. DUNI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1969*, cit., p. 16.

⁴⁰ Furono compiuti anche alcuni studi in materia: G. DI FEDERICO, *Il reclutamento dei magistrati*, Roma-Bari, 1967; M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'università (studi-polemiche-raffronti)*, Milano, 1974. Sui problemi della formazione professionale, in gran parte comuni a magistrati e ad avvocati, si rinvia a A. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista*, Torino, 2014; B. PASCIUTA, L. LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, 2018.

⁴¹ Sulla durata del tirocinio, anche nelle più recenti riforme, cfr. M.G. CIVININI, *Reclutamento e formazione iniziale dei magistrati nel D.L. n. 168/2016*, in *Questione giustizia*, 28 settembre 2016.

⁴² *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini. Prime linee di riforma dell'ordinamento giudiziario. Relazione annuale sullo stato della giustizia*, Roma, 1971, pp. 586-587.

⁴³ N. REALE, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1968*, cit., pp. 18-19;

La necessità di «una magistratura nuova perché nata dalla Costituzione; capace di comprendere la complessa realtà del mondo sociale nei suoi traffici e nei suoi rapporti vecchi e nuovi, nell'intenso e dinamico ritmo dei nuovi tecnicismi, nelle necessarie tensioni prodotte dai conflitti di vari interessi, nelle nuove esigenze, infine, imposte dalla generale e diffusa coscienza popolare» esigeva, inoltre, di estendere la formazione del magistrato non solo alle “nuove” discipline necessarie per l'esercizio delle sue funzioni, ma anche ai profili etici della professione, «mediante la consuetudine con i colleghi di maggiore esperienza e la piena conoscenza della deontologia professionale»⁴⁴. Si chiedeva, inoltre, l'eliminazione dell'esame da aggiunto, da svolgere al termine del tirocinio, «inutile e penoso duplicato dell'esame di uditore», ribadendo la necessità di offrire agli aspiranti magistrati appetibili occasioni di carriera, tenuto conto che «i tempi cambiano, ed i giovani di oggi, ben a ragione, considerano con grande interesse, accanto agli ideali, anche le concrete realtà della vita»⁴⁵.

Dalla fine degli anni Sessanta – quando, con l'acuirsi delle tensioni sociali e degli scontri politici, le resistenze delle alte gerarchie tradizionaliste alla spinta democratizzatrice all'interno della magistratura radicalizzarono la contrapposizione con le ali più progressiste⁴⁶ –, nel generale auspicio di una revisione della disciplina del tirocinio (che condusse anche ad alcuni progetti di riforma⁴⁷), si escluse l'opportunità di nuovi aumenti di organico. Considerati i problemi di reclutamento, nel 1970, il PG Gae-

G. SCARPELLO, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1970*, cit., p. 20. La prassi continuò anche dopo che l'esame di aggiunto fu abolito (legge 25 maggio 1970, n. 357) e la figura dell'aggiunto soppressa (legge 2 aprile 1979, n. 97): cfr. M. STELLA RICHTER, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1974*, Roma, 1974, p. 23; A. FERRATI, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1980. Assemblea Generale del 9 gennaio*, Roma, 1980, p. 29.

⁴⁴ U. GUARNERA, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1973*, Roma, 1973, pp. 15-16.

⁴⁵ M. DUNI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1969*, cit., p. 16.

⁴⁶ E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., pp. 109-170.

⁴⁷ N. REALE, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1968*, cit., p. 19 (con riferimento alla proposta dell'UMI); G. SCARPELLO, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1970*, Roma, 1970, p. 14 (con riferimento ai lavori della Commissione referente per lo studio della riforma dell'amministrazione giudiziaria presso il CSM).

tano Scarpello – convinto della necessità di formare «*un corpo di giudici preparati, rispondente alle esigenze del nostro tempo*» – riteneva che un incremento del personale non avrebbe garantito una seria selezione⁴⁸. D'altra parte, che non fosse necessario aumentare l'organico sembrava trovare conferma anche nel confronto con la situazione di altri Paesi europei, come lasciava intendere nel 1971 il PG Ugo Guarnera, il quale, nel puntare il dito sull'assegnazione dei magistrati ad attività extragiudiziarie, considerava l'attuale numero dei magistrati sufficiente «*per realizzare in pieno gli scopi della giustizia*»⁴⁹.

Dopo che nel 1973, in connessione con la riforma del rito del lavoro, vi fu un nuovo aumento, che portò l'organico a oltre 7000 unità⁵⁰, PG e CSM concordarono sul fatto che il rimedio alle disfunzioni della giustizia non fosse l'aumento dell'organico: tale soluzione non avrebbe garantito la qualità dei magistrati⁵¹.

Il CSM – la cui maggiore rappresentatività, grazie alla modifica del sistema elettorale, gli conferì un nuovo ruolo sul piano delle proposte in tema di giustizia⁵² – ribadì la necessità di una riforma del sistema di reclutamento e di formazione dei magistrati. Di fronte a tale sistema – risalente all'ord. giud. del 1941 e fondato ancora su una concezione burocratica della magistratura, non più rispondente al suo ruolo nel contesto co-

⁴⁸ G. SCARPELLO, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1970*, cit., p. 15.

⁴⁹ U. GUARNERA, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1971*, Roma, 1971, p. 24.

⁵⁰ Con la legge 11 agosto 1973, n. 533, al fine di sopperire alle esigenze derivanti dall'introduzione del rito del lavoro, l'organico della magistratura fu aumentato di 300 unità.

⁵¹ Colli riteneva, inoltre, che un incremento dell'organico avrebbe reso difficile assicurare l'uniforme interpretazione della legge, cfr. G. COLLI, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1976. Assemblea Generale del 3 gennaio 1976*, Roma, 1976, pp. 10-11. Anche MD, in occasione del XIII Congresso dell'ANM (nel quale, pur nella diversità di posizioni delle varie correnti associative, la magistratura si esprime sulla indifferibilità di interventi di riforma), riteneva che l'aumento dell'organico avrebbe diminuito la professionalità dei magistrati, cfr. *Strutture giudiziarie e politica delle riforme*, in *Quale giustizia*, 1977, p. 53.

⁵² E. BRUTI LIBERATI, L. PEPINO, *Autogoverno o controllo della magistratura?*, cit., pp. 52-64.

stituzionale – si imponeva una modifica del concorso (affinché non verificasse solo la preparazione giuridica del candidato, ma anche le sue attitudini allo svolgimento della funzione) e del tirocinio (che, nonostante a metà degli anni Settanta fosse stato riformato per impulso del CSM, richiedeva ulteriori miglioramenti per garantire maggiore «serietà» nel reclutamento)⁵³.

Il discorso sull'aumento dell'organico della magistratura tra anni Sessanta e Settanta coinvolse, peraltro, due questioni che non possono essere trascurate.

Da un lato, occorre tenere presente che, nel 1965, erano entrate in servizio per la prima volta, dopo la loro formale ammissione nel 1963, le donne, il cui numero aumentò costantemente nei decenni successivi⁵⁴. Il loro ingresso in magistratura era passato sotto silenzio nei discorsi dei PG, salvo un accenno, nel 1981, per rilevare sì che esse avevano avuto «benefici effetti» sull'organico, avendo consentito di «ampliare il campo di reclutamento dei magistrati» (anche visti gli ottimi risultati nei concorsi), ma anche per esprimere la preoccupazione che i congedi di maternità costituissero un «intralcio nella regolare trattazione degli affari»⁵⁵.

Dall'altro, non si può sottacere che, sin dall'età liberale, si era fatto massiccio ricorso alla magistratura onoraria con finalità deflattive. I magi-

⁵³ *L'adeguamento dell'ordinamento giudiziario ai principi costituzionali e alle esigenze della società. Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia 1976*, Roma, 1976, pp. 111-138.

⁵⁴ Legge 9 febbraio 1963, n. 66 (sollecitata da Corte cost. n. 33 del 1960). Sull'ammissione delle donne in magistratura: C. LATINI, *Quaeta non moveat. L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione: un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana*, in *Giornale di storia costituzionale*, 27, 2014, pp. 143-162; *I primi 50 anni delle donne in magistratura: quali prospettive per il futuro. La violenza di genere nella società attuale*, Roma, 2014 (Quaderni del CSM, 162); G. LUCCIOLI, *La presenza delle donne nella magistratura italiana*, in *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., pp. 101-105; F. TACCHI, *Eva togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità a oggi*, Torino, 2009. Sulla parità di genere nella magistratura e nel CSM, cfr. M. D'AMICO, C.M. LENDARO, C. SICCARDI (a cura di), *Eguaglianza di genere in magistratura. Quanto ancora dobbiamo aspettare?*, Milano, 2017.

⁵⁵ A. FERRATI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1980. Assemblea generale del 2 gennaio 1981*, Roma, 1981, p. 20.

strati non di carriera – sia che fosse loro attribuita una specifica competenza (conciliatori) sia che svolgessero compiti di supplenza dei giudici professionali (vice pretori onorari) – avevano consentito di alleggerire il carico di lavoro dei giudici togati, ovviando (a basso costo) alla carenza di organico e contribuendo in maniera decisiva al funzionamento del sistema giudiziario⁵⁶. Nell’ambito delle polemiche sulle condizioni dei magistrati onorari, emerse proprio tra anni Sessanta e Settanta, il PG Scarpello reputava, tuttavia, non «*realistico sperare che la difficoltà del reclutamento possa essere superata facendo ricorso agli onorari*», confidando nel «*reperimento di un cospicuo numero di persone, disposte ad assumersi l’onere di una funzione impegnativa senza l’incentivo di una adeguata retribuzione*»⁵⁷.

2.3. *Anni Ottanta e Novanta (fino al nuovo millennio): dalla crisi della giustizia alla crisi della magistratura.*

Di fronte ai sempre più insistenti attacchi rivolti alla magistratura e al CSM da parte della politica e della società⁵⁸ – che facevano leva proprio sull’inefficienza del sistema giudiziario –, tra anni Ottanta e Novanta il tema fu (nuovamente) ricondotto alla questione dell’indipendenza del magistrato. La crisi della giustizia si trasformò in crisi della magistratura, a cui essa, nelle sue diverse componenti, reagì fermamente, difendendo il proprio ruolo.

Il costante aumento della domanda di giustizia, dovuto anche all’espansione della sfera dei diritti tutelabili⁵⁹ – a cui si riusciva a far fronte, come fu sottolineato in risposta alle critiche, solo grazie all’abnegazione

⁵⁶ F. RUSSO, *Breve storia degli extranei nella magistratura italiana. Giudici onorari, avvocati e professori universitari immessi nella magistratura dall’Unità d’Italia al d.lgs. 13 luglio 2017 n. 116*, Roma, 2019.

⁵⁷ G. SCARPELLO, *Relazione per l’inaugurazione dell’Anno giudiziario 1970*, cit., p. 21.

⁵⁸ E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., pp. 188-198.

⁵⁹ C.M. PRATIS, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 1986. Roma, 13 gennaio 1987*, Roma, 1987, p. 30. Ritiene che la crisi della giustizia civile, intesa quale «*scarto*» tra i diritti tutelabili e la loro tutela si estenda a tutte le società occidentali, nell’ambito del fenomeno del «*declino del welfare state*» V. DENTI, *Riflessioni sulla crisi della giustizia civile*, in *Foro it.*, 1985, cc. 341-352.

della maggior parte dei magistrati⁶⁰ –, rendeva urgente risolvere il problema dell'organico, che, come si è visto, non poteva essere disgiunto da quello relativo alla formazione, in base alla convinzione, espressa dal CSM, che «*la professionalità deve essere vista come un momento di legittimazione della indipendenza istituzionale del magistrato*»⁶¹.

Si ribadì, innanzitutto, la validità del concorso (pur auspicandone una riduzione dei tempi) per assicurare la professionalità richiesta dall'esercizio della funzione giurisdizionale; furono, invece, escluse forme di reclutamento straordinario che erano state proposte (come, ad esempio, l'assunzione dei vice pretori onorari) e che, tuttavia, non assicuravano l'imparzialità nell'accesso. Il tirocinio doveva garantire una preparazione generica (anche per evitare la separazione delle carriere) e riguardare, oltre ai profili giuridici, anche quelli morali⁶²: nel 1982, ad esempio, il PG Sofo Borghese riconduceva le disfunzioni dell'apparato giudiziario a «*problemi di procedura, di ordinamento giudiziario e – a monte – di deontologia professionale*» e, come era già stato evidenziato negli anni Settanta, riteneva necessario educare all'indipendenza, la quale «*prima che nella legge, deve essere nella coscienza di ogni giudice, come suo principale dovere professionale, profondamente sentito e vissuto*»⁶³.

L'abolizione dei concorsi nel sistema di carriera (che restava, quindi,

⁶⁰ G. TAMBURRINO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1982. Roma, 7 gennaio 1983*, Roma, 1983, p. 25. In risposta alle critiche di rilassatezza rivolte alla magistratura, Tamburrino rilevava che la produttività dei giudici era progressivamente aumentata, cfr. ID., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1983. Roma, 10 gennaio 1984*, Roma, 1984, p. 23.

⁶¹ Cfr. l'intervento di E. BRUTI LIBERATI in *Il ruolo e l'attività del C.S.M. Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia 1985*, Roma, 1986 (Quaderni del CSM, 2), pp. 209-253 (p. 222).

⁶² *Ibidem*, pp. 221-222.

⁶³ Il tirocinio doveva svolgersi preferibilmente presso organi collegiali «*dove la camera di consiglio, se fatta bene [...] è scuola insostituibile di preparazione alla funzione giurisdizionale del giudice unico*», cfr. S. BORGHESE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1981. Roma, 7 gennaio 1982*, Roma, 1982, pp. 9-14. Su tale profilo, cfr. C. CECCHETTI, *Sistema penalistico e formazione professionale del giudice*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Insegnare diritto penale e processuale penale oggi. Che cosa, perché, come*, Pisa, 2019, pp. 229-236.

fondato sull'anzianità)⁶⁴ evidenziò, inoltre, la necessità di curare anche la formazione permanente dei magistrati, mediante l'organizzazione di corsi di aggiornamento⁶⁵.

In assenza di una riforma del sistema di accesso e di formazione – che fu, quindi, lasciato alla gestione del CSM⁶⁶ –, un aumento dell'organico appariva ancora sconsigliabile.

Mentre, nell'ambito di un aspro confronto tra politica e magistratura, divampava il dibattito sulla responsabilità civile dei giudici⁶⁷, il PG Carlo Maria Pratis prendeva atto della diminuzione del livello di consenso nei confronti dei giudici e, nel ribadire l'insufficienza dell'organico (anche a causa delle vacanze che si aggiravano intorno al 10%), suggeriva di istituire giudici onorari, largamente diffusi anche in altri Paesi – ove, per inciso, si contava un numero di magistrati professionali di gran lunga inferiore –, che avrebbero permesso di «raggiungere un duplice risultato: ridare funzionalità ed efficienza al sistema giudiziario, consentendo alla magistratura professionale di concentrare le proprie energie nel settore penale e nei processi civili di maggior rilievo; soddisfare la domanda di giustizia cosiddetta minore, attualmente scoraggiata dagli alti costi del processo e dalla lunga durata delle cause»⁶⁸.

⁶⁴ Il sistema delle promozioni delineato dall'ord. giud. del 1941 non solo risultava fortemente lesivo dell'indipendenza dei magistrati, ma dava anche origine a problemi di ordine organizzativo (scoraggiando, da un lato, l'assunzione delle funzioni requirenti, che fornivano in genere meno titoli per concorrere, e favorendo, dall'altro, l'assegnazione al settore civile, tradizionalmente valutato meglio), cfr. M. COMUCCI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1962*, cit., p. 23; E. POGGI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1963*, cit., p. 10. La legge n. 1/1963 riformò il sistema dei concorsi assicurando maggiore parità di trattamento. Successivamente, i concorsi furono aboliti dalla legge 25 luglio 1966, n. 570 per i consiglieri d'appello (la c.d. legge Breganze) e per i consiglieri di cassazione dalla legge 20 dicembre 1973, n. 831 (la c.d. legge Breganzone), cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., pp. 318-319.

⁶⁵ *Il ruolo e l'attività del C.S.M.*, cit., p. 222.

⁶⁶ E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., p. 197.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 207-210. Sulla responsabilità civile del magistrato, cfr. F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato, nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in *www.rivistaaic.it*, 3 novembre 2007, pp. 7-15.

⁶⁸ C.M. PRATIS, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1986*, cit., pp. 35-37.

Mentre nel civile – che negli anni dell'emergenza terroristica e mafiosa aveva visto sottrarsi le (già di per sé scarse) risorse destinate all'amministrazione della giustizia in favore del settore penale⁶⁹ – si lamentavano le carenze del sistema «*in una sorta di stanco e ripetitivo rituale*»⁷⁰, l'introduzione del nuovo c.p.p. nel 1989 rese indifferibile aumentare l'organico della magistratura, che, eccettuato un limitato incremento nel 1981⁷¹, era rimasto sostanzialmente invariato dal 1973.

Nel 1989 fu disposto un incremento di oltre 1000 unità⁷², quantunque, anche in considerazione della difficoltà di espletare a breve i concorsi, si consigliasse anche l'istituzione di una nuova figura di giudice onorario – che sostituisse quella, ormai superata, del conciliatore⁷³ – competente per le cause di minore importanza, come proposto ormai da anni⁷⁴.

⁶⁹I. STRANIERO, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1979. Assemblea Generale del 6 gennaio 1979*, Roma, 1979, p. 25. Per alleggerire il carico dei processi civili, nel 1988, il CSM abbandonò la disposizione che imponeva di destinare al penale almeno la metà degli organici, cfr. *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1986-1990)*, Roma, 1990 (Quaderni del CSM, 36), p. 34.

⁷⁰V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1988. Roma, 10 gennaio 1989*, Roma, 1989, p. 20.

⁷¹La legge 19 febbraio 1981, n. 27 aumentò l'organico di 150 unità.

⁷²Legge 3 febbraio 1989, n. 32; legge 25 luglio 1989, n. 261, a cui si aggiunse un ulteriore aumento di 100 unità in occasione dell'istituzione della Direzione nazionale antimafia (d.l. 20 novembre 1991, n. 367).

⁷³D. FREDA, *Il mito ricorrente del giudice di pace: dal justice of the peace inglese al conciliatore post-unitario*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2016, pp. 1292-1305.

⁷⁴Tale difficoltà indusse nuovamente a chiedersi se mantenere fermo il sistema ordinario del concorso, con alcuni correttivi volti ad assicurare maggiore celerità, ovvero se introdurre forme straordinarie di reclutamento, che, tuttavia, ponevano notevoli dubbi di costituzionalità in relazione all'art. 106 Cost., cfr. *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1986-1990)*, cit., p. 92 e V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1989. Roma, 10 gennaio 1990*, Roma, 1990, p. 8. Come si rilevò nel XX Congresso dell'ANM del 1989, l'introduzione di forme di selezione diverse dal concorso costituiva un «colpo mortale e definitivo alla credibilità della giustizia», cfr. R. BERTONI, *La giustizia per il cittadino: professionalità, indipendenza, responsabilità dei magistrati e Consiglio superiore della magistratura. XX Congresso nazionale. Perugia, 6-9 dicembre 1989*, in *Cento anni di associazione*, cit., p. 150. Anche in occasione del XXI Congresso del 1991 si ribadì la necessità di una «seria riforma del reclutamento dei magistrati,

In mancanza di idonei interventi, negli anni successivi all'entrata in vigore del nuovo c.p.p., le carenze di risorse umane e materiali, divenute ormai croniche, contribuirono a frustrare gli obiettivi della riforma⁷⁵: se, da un lato, si evidenziavano le difficoltà operative nelle procure, i cui organici non riuscivano ad esaurire le istruttorie nei termini previsti, dall'altro, anche i dibattimenti procedevano a rilento, a causa delle esigenze dell'oralità imposte dal nuovo codice, tanto più che l'auspicato ricorso ai riti alternativi risultò disatteso nella prassi⁷⁶.

Se tale era la situazione nel ramo penale, nel civile, ove la legge 26 novembre 1990, n. 353 aveva snellito il procedimento per accelerare i tempi della giustizia, il continuo aumento delle pendenze e il conseguente prolungamento della durata dei processi – soprattutto nelle preture e nei tribunali, sui quali, nell'attesa dell'entrata in vigore della legge istitutiva del giudice di pace (nel frattempo approvata), continuava a gravare la maggior parte del contenzioso – aveva ormai raggiunto limiti intollerabili⁷⁷.

Nel 1992 il CSM propose, in parallelo a una revisione delle circoscrizioni giudiziarie⁷⁸, un aumento di circa 400 unità (in parte assorbite dal recupero derivante dalla soppressione di diversi uffici)⁷⁹.

Nel 1993 seguì l'ennesimo aumento dell'organico⁸⁰, che tuttavia non produsse miglioramenti. Nel penale, particolarmente preoccupante risul-

che deve rimanere caratterizzata da un'unica forma di concorso», cfr. XXI Congresso nazionale. Vasto, 7-9 giugno 1991. Mozione conclusiva, ibidem, pp. 157-160.

⁷⁵ V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1994. Roma, 12 gennaio 1995*, Roma, 1995, p. 6.

⁷⁶ V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1991. Roma, 9 gennaio 1992*, Roma, 1992, pp. 5-6; ID., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1992. Roma, 13 gennaio 1993*, Roma, 1993, p. 7.

⁷⁷ V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1992. Roma, 13 gennaio 1993*, Roma, 1993, p. 23. L'entrata in vigore della legge 21 novembre 1991, n. 374, istitutiva del giudice di pace (così come quella della legge 26 novembre 1990, n. 353), fu differita per consentire l'organizzazione degli uffici.

⁷⁸ *Infra*, § 3.3.

⁷⁹ *Relazione riguardante uno studio sul possibile ampliamento dell'organico in magistratura*, Roma, 1993 (Quaderni del CSM, 62).

⁸⁰ La legge 9 agosto 1993, n. 295 aumentò il personale della magistratura di 600 unità.

tava la situazione degli organi giudicanti, che, a seguito dell'entrata in vigore del c.p.p., erano stati potenziati in misura inferiore rispetto agli uffici requiranti e che, incapaci di reggere l'afflusso di lavoro proveniente dalle procure, determinavano forti ritardi nella fissazione dei dibattimenti⁸¹. Anche la giustizia civile era ormai alla "paralisi", come si ripeteva spesso, quantunque l'avvenuta introduzione dei giudici di pace avesse dato esiti positivi (nonostante le perplessità sollevate in ordine alla loro capacità professionale). L'attesa riforma del giudice unico di primo grado avrebbe, poi, consentito un recupero del personale⁸², sebbene la sua istituzione incontrasse difficoltà analoghe a quelle relative all'adeguamento delle strutture richieste dalla riforma del rito penale⁸³.

Risultava evidente che il problema dell'incremento del lavoro giudiziario non potesse essere risolto soltanto mediante un aumento dei magistrati⁸⁴, la cui necessità continuava, peraltro, a scontrarsi con quella di assicurare una loro adeguata selezione. Non si può sottacere, in proposito, che al reclutamento e alla formazione fu dedicata la *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia per l'anno 1994*, che, oltre ad auspicare una riforma degli studi universitari in senso professionalizzante, propose l'istituzione di corsi di formazione per magistrati e avvocati⁸⁵; negli anni suc-

⁸¹ V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1994*, cit., p. 10. Nella fase dibattimentale si annidavano le cause dei ritardi nei processi penali: F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1995*, Roma, 18 gennaio 1996, Roma, 1996, p. 42; ID., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1997*, Roma, 10 gennaio 1998, Roma, 1998, p. 42.

⁸² Il giudice unico sarebbe stato istituito con d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51.

⁸³ F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1997*, cit., p. 45.

⁸⁴ *Giudice unico di primo grado e revisione della geografia giudiziaria. Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1996)* (Quaderni del CSM, 91), Roma, 1996, pp. 10-11.

⁸⁵ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia per l'anno 1994. Reclutamento e formazione professionale dei magistrati*, Roma, 1994 (Quaderni del CSM, 68). Il dibattito sulla formazione aveva lasciata aperta la scelta tra il modello tedesco (che prevede una formazione comune per avvocati e magistrati con scuole di specializzazione per le professioni legali, la cui realizzazione, in Italia, era ritenuta difficoltosa, a causa dell'elevato numero di aspiranti alla professione forense) e l'esempio francese (mediante l'istituzione

cessivi – anche a seguito dell’istituzione, nel 1997, delle scuole di specializzazione delle professioni legali, che ponevano notevoli problemi di coordinamento tra il mondo accademico e quello professionale –, il tema divenne oggetto di crescente attenzione da parte del CSM, alla continua ricerca di un sistema di reclutamento in grado di soddisfare le esigenze dell’organico⁸⁶.

Anche i PG, del resto, dimostrarono particolare sensibilità in materia. Se nel 1995, SgROI sconsigliava un ulteriore aumento dell’organico con il consueto argomento dell’abbassamento del livello professionale della magistratura (optando per un più razionale impiego delle risorse disponibili, mediante una revisione degli incarichi extragiudiziari dei magistrati)⁸⁷, nella seconda metà degli anni Novanta, il collega Ferdinando Zucconi Galli Fonseca ribadiva la necessità di un più rigoroso controllo sulla professionalità della magistratura che si esprimesse in un severo reclutamento, in una costante valutazione della loro attività e in una puntuale regolamentazione della loro responsabilità disciplinare⁸⁸. Quanto al sistema di accesso, egli lo riteneva insufficiente, caldeggiando l’istituzione di una scuola di formazione post-universitaria per avvocati e magistrati, «*nella quale – cosa della massima importanza – in loro si possa formare un comune*

di una scuola per la magistratura gestita dal CSM), cfr. *Il ruolo e l’attività del C.S.M.*, cit., pp. 221-223.

⁸⁶ *Università e professioni legali: reclutamento, accesso e formazione*, Roma, 2002 (Quaderni del CSM, 127); *Formazione e professioni legali*, Roma, 2003 (Quaderni del CSM, 137); *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (2003). Formazione per l’accesso in magistratura e formazione professionale dei magistrati*, Roma, 2004 (Quaderni del CSM, 142).

⁸⁷ V. SGROI, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 1994*, cit., p. 8, che auspicava un’abbreviazione dei tempi dei concorsi, introducendo ad es. una preselezione, ma escludeva il ricorso ad assunzioni straordinarie.

⁸⁸ Sul sistema di responsabilità disciplinare dei magistrati precedente alla riforma Castelli, cfr. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 30, 1975, pp. 416-453; V. MELE, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 1983; N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *www.rivistaaic.it*, 8 novembre 2004; F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006; F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell’ordinamento italiano*, cit., pp. 7-15; S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, Milano, 2013, pp. 1-17.

substrato di conoscenze professionali e una comune consapevolezza dei valori istituzionali al cui servizio agiranno»⁸⁹, auspicabile per ridurre il divario che si era venuto a creare nel corso degli anni Settanta e Ottanta tra magistratura e avvocatura⁹⁰. Il tema della formazione dei magistrati consentì, peraltro, al PG di affrontare anche quello, particolarmente dibattuto a margine della riforma del processo penale, relativo alla separazione delle carriere: se, da un lato, la carriera unica rischiava di pregiudicare la parità delle parti nel processo, a causa «*della colleganza, della contiguità, della solidarietà di corpo*» fra pubblici ministeri e giudici, dall'altro la separazione poteva comportare «*la pericolosa creazione di un potente corpo separato dei pubblici ministeri, svincolato dall'obbligo di ricercare imparzialmente la verità*». Secondo il PG, solo al termine di un tirocinio comune finalizzato a «*consolidare i pubblici ministeri nello spirito di imparzialità e di equilibrio richiesti dalla loro funzione*», si sarebbe potuto valutare, nell'ambito di una riforma costituzionale del PM volta a garantirne l'indipendenza, l'opportunità di separare le carriere⁹¹.

Le riforme del processo civile e penale, in assenza di personale sufficiente ad assicurarne adeguata attuazione, dunque, evidenziarono nuovamente l'esigenza di potenziare la formazione professionale, quale presupposto del corretto e sollecito servizio-giustizia⁹²; di essa, come si è visto, si

⁸⁹ F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1995*, cit., p. 14; ID., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1996. Roma, 10 gennaio 1997*, Roma, 1997, pp. 20-23; ID., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1997*, cit., p. 16.

⁹⁰ Sui rapporti tra avvocati e magistrati nel periodo considerato e sulle loro ricadute sul tema della formazione, cfr. R. BIANCHI RIVA, *Il dibattito sulla formazione degli avvocati nella seconda metà del Novecento*, in *Insegnare diritto penale e processuale penale oggi*, cit., pp. 107-122 (in part. 119-121); EAD., *Verso il codice deontologico forense. L'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, in *Historia et ius*, 17/2020, paper 13, in part. pp. 39-43.

⁹¹ F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1995*, cit., p. 15; ID., *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1997*, cit., pp. 17-18.

⁹² Evidenza che il tema della formazione è «*assolutamente basilare, ricco di molte sfaccettature e di ancor più numerose implicazioni, dal quale in larga misura dipende se il tanto parlare che si fa di diritti, di tutele e di garanzie è destinato a restare sul piano dell'astratta*

era fatto interprete il CSM, che, già a partire dagli anni Settanta, aveva dato vita a numerose iniziative volte alla preparazione degli aspiranti magistrati e all'aggiornamento di quelli in servizio⁹³.

Negli ultimi vent'anni – anche dopo la riforma del 2005-2007 che ha inciso su diversi profili dell'ordinamento giudiziario (tra cui l'accesso e la formazione), nell'ambito di una ridefinizione dei rapporti tra magistratura e governo – la situazione non è, nella sostanza, mutata: la durata dei processi risulta ancora non adeguata ai parametri fissati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per il rispetto del principio del giusto processo, esponendo sovente l'Italia alla condanna della Corte⁹⁴.

Gli aumenti di personale disposti negli ultimi anni hanno portato a oltre 10700 il numero complessivo dei magistrati italiani. Quelli in servizio sono attualmente poco più di 9000. L'apporto della magistratura onoraria – oggetto di una complessiva riforma nel 2016 – al funzionamento del sistema giudiziario resta rilevante⁹⁵.

affermazione di principio oppure è in grado di calarsi davvero nella realtà quotidiana del nostro agire» l'editoriale di R. RORDORF, in *Questione giustizia*, 1/2016 (numero monografico dedicato a *Formazione giudiziaria: bilancio e prospettive*). Più di recente, L. BALESTRA, *L'anelata giustizia tra istanze di rinnovamento e formazione dei magistrati*, in *Corr. giur.*, 1, 2021, pp. 5-8 pone al centro del discorso sull'efficienza della giustizia la formazione del magistrato «*intesa non già semplicisticamente come preparazione dal punto di vista della conoscenza dell'ordinamento giuridico, bensì, in senso più alto, come capacità di esercitare la funzione di magistrato a tutto tondo*».

⁹³ V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1987*. Roma, 12 gennaio 1988, Roma, 1988, p. 14; A. LA TORRE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1998*. Roma, 9 gennaio 1999, Roma, 1999, pp. 25-26. Con il d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 26, dopo un lungo dibattito, è stata istituita la Scuola superiore della magistratura.

⁹⁴ G. MAMMONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019*. Roma, 31 gennaio 2020, p. 20. Sulla riforma dell'ord. giud., del 1941, di cui alla legge delega 25 luglio 2005, n. 150 (la c.d. riforma Castelli) e sui successivi interventi del ministro Mastella, cfr. M.G. CIVININI, A. PROTO PISANI, G. SALMÈ, G. SCARSELLI, *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella*, in *Foro it.*, 2007, cc. 12-19; F. DAL CANTO, *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2017, pp. 671-702.

⁹⁵ P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2020*. Roma, 29 gennaio 2021, pp. 15-16. Cfr. la legge 28 aprile 2016, n. 57, che delega al governo la riforma organica dell'ordinamento dei magistrati onorari.

La questione dell'insufficienza numerica dei magistrati resta, dunque, al centro del dibattito sulle disfunzioni dell'amministrazione della giustizia⁹⁶, nel difficile bilanciamento tra soddisfacimento di esigenze quantitative e realizzazione di *standard* qualitativi.

3. Le strutture.

3.1. *Anni Cinquanta e Sessanta: geografia giudiziaria, disfunzioni e crisi del sistema.*

Nella relazione per l'apertura dell'anno giudiziario 1954, il PG Ernesto Eula osserva che il processo «è come un lento fiume, talvolta tortuoso, che si svolge attraverso un lungo percorso, del quale la fase di Cassazione rappresenta la foce. Fra questa ultima fase e quella iniziale, della sorgente, rappresentata dallo affluire delle citazioni o delle denunce, decorre gran lasso di tempo; che normalmente, attraverso i vari gradi, è di anni»⁹⁷.

Sulle «varie cause» delle lunghe attese a cui sono sottoposti i cittadini bisognosi di giustizia si sofferma, pochi anni più tardi, il collega Francesco Cigolini, che punta il dito contro la «complessità delle nostre procedure», l'«insufficienza dei magistrati e dei funzionari», l'«abuso dei rinvii delle cause», le «inesauribili eccezioni escogitate dall'ingegno sottile dei difensori»⁹⁸. Dei mali qui menzionati, nelle relazioni lette in Cassazione la parte del leone è sicuramente rappresentata dalla carenza d'organico, tema sempre attuale quando si parla di giustizia e della percezione generale sul suo operato, che tange, per così dire, altri due problemi: l'inefficienza delle strutture e la c.d. geografia giudiziaria, ossia la distribuzione degli uffici sul territorio nazionale⁹⁹.

⁹⁶ M. MODENA, *Giustizia civile. Le ragioni di una crisi*, Roma, 2019.

⁹⁷ E. EULA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1954*, cit., p. 13. Su Ernesto Eula cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 268, nt. 89. Per un inquadramento generale su magistratura e anni Cinquanta, cfr. G. FIORUCCI, *Cronache della magistratura. Dall'ordinamento giudiziario del 1941 alla istituzione del Consiglio superiore della magistratura*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 15, 1972, pp. 66-87.

⁹⁸ F. CIGOLINI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1960*, cit., p. 5.

⁹⁹ Sul punto si rinvia a M. CORRER, *Il riordino della geografia giudiziaria: appunti per un inquadramento costituzionale delle riforme di circondari e distretti*, in *federalismi.it*, 3

Oggi, come noto, nonostante un buon coefficiente di smaltimento (c.d. *clearance rate*), la magistratura italiana è numericamente inferiore alla media europea e l'organigramma sconta una percentuale di scopertura che si aggira intorno al dodici per cento¹⁰⁰, ma si tratta di questione niente affatto nuova, nei cui confronti, come si è visto¹⁰¹, almeno durante gli anni immediatamente successivi al ritorno dell'ordine democratico, si invocano esclusivamente interventi "a senso unico". Sull'incremento delle forze insistono infatti tutte le relazioni tra 1949 e 1954, e in particolare quella dell'avvocato generale Antonio Macaluso, incaricato della relazione del 1953, che *expressis verbis* ricollega le carenze di organico agli «effetti dannosi» sulla «fiducia che il popolo deve avere nella giustizia»¹⁰².

Con la seconda metà degli anni Cinquanta, poi, si fa strada la convinzione – molto probabilmente dettata dalla consapevolezza che il nuovo ordine non possa risolvere le «*perduranti, e anzi sempre più gravi, difficoltà in cui si svolge l'amministrazione della giustizia*» – che l'aumento dell'organico non escluda una sua più razionale allocazione: così, nell'impossibilità di pensare ad un «aumento complessivo dell'organico», Antonio Manca (siamo nel 1955) ritiene urgente procedere «ad una distribuzione del

maggio 2017, con una ricostruzione storica della geografia giudiziaria italiana ai §§ 3 e 4, pp. 6-14.

¹⁰⁰ Cfr. P. CURZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia in Italia nell'anno 2020. Roma, 29 gennaio 2021*, p. 16. Nel rapporto *Efficiency and quality of justice in Europe* del 2020 (<https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc058>), la Commissione per l'efficienza della giustizia presso il Consiglio d'Europa (CEPEJ) ha rilevato che in Italia (pp. 50-51) operano 11,6 magistrati ogni 100.000 abitanti, cioè poco più della metà della media europea (21) e in ogni caso sensibilmente inferiore rispetto alla mediana (17,7), che comprende anche i Paesi non membri UE (i dati si riferiscono al 2018).

¹⁰¹ *Supra*, § 2.1. Per ulteriori riferimenti bibliografici sul tema delle strutture si rinvia a F. VENTURINI, *Vecchi e nuovi studi sulle magistrature*, cit., pp. 124-128.

¹⁰² «Occorre provvedere, e provvedere una buona volta radicalmente» (G. MIRAULO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1949*, cit., p. 5, ma vedi anche ID., *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1950*, cit., in part. pp. 7 e 8, e ID., *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1951*, cit., pp. 3-4. Cfr. anche A. AZARA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1952*, cit., p. 26; E. EULA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1954*, cit., p. 11, e G. MACALUSO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1953*, cit., pp. 25-26, da cui le citazioni nel testo).

personale più corrispondente alle esigenze dei vari uffici»¹⁰³ attraverso la revisione delle piante organiche, la cui configurazione – tra distretti gravati di vertenze (in genere le grandi sedi) e altre circoscrizioni «*di minore importanza*» assai meno oberate di lavoro¹⁰⁴ – era considerata, del pari a oggi, assai poco razionale¹⁰⁵.

Giunti negli anni Sessanta, mentre rimangono isolate le voci di chi, come il PG Mario Comucci, ritiene insufficiente la revisione delle piante di fronte al «*soverchiante carico di lavoro*», «*specie nei grandi centri*», e confida solamente nell'aumento dei ruoli¹⁰⁶, l'attenzione generale si indirizza alla ricerca di soluzioni per rendere funzionale una distribuzione dei magistrati la cui irrazionalità viene ormai considerata come «*la causa fondamentale della disfunzione giudiziaria*». È questa la premessa del discorso di Giuseppe Saragat al CSM, del 14 luglio 1966: la disfunzione, eziologicamente collegabile al più ampio contesto di crisi, impedisce «*di rendere giustizia ai cittadini, assicurando ad essi decisioni rapide e certezza del diritto*» e richiede, al di là delle impossibili «*soluzioni globali immediate e miracolistiche*»¹⁰⁷, l'adozione tempestiva di misure ragionate che correggano,

¹⁰³ A. MANCA, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1955*, cit., pp. 9-10.

¹⁰⁴ Cfr. ID., *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1956*, cit., p. 20, e D. PAFUNDI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1958*, cit., p. 19, a cui si devono le citazioni nel testo.

¹⁰⁵ Il sistema si reggeva sull'ord. giud. del 1941, che era intervenuto, ampliando gli uffici, sulla precedente normativa fascista di riordino delle sedi e del personale (in particolare il r.d. 30 dicembre 1923 n. 2786 e il r.d. 24 marzo 1923 n. 601, che aveva accorpato le preture). Cfr. M. SAIJA, *Le circoscrizioni giudiziarie italiane dall'unità alla Repubblica*, Messina, 1992 e A. MENICONI, *Note sul sistema delle circoscrizioni giudiziarie*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, pp. 183-200.

¹⁰⁶ Accanto ai posti vacanti, Mario Comucci segnala, nei distretti giudiziari di maggior dimensione, il preoccupante carico dei processi in istruttoria, «*che superano i 400, i 500 e (in qualche sezione del tribunale di Roma) persino i 750 per ciascun [ruolo]*». Di fronte a tale dato, gli paiono vani la soppressione degli uffici «*inoperosi*» e il richiamo dei magistrati distaccati presso i ministeri o gli uffici amministrativi (M. COMUCCI, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1962*, cit., pp. 28-29).

¹⁰⁷ G. SARAGAT, *Sulla disfunzione della giustizia, 14 luglio 1966*, in R. GALLINARI (a cura di), *Discorsi e messaggi del presidente della Repubblica Giuseppe Saragat*, Roma, 2005, pp. 103-112, in part. pp. 109-110.

in attesa dei nuovi, necessari reclutamenti, le discrasie del sistema.

Sulla scia del monito del Presidente della Repubblica ad agire nei limiti del possibile, nelle relazioni degli anni seguenti i PG della Cassazione ribadiscono, da un lato, la necessità di «*ridurre il numero dei magistrati negli uffici di minor lavoro, per rafforzare quelli in cui il lavoro è maggiore*»¹⁰⁸, e stigmatizzano, dall'altro lato, l'«*inesistente, in linea di massima, specializzazione*», potenzialmente assai vantaggiosa «*per la rapidità dei servizi e la precisione dei risultati*»¹⁰⁹.

Accanto ai rilievi sulle disfunzioni delle piante organiche per quanto attiene ai profili di sede e di funzione, a preoccupare i PG è un particolare aspetto del sistema di reclutamento e di carriera: quello riguardante le destinazioni «*meno ambite*»¹¹⁰, vale a dire le sedi «difficili», che richiedono interventi «in prima linea», ovvero quelle considerate di scarso appeal per le promozioni, ancora regolate da concorsi, difficilmente superabili dal magistrato occupato in una sede con molto lavoro o dedito al penale¹¹¹. Parimenti censurato l'abuso dei cosiddetti avvicendamenti, del cui ricorso esasperato si temono i rischi sulla «*continuità nella prestazione del servizio*»¹¹².

¹⁰⁸ Così N. REALE, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1968*, cit., p. 9, che suggerisce di affrontare la «*crisi della giustizia*» intervenendo su «*mezzi materiali e meccanici*», sulla «*distribuzione degli uffici nel territorio*» e sulla loro «*concentrazione*» (nella specie, organizzando i distretti in modo più efficiente e creando sezioni specializzate) (pp. 12, 16 e 17).

¹⁰⁹ U. GUARNERA, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1971*, Roma, 1971, p. 25, assai convinto che «*qualsiasi aumento del numero dei magistrati non riuscirebbe mai a risolvere la crisi della giustizia finché si manterranno l'attuale struttura degli uffici*», «*nonché la loro distribuzione nel territorio dello Stato le attuali norme processuali e regolamentari*» (p. 23).

¹¹⁰ N. REALE, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1968*, cit., p. 9.

¹¹¹ Da evitare per ragioni di carriera, le sedi con molto lavoro e, in generale il settore penale, sgradito ai magistrati in procinto di iniziare la carriera e a quelli desiderosi di salire le scale dell'alta magistratura. Tali sedi erano spesso rifiutate o abbandonate, con evidenti ricadute in termini di accesso alla giustizia e di lunghezza dei processi (cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., pp. 79-80). Per il sistema delle promozioni vedi *supra*, nota 64.

¹¹² Nella relazione del 1970, il PG Gaetano Scarpello suggerisce di «*ridurre al minimo possibile la frequenza degli avvicendamenti*» e di «*assicurare, in ogni caso d'avvicenda-*

3.2. *Anni Settanta e Ottanta: il nesso, inestricabile, tra profili strutturali e ordinamentali.*

Nel frattempo, mentre la Cassazione cerca di mantenere il controllo sul CSM e di rivendicare il suo ruolo nei confronti della Corte costituzionale – è la c.d. guerra delle Corti¹¹³ – la “questione magistratura” e quella, correlata, della crisi della giustizia formano oggetto di un dibattito che coinvolge, oltre la Cassazione, anche e soprattutto il CSM.

Nel biennio 1970-1971, infatti, è la volta delle prime due, dense, relazioni del Consiglio sulla *Realtà sociale e amministrazione della giustizia* e sulla *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini*.

Approntata per affrontare la crisi, intesa come incapacità del sistema di far fronte alla «domanda di giustizia» e al «senso di insoddisfazione del cittadino» che ne deriva, la relazione del 1970 insiste sulle patologie strutturali di un organico ridotto (perché inferiore di circa il 10% rispetto alla soglia di efficienza) e gravato da un'alta percentuale di vacanze (più del 10%, nel 1969), intrecciandole ad altri temi “caldi” del discorso intorno alla riforma della magistratura – come il giudice unico monocratico di primo grado, il giudice di pace, la riduzione dei magistrati nei collegi – in grado di incidere positivamente sul rapporto fra carico di lavoro e forze deputate a sbrigarlo, allo scopo di ridimensionare «i noti fenomeni devianti del retto corso della giustizia»¹¹⁴.

Sicuramente deviante, perché in grado di pregiudicare ogni riforma ordinamentale e strutturale, è la distribuzione dei magistrati, per razionalizzare la quale il CSM caldeggia l'ormai consueta revisione delle circoscrizioni giudiziarie e delle piante degli organici. Con l'alzare una scure contro uffici «che non hanno alcuna ragione di essere mantenuti» e spostando in quelli gravati da «croniche di carenze di personale» magistrati altrimenti impiegati in uffici «sostanzialmente inutili», si raggiungerebbe infatti lo scopo di sod-

mento, la continuità nella prestazione del servizio» (G. SCARPELLO, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1970*, cit., pp. 22-23).

¹¹³ Cfr. R. CANOSA, P. FEDERICO, *La magistratura in Italia*, cit., pp. 305 e 327-331.

¹¹⁴ *Realtà sociale e amministrazione della giustizia*, cit., cap. V, pp. 80-97, cap. VI, pp. 98-125 (in part. pp. 102-104), e cap. VII, pp. 126-149 (in part. pp. 131-133 e pp. 141-142), ma vedi anche, per una sintesi, cap. XI, pp. 218-227 (in part. pp. 220-223). Citazioni nel testo a pp. 5 e 83.

disfare davvero la domanda di giustizia, sottraendo la collettività da «*gravissime attese che ragioni di civiltà vorrebbero evitare*»¹¹⁵.

La lunghezza estenuante del giudizio, che insieme all'«*insicurezza psicologica sull'esito del procedimento*» e ai «*costi*» da sostenere determina una preoccupante «*resistenza ad adire le vie giudiziali*», e quindi «*a rinunciare al riconoscimento dei propri diritti*»¹¹⁶ – specie per chi i costi, soprattutto economici, di un lungo giudizio non può sostenere – costituisce la prospettiva lungo la quale, nella *Relazione* del 1971, il Consiglio rintraccia soluzioni a una crisi della giustizia da risolvere all'insegna del nesso, inestricabile, tra profili strutturali e ordinamentali. Si riaffaccia prepotentemente, ma con maggior diffusione e dettagli statistici, il tema del giudice di pace, idealizzato a “paladino” dei non abbienti perché «*più permeabile alle esigenze e alle istanze popolari*» e, insieme, da configurare alla stregua di «*sgravio*» alle incombenze gravose dei giudici professionali¹¹⁷.

L'annosa e mai risolta penuria delle risorse umane anima altresì il dibattito intorno alla riforma del giudice di primo grado, che si vorrebbe unico e monocratico, per «*consentire il recupero di un notevole numero di magistrati*», consentendo «*accelerazione dei giudizi*», «*semplicità delle forme*», «*celerità di riti*», «*prontezza delle decisioni*», in ottemperanza dei principi di oralità, immediatezza e concentrazione¹¹⁸, magari sulla falsariga del “processo del lavoro”, che sarebbe stato varato di lì a poco, con la legge dell'11 agosto 1973, n. 533¹¹⁹.

¹¹⁵ *Ibidem*, cap. VII, citazioni a pp. 130-131.

¹¹⁶ *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini*, cit., p. 43. Considerando «*l'effettivo godimento dei diritti*» un «*indispensabile presupposto*» della «*partecipazione all'organizzazione politica, sociale ed economica del paese*» (pp. 5-6), la *Relazione* elenca, come fattori di rinuncia alla giustizia, la «*resistenza ad adire le vie giudiziali per la soluzione delle vertenze in materia civile*» e la «*consistenza dei reati che sfuggono in qualche modo all'esercizio dell'azione penale (il “numero oscuro”)*» (pp. 42-43).

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 85.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 636.

¹¹⁹ Il collegamento stringente fra «*istituzione del giudice unico di prima istanza (in questo senso va la riforma sulle controversie di lavoro e fiscali, rimesse al pretore a prescindere del valore)*» e «*riduzione del numero dei componenti i collegi delle impugnazioni*» si coglie in GUARNERA, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1971*, pp. 13-14, e in U. BOCCIA, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1977*, cit., pp. 20-21.

Ancora una volta, però, è il formante strutturale a rappresentare la linea di un intervento immediato che il CSM, nell'esercizio delle proprie competenze deliberative, comincia a svolgere fattivamente esaminando pratiche di variazione degli organici, revisionando sedi e dando il via a un piano di lavoro per il rilevamento dei dati statistici «*sull'attività degli uffici giudiziari, e sulle esigenze dei singoli uffici*»¹²⁰.

A riprova dell'importanza del tema, sulla geografia giudiziaria il Consiglio si sofferma anche nella *Relazione* al Parlamento del 1976, con il ribadire le linee-guida di una proposta riformista all'insegna, da un lato, della concentrazione e specializzazione degli uffici (individuata, per quelli di primo grado, nelle «*25/30 unità*») e, dall'altro lato, della lotta agli avvicendamenti e alle vacanze d'organico nelle sedi meno richieste¹²¹. La predisposizione di circoscrizioni di dimensioni «ottimali», con gli accorpamenti e soppressione di sedi minori che ne derivano, passa infatti attraverso «*l'istituzione di un giudice non professionale incaricato della trattazione degli affari di minor rilievo*»¹²². L'accostamento, non nuovo, «tra legislazione sostanziale, norme processuali e strutture personali e materiali» costituisce, del resto, il *leitmotiv* dell'intera analisi, che si appunta, nel solco dell'indubbio sforzo riformatore a cui si assiste negli anni Settanta, a calare ogni riforma riguardante la magistratura nell'«*ordine giuridico-democratico*», e dunque entro «*il ruolo del giudice nel-*

Cfr. A. PROTO PISANI, *Il processo del lavoro e la riforma del rito ordinario*, Napoli, 1992 e B. FICCARELLI, *Giudice monocratico e giudice collegiale della prospettiva del giusto processo civile. Profili evolutivi*, Napoli, 2020, pp. 77-83.

¹²⁰ *Società italiana e tutela giudiziaria dei cittadini*, cit., pp. 615-616. Il piano di lavoro, organizzato di concerto con l'ufficio studi organizzativi, prevede il rilevamento della situazione degli organici tra 1964 e 1968, delle «*deficienze di personale nel quinquennio*» (aspettative comprese), dei «*movimenti dei magistrati*», per conoscerne gli avvicendamenti nei singoli uffici. Prima di allora il CSM «*non aveva mai esercitato a pieno le sue prerogative*», soprattutto quelle deliberative, fungendo quasi da organo di consulenza del ministero: cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., pp. 325-326. Sul progressivo allargamento delle prerogative del CSM, cfr. S. SENESE, *La prassi applicativa del Consiglio superiore della magistratura*, in *Il principio di precostituzione del giudice*, Roma, 1993 (Quaderni del CSM, 66), pp. 232-240, nonché F. BIONDI, *Sessant'anni e oltre di governo autonomo della magistratura. Un bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, pp. 1-43.

¹²¹ *L'adeguamento dell'ordinamento giudiziario ai principi costituzionali*, cit., pp. 260-270.

¹²² *Ibidem*, rispettivamente pp. 266, 264 e 262.

l'ordinamento costituzionale», per dare così sfogo a tutta una serie di diritti, nuovi e meno nuovi, di cui la Carta del 1948 impone l'attuazione¹²³.

Ma il quadro generale, in quegli anni Settanta segnati dal clima di insicurezza stragista, rimane sconcertante e pone una magistratura egemonizzata dall'ala conservatrice nella condizione di affrontare la «*sfida per l'efficienza*» con la consapevolezza di combattere una battaglia persa. A prescindere dal colore e dalla corrente, sui magistrati ricade infatti l'onere di amministrare la giustizia in un ordinamento innovato da grandi riforme (il rito del lavoro, per citarne una) entrate in vigore «senza alcuna predisposizione di strutture» e in un contesto, già di per sé critico, di carenza di persone e mezzi, gran parte dei quali viene impegnata nelle indagini e nella lotta al terrorismo¹²⁴. Proprio la lotta al terrorismo (in particolare quello rosso) costituisce l'occasione per sperimentare inedite forme di collaborazione in *équipe* – gruppi specializzati dei magistrati di procura (verranno poi chiamati *pool*) e, ancora, assegnazione congiunta del fascicolo a più giudici istruttori – che, se da un lato sono la risposta strutturale, in termini di efficienza, alla consueta penuria di risorse, dall'altro lato rappresentano un importante punto di svolta nei rapporti interni agli uffici, fino ad allora caratterizzati da isolamento e gerarchia¹²⁵.

¹²³ *Ibidem*, p. 260 e pp. 14-15. «*La funzione del giudice va certamente organizzata nel complesso ed articolato sistema della partecipazione del popolo alla vita istituzionale dello Stato*», affinché il cittadino possa trovare risposta «*alle attese di settore: casa, scuola, lavoro, servizi sociali, e in ultima analisi, libertà*» (pp. 19-20). Per realizzare l'aderenza tra aspettative e tutele costituzionali, assicurando tra l'altro «la credibilità del giudice», la *Relazione* insiste sul «*processo rapido*», per la cui realizzazione sono strumentali una «*magistratura onoraria con giurisdizione autonoma*» e «*un radicale snellimento delle attuali strutture, con riferimento all'organo giudicante*» (p. 239). Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni Novanta*, in F. BARBAGALLO (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, 2, Torino, 1997, pp. 141-237 e A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., pp. 310 e 336-338.

¹²⁴ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., pp. 117-118, e S. SENESE, *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, in G. DE ROSA, G. MONINA (a cura di), *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta*, vol. IV, *Sistema politico e istituzioni*, Soveria Mannelli, 2003, pp. 403-420 (pp. 403-404).

¹²⁵ Cfr. S. LUPO, *Il crepuscolo della Repubblica*, in P. BEVILACQUA (a cura di), *Lezioni sull'Italia Repubblicana*, Roma, 1994, pp. 73-107 (pp. 86-87) ed E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., p. 166.

Più in generale, nell'impossibilità di un pur necessario aumento dell'organico, non resta che operare sulla distribuzione dei giudici in forza, combinando e ricombinando tessere che non sembrano mai sufficienti a completare il *puzzle*. Lo affermano anche i PG: meglio concentrare le sezioni e raggruppare le forze lavoro, specie nei «*grandi Tribunali*», ove «*il flusso di lavoro converge in misura preponderante*», avverte dalla Cassazione Mario Stella Richter, nel 1974¹²⁶; e ancora abolire gli «*uffici inutili*» e limitare «*il loro frequente distacco*», suggerisce Giovanni Colli negli anni immediatamente successivi¹²⁷.

Sono linee d'intervento confermate anche dei PG di Corte d'appello e dall'associazionismo, persino quello più combattente. In un articolo, non certo celebrativo, dei loro discorsi inaugurali apparso su *Quale giustizia* nel 1970, emerge, pur nell'aspro confronto politico di quegli anni, una convergenza che trova nelle strutture terreno comune di denuncia alla «*grave disfunzione dell'amministrazione giudiziaria*». A essere risparmiati dagli strali della rivista di *Magistratura democratica* sono, infatti, i soli discorsi nei quali si lamenta la mancanza di magistrati (soprattutto nei tribunali di grandi dimensioni del nord), che a sua volta determina lentezza di giudizio a danno dei più poveri; o ancora, gli interventi di quei procuratori che caldeggiavano la riduzione dei componenti dei collegi («*non potendo ritenersi che il notevole numero dei decidenti sia garanzia di maggiore bontà delle decisioni*»), la «*soppressione di tutti gli uffici giudiziari superflui (e si tratta di centinaia di preture, e di una cinquantina di tribunali)*» e, infine, la revisione delle circoscrizioni, che «*consentirebbe di ampliare gli organici degli uffici più importanti, assorbendo in essi il personale degli uffici soppressi, con alleggerimento del lavoro dei magistrati più oberati*»¹²⁸.

¹²⁶ «*Il flusso di lavoro converge in misura preponderante verso i grandi Tribunali: è opportuno procedere alla concentrazione delle circoscrizioni piuttosto che all'aumento o alla riduzione degli organici degli attuali uffici*» (M. STELLA RICHTER, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1974*, cit., p. 18).

¹²⁷ Cfr. G. COLLI, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1975*, cit., p. 27, e ID., *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1976*, cit., p. 11.

¹²⁸ Cfr. *I Discorsi dei procuratori generali*, in *Quale giustizia*, 1, 1970, pp. 138-147, in particolare pp. 143-144, da cui le citazioni. Nell'esacerbarsi della forzatura ideologica che contribuirà a determinarne la fine, *Quale giustizia* «sottrae» alla battaglia per l'efficienza ogni ruolo riformatore. Il dato è evidente in un articolo scritto dall'allora segretario ge-

Con il finire degli anni di piombo, quando l'«*irrazionale distribuzione dei magistrati*» è ormai divenuta uno degli argomenti che nelle relazioni sull'andamento della giustizia non possono mancare¹²⁹, il PG Carlo Maria Pratis, nel 1986, conferma la necessità di un'«*organica revisione delle circoscrizioni giudiziarie*» come primo intervento per «*incidere in via immediata sulla funzionalità dell'apparato giudiziario*» e «*senza alcun onere da parte dello Stato*», a cui dovrebbe poi affiancarsi «*la soppressione, secondo un piano organico di revisione, degli uffici giudiziari con scarso indice di lavoro*»¹³⁰.

Osservando l'ultimo quadriennio degli anni Ottanta, anche la *Relazione* al Parlamento del 1990 rappresenta la geografia giudiziaria come uno dei fattori principali di una crisi generale, ben osservabile nell'intrico di problemi organizzativi e ordinamentali da risolvere con un «*preciso e organico piano di interventi*»¹³¹.

Tra le varie misure necessarie ad assicurare al cittadino il diritto alla giustizia, si staglia la necessità di un impiego, razionale, dei magistrati sul piano spaziale e funzionale da realizzarsi con la revisione delle circoscrizioni, in larga misura risalenti agli anni Trenta: una revisione resa ancor più urgente dalla recente introduzione delle preture circondariali previste dalla legge n. 30/1989 in esecuzione del nuovo c.p.p., delle cui sezioni distaccate improduttive – ben 698 – il Consiglio appoggia la proposta

nerale di Magistratura democratica, Salvatore Senese, ove la crisi della giustizia, esito della mancata attuazione «*di quell'insieme di trasformazioni strutturali, ordinamentali, di contenuti normativi, già implicita nel disegno di organizzazione sociale tracciato dalla Costituzione*», non è considerata risolvibile attraverso «*riforme strutturali*», perché «*essenzialmente crisi di qualità, crisi politica*» (S. SENESE, *Strutture giudiziarie e politica delle riforme*, in *Quale giustizia*, 8, 1977, pp. 34-67, in part. pp. 35-37 e p. 62). Cfr. L. PEPINO, *Appunti per una storia di Magistratura democratica*, cit., pp. 111-145.

¹²⁹ Per esempio A. FERRATI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1980*, cit., p. 18.

¹³⁰ C.M. PRATIS, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1985*, cit., p. 25.

¹³¹ «*La verità è che, per superare una crisi di questa drammaticità, trasformare la giurisdizione in un "servizio" davvero efficiente e garantire così il fondamentale diritto del cittadino alla giustizia, non sono sufficienti alcune, sporadiche, misure, ma occorre un preciso e organico piano di interventi, che aggredisca il fenomeno da ogni angolo visuale e tenda a risolvere nel tempo stesso i problemi di carattere normativo, organizzativo, ordinamentale, tutti considerati in un contesto sostanzialmente unitario*» (*Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1986-1990)*, cit., p. 12).

ministeriale di soppressione¹³². Ma alle preture in generale (gravate dell'80% del lavoro giudiziario nel settore penale) e ai nuovi riti previsti dal codice del 1988 (applicati solo nel 20% dei casi), una magistratura disillusa guarderà come a un'occasione persa¹³³.

Proseguendo sul versante organizzativo, la *Relazione* del 1990 si affida alla statistica (e in generale a un approccio non strettamente giuridico) per ricercare un modello dimensionale di efficienza, individuandolo nell'ufficio giudiziario dotato di un organico tra le dieci e le cinquanta unità, e come tale «*palesamente superiore all'organico medio dei piccoli tribunali*», nei confronti dei quali sarebbe il caso di provvedere recisamente, in prima battuta con misure «*congiunturali*» (ad esempio, “congelando” i posti nei luoghi con basso indice di lavoro)¹³⁴.

La convinzione che la funzionalità degli uffici dipenda da una dimensione «*ottimale (che è quella medio-grande)*», peraltro palesata anche nella relazione tenuta nel 1988 dal PG della Cassazione, Vittorio Sgroi¹³⁵, induce il CSM a prospettare, complici i “chiari di luna” del bilancio, «*un aumento mirato*» dell'organico, da attuare identificando a parametro «*le situazioni che rivelino effettivi indici di collegamento della crisi di funzionalità a deficienze di organico*»: emergenzialità non semplicemente numeriche, «*ma anche qualitative del carico di lavoro*», tra le quali rientra, ad esem-

¹³² *Ibidem*, p. 77, e, sulle preture circondariali, pp. 79-87 (in particolare p. 86: nella seduta del 28 giugno 1989 il Consiglio dà parere positivo al ministero di grazia e giustizia intorno alla soppressione di 698 sezioni distaccate delle preture circondariali previste nelle tabelle attuative della legge 1° febbraio 1989 n. 30).

¹³³ Cfr., rispettivamente, V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1993*, cit., p. 12, e F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1995. Roma 18 gennaio 1996*, Roma, 1997, p. 24.

¹³⁴ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1986-1990)*, cit., p. 78. Nell'aprirsi a nuovi metodi di raccolta e interpretazione dei dati intorno a una delle tematiche «*più inesplorate*» intorno al dibattito sulla crisi, il Consiglio avverte dei potenziali rischi derivanti dall'adozione dei modelli manageriali nell'organizzare la giustizia, essendo quest'ultima, per sua natura, «*finalizzata ad obiettivi del tutto incompatibili con quelli perseguiti dall'imprenditore*» (*ibidem*, pp. 136-144, pp. 136 e 141 per le citazioni).

¹³⁵ V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1987*, cit., p. 8. Ma vedi anche *L'adeguamento dell'ordinamento giudiziario ai principi costituzionali*, cit., p. 266.

pio, la necessità di organico maggiore nelle aree colpite da gravi fenomeni di criminalità organizzata, che rischiano «*di deteriorare in modo irreversibile la vita delle popolazioni interessate e di compromettere la fiducia riposta nell'opera della istituzione*»¹³⁶.

Il problema delle strutture si riverbera altresì sul versante ordinamentale, intrecciandosi – lo si è già visto¹³⁷ – agli spinosi temi del reclutamento e soprattutto della carriera o, per dirla con le parole della *Relazione* del 1990, con «*problematiche di riforma*» che attengono ai «*criteri di assegnazione delle funzioni*» e al «*rapporto funzioni-qualifiche*». Tutti «*aspetti dello «statuto» del magistrato che, si legge, esigono «interventi correttivi volti a privilegiare le esigenze di crescita professionale e di funzionalità del servizio*» rispetto ad un assetto normativo «*decisamente sbilanciato a favore degli interessi individuali*», così da riformare una sistema di progressioni che conduce al paradosso per cui «*la preparazione del giudice altro non è che la preparazione del concorso*»¹³⁸. Ma sul tema, già toccato nella *Relazione* al Parlamento del 1976¹³⁹, il CSM tornerà diffusamente anche in quella del 1994, ribadendo il principio che «*qualunque serio sistema di reclutamento del personale non può non essere strutturato in modo da fare i conti con le fisiologiche esigenze di organico*»¹⁴⁰.

¹³⁶ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1986-1990)*, cit., pp. 87-90, in particolare pp. 87 e 90 (il richiamo alle aree più colpite dai fenomeni di criminalità organizzata richiama la delibera del CSM del 21 aprile 1988).

¹³⁷ *Supra*, § 2.3.

¹³⁸ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1986-1990)*, cit., pp. 96-97.

¹³⁹ Cfr. *L'adeguamento dell'ordinamento giudiziario ai principi costituzionali*, cit., pp. 111-138.

¹⁴⁰ Cfr. *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia 1994*, cit., p. 25. La *Relazione*, analizzato il tema del reclutamento (pp. 25-46), tra adesione al principio costituzionale della prova concorsuale per la magistratura professionale e proposte di correzione delle prove di esame (decentramento delle commissioni, riduzioni delle prove, forme di preselezione dei candidati), insiste sul tirocinio (pp. 46-63), fornendo proposte per la revisione del sistema allora vigente (regolato, dopo l'abolizione, avvenuta nel 1970, dell'esame di aggiunto, dal d.P.R. 118 del 1989, che ne fissava la durata minima in quindici mesi), in ragione della sua incapacità di risolvere i problemi di destinazione delle sedi (p. 51), di durata minima, spesso inferiore a quella di legge per la «*fame di magistrati in*

Come in passato, inoltre, la ricerca di soluzioni ai problemi strutturali si interseca al problema del giudice di pace, oggetto di discussione ventennale¹⁴¹ perché considerato uno dei «temi-cardine» della riforma all'ordinamento giudiziario, sul quale il CSM, il 12 ottobre 1989, esprime un dettagliato parere intorno al disegno di legge che condurrà alla legge n. 374/1991, con l'istituzione di 4.690 giudici di pace operativi, dal 1° maggio 1995, in 845 sedi¹⁴².

Superate le pastoie del dibattito degli anni Settanta tra modello forte («*giudice-cittadino eletto direttamente dal popolo e investito delle controverse di maggior significato sociale*») e modello debole («*un conciliatore riciclato, giudice sempre e soltanto delle liti minori*»), il Consiglio appoggia l'introduzione di un giudice onorario «*rivolto alla giustizia quotidiana*», perché «*è proprio sul terreno della conflittualità minore, quotidiana, di massa che larghi strati di cittadini si imbattono nell'istituzione giudiziaria e nella sua impotenza*» e, allo stesso tempo, capace di dispiegare funzione strumentale all'«*alleggerimento del lavoro dei giudici professionali*»¹⁴³. Effetti, a dire il vero, confermati dai dati pervenuti in Cassazione nell'immediata attuazione della riforma¹⁴⁴ (prima, almeno, della devo-

molti uffici giudiziari» (p. 52) e di contenuti, inidonei alla formazione e crescita professionale (pp. 53-55).

¹⁴¹ Cfr., tra le relazioni dei PG durante gli anni Settanta e Ottanta, U. GUARNERA, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1971*, cit., p. 16, STELLA RICHTER, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1974*, cit., p. 28, e S. BORGHESE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1981*, cit., p. 13.

¹⁴² Poi ridimensionate dal d.lgs. n. 156/2012, con interventi di soppressione (tabella A) e accorpamento (tabella B) (vedi *infra*, nota 154). Con il d.lgs. n. 274/2000, il giudice di pace ha altresì competenza, nel penale, per i c.d. reati minori; nel civile le attribuzioni sono state accresciute dal d.lgs. n. 116/2017, operativo dal 2025. Cfr., «in pillole», F. RUSSO, *Breve storia degli extranei nella magistratura italiana*, cit., pp. 31-39 e pp. 112-119.

¹⁴³ *Relazione al Parlamento sullo stato della giustizia (1986-1990)*, cit., pp. 124-125 e 129. Ricevono parere positivo le proposte governative che «smarcano» il giudice di pace dal conciliatore, e così pure quelle relative all'aumento della competenza per valore e per materia nel civile (perplexità invece, sull'attribuzione di competenze nel penale), e ancora sullo sbarramento all'elettività per quanto riguarda il reclutamento, e sulla necessità di requisiti di studio (laurea in giurisprudenza) e/o titoli professionali progressivi per ricoprire la funzione (*ibidem*, pp. 126-127).

¹⁴⁴ Nella relazione sul 1995, il PG Ferdinando Zucconi Galli Fonseca informa delle

luzione al giudice di pace delle opposizioni alle sanzioni amministrative)¹⁴⁵.

3.3. *Anni Novanta e oltre: verso un modello di “efficienza praticabile”.*

Negli anni successivi al 1990, mentre l’inchiesta “Mani pulite” sconvolge la politica e dà avvio alla seconda Repubblica, i problemi strutturali della giustizia – per quanto in secondo piano rispetto all’impatto mediatico riservato ai rapporti tra magistratura e politica – covano sotto la cenere e sono oggetto di attenzione, soprattutto da parte del CSM.

Alla Commissione-riforma del Consiglio si deve, in particolare, lo studio del 1992 *sul possibile ampliamento dell’organico*, che propone un aumento da realizzare privilegiando, da un lato, «uffici e organici sottodimensionati», senza però trascurare, dall’altro, quelli «sovradimensionati sotto un profilo strettamente numerico» ma afflitti, specie nel penale, dalla «rilevante gravità» e dalla «costante complessità dei processi da trattare»¹⁴⁶. Un ampliamento il più modesto possibile, di 405 unità, in gran parte “recuperabili” (nell’ordine delle 250) attraverso la revisione delle circoscrizioni territoriali, anch’essa sottoposta al vaglio della Commissione per realizzare una geografia giudiziaria più efficiente e snella, eliminando gli uffici inutili¹⁴⁷.

prime risultanze a lui pervenute e segnala che, nel solo ufficio di Roma, i processi iscritti al Tribunale sono passati dai 61.000 del 1994 a 36.000 (F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 1996*, cit., p. 39). Nella relazione del 1998, a fronte di un incremento annuo del 115% rispetto all’attività del 1996, Zucconi saluterà il giudice di pace a «passaggio obbligato per il superamento della crisi della giustizia civile» (F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 1997*, cit., p. 58).

¹⁴⁵ Per effetto dell’art. 98 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507, tra 2000 e 2001 i processi pendenti davanti al giudice di pace passeranno da 447.884 a 641.125 (cfr. F. FAVARA, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2001. Roma, 11 gennaio 2002*, Roma, 2002, p. 29).

¹⁴⁶ Cfr. *Relazione riguardante uno studio sul possibile ampliamento dell’organico*, cit. (sulla quale vedi *supra*, § 2.3, nota 79), p. 156.

¹⁴⁷ La revisione per soppressione avrebbe realizzato un recupero di circa 500 magistrati, 250 da impiegare ai fini dell’aumento d’organico, gli altri 250 da impiegare «per potenziare gli uffici accorpanti nel progetto di revisione» (*ibidem*, p. 411).

Sullo sfondo, e al di là delle proposte di riforma (che non si realizzeranno), vi è il problema riguardante la gestione delle sedi giudiziarie, che presupporrebbe – parole del presidente dell'ANM Antonio Germano Abbate in apertura del convegno di Taormina del gennaio 1996 – «*un rapporto di collaborazione*» tra il potere, «*di maggiore ampiezza*», del CSM, e quello «*minore, ma niente affatto marginale*», del ministro della giustizia. Solo l'adozione del «*policentrismo funzionale incentrata sul riaggiustamento dei rapporti e degli equilibri*», osserva Abbate, consentirebbe di risolvere i problemi originati dalla «*mancaza di una struttura all'altezza*» e in grado di fornire «*risposte soddisfacenti alle istanze di rinnovamento*», evitando di adottare i soliti provvedimenti improvvisati e occasionali, così da ristabilire «*la "normalità" nel mondo giudiziario*», ossia le condizioni «*per un recupero di sereno e civile dispiegarsi della stessa vita democratica*»¹⁴⁸.

Al rapporto tra organizzazione giudiziaria e accesso alla giustizia come *conditio sine qua non* di una garanzia efficiente dei diritti, il CSM dedicherà la *Relazione* al Parlamento del 1996, su *Giudice unico di primo grado e revisione della geografia giudiziaria*: un tema, certamente non inedito nelle relazioni sullo stato della giustizia¹⁴⁹, perché considerato vero e proprio passo obbligato della “concentrazione razionalizzante” di un organico che, per porsi in pari con l'incremento del lavoro, avrebbe altrimenti richiesto un aumento, solo nel civile, di più del 70% dei magistrati operativi tra 1985 e 1995¹⁵⁰.

Espressione più emblematica del modello di “efficienza praticabile” degli anni Novanta, l'introduzione del giudice unico monocratico di primo grado rappresentava lo strumento per realizzare gli obiettivi di «*ra-*

¹⁴⁸ A.G. ABBATE, *Governo della giustizia e autogoverno dei giudici. XXIII Congresso nazionale Taormina, 25-28 gennaio 1996*, in *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., pp. 166-180 (in part. pp. 176 e 178-179).

¹⁴⁹ Per esempio, tra i PG, G. SCARPELLO, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1970*, cit., che saluta favorevolmente l'introduzione del giudice unico di primo grado per intervenire sulla «*lentezza estrema*», «*ingiustificata all'uomo della strada*», del processo civile, pp. 29-30.

¹⁵⁰ *Giudice unico di primo grado e revisione della geografia giudiziaria*, cit., p. 11. Cfr. B. FICCARELLI, *Giudice monocratico e giudice collegiale*, cit., pp. 77-83.

zionale distribuzione sul territorio» e di «corretto dimensionamento» degli uffici, già elaborati dal Consiglio nella risoluzione 25 maggio 1994, che costituiscono la premessa del d.l. n. 51/1998, attraverso il quale, «*pur senza aver avuto il coraggio di procedere alla soppressione di una serie di minuscoli tribunali*» (anzi, creando le sedi distaccate dei tribunali, art. 15), veniva posta mano a «*una prima grossa razionalizzazione nella geografia giudiziaria*»¹⁵¹. Riforma, in ogni caso, «necessaria e ineludibile», per dirla con il PG della Cassazione Antonio La Torre, di fronte a un apparato giudiziario civile «*elefantiaco*»¹⁵², la cui attuazione avrebbe richiesto complessi e drastici interventi sulla geografia giudiziaria, ostacolati, come nel passato, da interessi campanilistici¹⁵³.

4. Riflessioni conclusive.

Nonostante molte innovazioni abbiano visto la luce negli ultimi anni¹⁵⁴, termini e latitudine della questione “crisi della giustizia” rimango-

¹⁵¹ A. PROTO PISANI, *Giudice unico di primo grado e tentativi della giustizia civile di uscita dal tunnel*, in *Foro it.*, 121, 1998, cc. 341-356, citazione da c. 343. Cfr. d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, che inserisce, all'interno dell'ord. giud. del 1941, la parte sulle sezioni distaccate del tribunale (artt. 48-bis-sexies).

¹⁵² Apparato altrimenti «*ingestibile dal punto di vista organizzativo; macchinoso dal punto di vista ordinamentale e processuale; complessivamente dannoso per il servizio*» (A. LA TORRE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1998*. Roma, 9 gennaio 1999, Roma, 1999, p. 16).

¹⁵³ Sulle resistenze locali come ostacolo alla riforma della geografia giudiziaria si riporta il seguente passaggio, relativo all'approvazione della legge 25 luglio 2005, n. 150 (la c.d. riforma Castelli): «*La revisione delle circoscrizioni giudiziarie è tanto indispensabile, quanto pressoché impossibile da ottenere in questi tempi. Il disegno di legge delega per la riforma dell'ordinamento giudiziario presentato dal ministro della giustizia Castelli nella XV legislatura conteneva nell'art. 9 dell'originale stesura la relativa previsione. Poi scomparsa prima dell'approvazione definitiva. Pour cause, ovviamente. Le resistenze sarebbero state così forti da pregiudicare l'approvazione della delega*» (S. CHIARLONI, *Strumenti per migliorare l'efficienza della giustizia civile a legislazione invariata*, in *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?*, Milano, 2009, pp. 103-111, 104).

¹⁵⁴ Si pensi, per esempio, al d.lgs. 7 settembre 2012, n. 155, il c.d. taglia-tribunalini, che ha soppresso 31 tribunali, 31 procure e 220 sezioni distaccate, e al d.lgs. 7 settembre

no sostanzialmente immutati nell'incessante susseguirsi di soluzioni *ad horas*. Prova ne siano i dibattiti e le riforme che, avvicendatisi senza soluzione di continuità per superare uno stato di disfunzione permanente, hanno investito *persone e strutture* in un intreccio, difficilmente districabile, di profili ordinamentali, strutturali e processuali.

L'obiettivo, si sa, è tuttora lontano dal traguardo. La gravità della crisi, a cui corrispondono «*diagnosi e denunce allarmate, speranze di recupero coltivate senza soverchie illusioni, episodici e talora contraddittori aggiustamenti*», finisce quasi sempre per tradursi in «*un rosario di argomenti risaputi e di reazioni indignate*» e, alla fine, anche «*in una sorta di rassegnazione come di fronte all'ineluttabile*»¹⁵⁵. Sono parole di Vittorio Sgroi, pronunciate in Cassazione nell'ormai lontano 1988, eppure attuali e allarmanti, specie per il rilievo del PG sull'ormai «*matura coscienza dei cittadini nella rivendicazione del proprio patrimonio di interessi personali e patrimoniali con la conseguente, forte espansione della domanda di giustizia*»¹⁵⁶.

In effetti l'incapacità di dar sfogo a tale domanda – nel nostro Paese particolarmente assillante e per certi versi «*abnorme*»¹⁵⁷ – rende ancora più preoccupanti le conseguenze che le disfunzioni di un sistema di rapporti sempre più giurisdizionalizzati¹⁵⁸ producono sul piano del ricorso effettivo al giudice: se è evidente che il benessere umano dipende anche

2012, n. 156, che ha soppresso 667 giudici di pace (salvo, però, consentire agli enti locali di richiedere il mantenimento degli uffici). La riforma, che si pone in linea di continuità concettuale con il d.lgs. n. 51/1998, vede la luce con molti anni di ritardo, complici le resistenze soprattutto degli amministratori locali (sul tema cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società*, cit., pp. 305-308).

¹⁵⁵ V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1987*, cit., p. 5.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 6.

¹⁵⁷ Di «*abnorme domanda di giustizia*» ha parlato, nell'aprile 2014, l'allora ministro della giustizia Andrea Orlando (in tema cfr. M. PASCALI, *L'«eccesso di giustizia» nella crisi dello «Stato responsabile» (a partire dallo Stato minimo di Antoine Garapon)*, in *Sociologia*, 51, 2017, pp. 50-54).

¹⁵⁸ Di «*giurisdizionalizzazione crescente dei rapporti*» (da arginare «filtrando» il più possibile l'accesso ai tribunali) riferisce il PG della Cassazione nella relazione del 1998 (F. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1997*, cit., p. 58).

dal soddisfacimento delle condizioni necessarie per condurre una vita dignitosa e con le giuste opportunità, pare allora impossibile negare che tra queste esigenze debba necessariamente annoverarsi l'accesso alla giustizia¹⁵⁹, da garantirsi a tutti anche attraverso il gratuito patrocinio, oggi riconosciuto dalle fonti interne e sovranazionali¹⁶⁰.

Letto e inquadrato entro questa prospettiva, l'accesso alla giustizia costituisce, pertanto, un elemento cardine dello stato di diritto, necessario per garantirne il funzionamento, altrimenti paralizzato ove i cittadini non ottengano tutela per i propri diritti o, peggio ancora, qualora siano indotti a cercare altri mezzi per farli valere¹⁶¹.

Ovviamente impedire che tra pretese e loro tutela si frapponga un pericoloso "scarto" – uno scollegamento, cioè, tale da vanificare il soddisfacimento del bisogno di diritti – significa impegnare e coinvolgere tutti gli organi deputati all'amministrazione della giustizia in uno sforzo comune. In altre parole, l'accesso alla giustizia, proprio perché investe i profili costituzionali e sovranazionali di salvaguardia delle pretese soggettive¹⁶², as-

¹⁵⁹ Cfr. F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 433-452 (p. 437). Sul nesso non si può non citare la pionieristica ricerca di M. CAPPELLETTI (a cura di), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn, 1981.

¹⁶⁰ Sulla garanzia di accesso alla giustizia anche ai non abbienti, che in questa sede non si è potuto approfondire, si rinvia, per una ricostruzione storica, a F.A. GORIA, *Avvocazia dei poveri, Avvocatura dei poveri, Gratuito patrocinio: la tutela processuale degli indigenti dall'Unità ad oggi*, in *Rivista di storia arte archeologia per le province di Alessandria e Asti*, 121, 2012, pp. 23-137.

¹⁶¹ Come rilevato dal PG Carlo Maria Pratis, «la sfiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia» incide soprattutto «sui soggetti economicamente più deboli che difficilmente possono disporre di altre forme legali di risoluzione delle controversie e, specie in determinate zone del territorio nazionale, possono essere indotti a ricercare con altri mezzi la tutela dei loro interessi» (C.M. PRATIS, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1987*, cit., pp. 6-7).

¹⁶² Che l'accesso alla giustizia assurga a principio fondamentale dell'ordinamento, un principio non semplicemente costituzionale (l'«*eccessiva durata dei processi [...] si pone in contrasto con l'art. 24 della Costituzione secondo cui tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*»: G. COLLI, *Relazione per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1976*, cit., p. 10), ma anche internazionale, è convinzione risalente. Nel 1951, il PG Miraulo osservava che la CEDU «*attribuisce contenuto giuridico ai dirit-*

segna allo Stato un onere concreto di intervento affinché la giustizia svolga la sua funzione sociale, non lasciando ai soli magistrati il compito di tutelare tali prerogative¹⁶³.

Non vi è dubbio che quello richiesto sia sforzo non facile. Rimuovere i fattori di inefficienza (e, talvolta, di inefficacia) significa intervenire sui grandi, cronici mali della giustizia: la lentezza e la sfiducia¹⁶⁴. Essi, come si è cercato di dimostrare in queste pagine, si pongono in un nesso di causalità e si alimentano l'uno dell'altro, la sfiducia essendo determinata dalla lentezza e la lentezza esacerbando la sfiducia, come percezione diffusa di una giustizia non ingiusta in quanto tale, ma in quanto incapace – o capace, ma in tempi e modi percepiti come non soddisfacenti – di offrire tutela pronta ed efficiente alle pretese soggettive. Ragionare criticamente sulla causa (la lentezza) del sintomo (la sfiducia) che affligge la giustizia facendola percepire come inaccessibile comporta, da un lato, approfondirne e comprenderne le ragioni, e, dall'alto, rintracciare soluzioni ragionevolmente concretizzabili per superare i problemi.

Già ardua di per sé, la ricerca di soluzioni “fattibili” è resa ancor più complicata dalla cronica insufficienza di *persone e strutture* per far fronte

ti tutelati, predisponendo nei loro confronti degli organi giurisdizionali», offrendo, del pari alla Costituzione, «collegamento» tra diritti soggettivi e loro tutela (G. MIRAULO, *Discorso per l'inaugurazione dell'Anno giudiziario 1951*, cit., p. 37). Di qui l'imbarazzo, dei magistrati, di fronte ai richiami e le condanne comminate al contenzioso italiano per l'«*eccessiva lunghezza del processo, in relazione al diritto, previsto dal citato art. 6, par. 1, ad ottenere una decisione in un termine ragionevole*» (V. SGROI, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 1988*, cit., p. 22).

¹⁶³ «Oggi è più forte che mai la tentazione di trasferir tutto, o comunque troppo, sulla magistratura [...] nonostante gli sforzi profusi senza risparmio, l'istituzione giudiziaria non riesce a rispondere adeguatamente alla domanda di giustizia che viene dalla società, dalla gente, dai cittadini» (A. CRISCUOLO, *Potere giurisdizionale e garanzie dei cittadini*, XVIII Congresso nazionale Viareggio, 20-23 giugno 1985, in *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., pp. 138-140).

¹⁶⁴ Nel *Rapporto annuale* del 2019, l'*Alleanza Italiana per lo Sviluppo Sostenibile* (ASviS) rileva il mancato raggiungimento degli obiettivi del *target 3* del *goal 16* dell'agenda 2030 («*Promuovere lo stato di diritto a livello nazionale e internazionale e garantire un pari accesso alla giustizia per tutti*»), proprio a causa della durata eccessiva dei procedimenti (in particolar modo quelli civili presso i tribunali ordinari) e della sfiducia in generale nel sistema giudiziario (rapporto ASviS 2019, consultabile in <https://asvis.it>).

al “bisogno di diritti”: problema – o per meglio dire, emergenza – fronteggiato, pur nel precario bilanciamento di valori e interessi di una società in costante mutamento e nella distanza tra differenti concezioni di politica di governo della giustizia, all’insegna dell’“ortopedia correttiva” e non dell’adozione delle misure, drastiche, di una rivoluzione impossibile da compiere. Sotto questo profilo, la a prima vista sorprendente convergenza programmatica tra le relazioni dei PG della Cassazione (“genere letterario” sul quale gravano pesanti pregiudiziali in termini di conservatorismo interpretativo, verticismo e diffidenza con l’ordine costituzionale)¹⁶⁵ e gli interventi del CSM, si spiega proprio sulla base della comune linea d’azione per cercare di limitare, pur da posizioni assai lontane, la crisi della giustizia.

Limitare, non risolvere. Nell’estrema difficoltà di ricostruire i mille rivoli in cui tale crisi si dipana, una chiave di lettura che possa comprendere e far comprendere le fonti qui esaminate è rappresentata dall’agire «*nei limiti del possibile*». Durante gli ultimi settant’anni, i problemi dell’amministrazione giudiziaria hanno sempre suscitato reazioni a caldo, la cui inattuabilità ha puntualmente lasciato scoperti nodi più profondi.

Si pensi, osservando la crisi dal punto di vista delle *persone*, agli insuccessi delle politiche di aumento del personale dovuti anche al cronico problema delle “vacanze”, a loro volta determinate dall’esperienza fallimentare di molti concorsi: preso atto delle perduranti difficoltà a colmare i vuoti, e dunque l’impraticabilità di attuare soluzioni quantitative, aumentando le forze, si è valorizzato il profilo qualitativo, proponendo l’adeguamento della formazione professionale alle mutevoli esigenze della giustizia, per poter contare su magistrati competenti e indipendenti: in grado, cioè, di attendere alle mansioni in modo rapido e razionale.

Tale dato di fondo trova conferma anche osservando la crisi dal punto di vista delle *strutture*, alle cui disfunzioni e inefficienze si è atteso, nell’arco di tempo considerato, soprattutto attraverso la rimodulazione delle circoscrizioni giudiziarie e delle piante organiche: quella «*madre di tutte le riforme*», sempre evocata – perché, in mancanza «*di adeguati interventi strutturali, è arduo immaginare che si possa ottenere un’apprezzabile ridu-*

¹⁶⁵ Cfr. R. CANOSA, P. FEDERICO, *La magistratura in Italia*, cit., pp. 303-305.

zione dei tempi dei processi»¹⁶⁶ – ma mai attuata, né attuabile, una volta per tutte, anche a causa di interessi locali¹⁶⁷.

Il riferimento all'impossibilità di superare la crisi nell'immediato costituisce, del resto, il fulcro delle norme del PNRR in tema di giustizia¹⁶⁸, per le quali la «razionalizzazione e l'efficientamento degli uffici giudiziari non devono puntare solo ad obiettivi quantitativi, quali l'abbattimento dell'arretrato e la riduzione dei tempi del processo, ma anche alla realizzazione di una giurisdizione meglio capace di tutelare i diritti in un'ottica di promozione dell'eguaglianza effettiva»¹⁶⁹. Tema con riferimento al quale il nostro paese è da tempo «osservato speciale»¹⁷⁰.

Per raggiungere l'obiettivo, consentendo all'Italia di accedere alle risorse finanziarie messe a disposizione dall'UE, occorre dunque «ragionare in termini progettuali per affrontare la crisi della lunghezza dei processi»¹⁷¹ attraverso una linea d'azione di efficienza ed efficacia inseguita, come una chimera, nei settanta e più anni qui presi in considerazione, dal discorso sulla magistratura intorno alla crisi della giustizia¹⁷².

¹⁶⁶ G. GENNARO, *Tempi e qualità della giustizia*, XXVI Congresso nazionale, Salerno, 28 febbraio-3 marzo 2002, in *Cento anni di Associazione magistrati*, cit., pp. 199-216, citazioni a p. 202.

¹⁶⁷ Sulla più recente revisione (per aumento di 175 unità) delle piante organiche, in esecuzione del d.m. 14 settembre 2020, si veda M. MODENA, *La Revisione delle piante organiche della magistratura: ancora un'occasione perduta*, in *Giustizia insieme*, 4 agosto 2021.

¹⁶⁸ Cfr. *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (noto come PNRR) e, in particolare, le disposizioni contenute nella legge 6 agosto 2021 n. 113, e nei successivi decreti ministeriali, che danno avvio alle procedure di reclutamento degli addetti all'Ufficio del Processo.

¹⁶⁹ S. SOTTANI, *Le norme del PNRR in tema di giustizia: opportunità e nuovi problemi*, in *Questione giustizia*, 14 ottobre 2021.

¹⁷⁰ Cfr., per esempio, la *Relazione per Paese relativa all'Italia*, del 26 febbraio 2020, consultabile al sito https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2020-european_semester_country-report-italy_it.pdf, raccomandazione n. 4, p. 22.

¹⁷¹ S. SOTTANI, *Le norme del PNRR in tema di giustizia*, cit.

¹⁷² Su questa linea si colloca, da ultimo, la recentissima delega al governo per la riforma del processo penale, che presuppone una linea d'azione assai articolata ma riassumibile sulla falsariga dell'efficienza praticabile (cfr. legge 27 settembre 2021, n. 1).

*Bibliografia**

- AA.VV., in *Il processo penale tra riformismo e emergenza*, Milano, 1983, pp. 83-96.
- ANGIOI S., RAIMONDI F. (a cura di), *La ragionevole durata del processo in Europa. Genesi, effetti e sviluppo della Legge Pinto*, Napoli, 2011.
- BALESTRA L., *L'anelata giustizia tra istanze di rinnovamento e formazione dei magistrati*, in *Corr. giur.*, 1, 2021, pp. 5-8.
- BIANCHI RIVA R., *Storia dell'Ordine degli Avvocati di Como. Professione, diritto, giustizia*, Como, 2018, pp. 118-128.
- BIANCHI RIVA R., *Il dibattito sulla formazione degli avvocati nella seconda metà del Novecento*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Insegnare diritto penale e processuale penale oggi. Che cosa, perché, come*, Pisa, 2019, pp. 107-122.
- BIANCHI RIVA R., *Verso il codice deontologico forense. L'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, in *Historia et ius*, 17, 2020, paper 13.
- BIANCHI RIVA R., SPACCAPELO C., *Eccessiva durata del processo e responsabilità disciplinare dei magistrati: il ritardo nel deposito dei provvedimenti fra storia e attualità*, in *Italian Review of Legal History*, 7, n. 14, 2021, pp. 485-546.
- BIONDI F., *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006.
- BIONDI F., *Sessant'anni e oltre di governo autonomo della magistratura. Un bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2021, pp. 1-43.
- BORGNA P., *La magistratura resistente*, in *Questione giustizia*, 11 luglio 2019.
- BRUTI LIBERATI E., *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni Novanta*, in F. BARBAGALLO (a cura di), *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. III, 2, Torino, 1997, pp. 141-237.
- BRUTI LIBERATI E., *L'Associazione dei magistrati italiani*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, 2009, pp. 3-26.
- BRUTI LIBERATI E., *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2018.
- BRUTI LIBERATI E., PEPINO L., *Autogoverno o controllo della magistratura? Il modello italiano di Consiglio superiore*, Milano, 1998.
- CANOSA R., FEDERICO P., *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, Bologna, 1974.

*Esulano dalla bibliografia relazioni e studi della magistratura, utilizzati come fonti per la stesura del saggio, al cui apparato di note si rimanda per un puntuale riscontro.

- CAPPELLETTI M., *L'educazione del giurista e la riforma dell'università (studi-polemiche-raffronti)*, Milano, 1974.
- CAPPELLETTI M. (a cura di), *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn, 1981.
- CECCHETTI C., *Sistema penalistico e formazione professionale del giudice*, in F. RUGGIERI (a cura di), *Insegnare diritto penale e processuale penale oggi. Che cosa, perché, come*, Pisa, 2019, pp. 229-236.
- CHIARLONI S., *Strumenti per migliorare l'efficienza della giustizia civile a legislazione invariata*, in *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?*, Milano, 2009, pp. 103-111.
- CIVININI M.G., *Reclutamento e formazione iniziale dei magistrati nel D.L. n. 168/2016*, in *Questione giustizia*, 28 settembre 2016.
- CIVININI M.G., VERARDI C.M. (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, Milano, 2001
- CIVININI M.G., PROTO PISANI A., SALMÈ G., SCARSELLI G., *La riforma dell'ordinamento giudiziario tra il ministro Castelli e il ministro Mastella*, in *Foro it.*, 2007, cc. 12-19.
- CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE *La lotta per i diritti. Identità e ruolo dell'Avvocatura nelle assise congressuali*, Roma, Consiglio nazionale forense, 2010.
- CONSOLO C., DI MARZIO F., GRASSO G., GENOVESE F.A. (a cura di), *Storia della magistratura*, Roma, 2022 (Quaderni della Scuola Superiore della magistratura, 6)
- CORRER M., *Il riordino della geografia giudiziaria: appunti per un inquadramento costituzionale delle riforme di circondari e distretti*, in *federalismi.it*, 3 maggio 2017.
- DAGA L., *Il consiglio superiore della magistratura*, Napoli, 1973.
- DAL CANTO F., *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in *www.rivistaaic.it*, 3 novembre 2007, pp. 7-15.
- DAL CANTO F., *Le trasformazioni della legge sull'ordinamento giudiziario e il modello italiano di magistrato*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2017, pp. 671-702.
- D'AMICO M., LENDARO C.M., SICCARDI C. (a cura di), *Eguaglianza di genere in magistratura. Quanto ancora dobbiamo aspettare?*, Milano, 2017.
- DENTI V., *Riflessioni sulla crisi della giustizia civile*, in *Foro it.*, 1985, cc. 341-352.
- DEVOTO M., *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento*

- costituzionale italiano*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, pp. 279-323.
- DI AMATO S., *La responsabilità disciplinare dei magistrati: gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, Milano, 2013.
- DI FEDERICO G., *Il reclutamento dei magistrati*, Roma-Bari, 1967.
- FICCARELLI B., *Giudice monocratico e giudice collegiale della prospettiva del giusto processo civile. Profili evolutivi*, Napoli, 2020, pp. 77-83.
- FIORUCCI G., *Cronache della magistratura. Dall'ordinamento giudiziario del 1941 alla istituzione del Consiglio superiore della magistratura*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 15, 1972, pp. 66-87.
- FOCARDI G., *Le sfumature del nero: sulla defascistizzazione dei magistrati*, in *Pasato e presente*, 64, 2005, pp. 61-87.
- FRACCHIA F., *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 433-452.
- FREDA D., *Il mito ricorrente del giudice di pace: dal justice of the peace inglese al conciliatore post-unitario*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2016, pp. 1292-1305.
- GORIA F.A., *Avvocazia dei poveri, Avvocatura dei poveri, Gratuito patrocinio: la tutela processuale degli indigenti dall'Unità ad oggi*, in *Rivista di storia arte archeologia per le province di Alessandria e Asti*, 121, 2012, pp. 23-137.
- GREVI V., *Il problema della lentezza dei procedimenti penali: cause, rimedi e prospettive di riforma*, in *La Giustizia penale*, 1981, parte terza, cc. 585-606.
- GUARNIERI C., *La Corte di cassazione*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, pp. 791-817.
- KOSTORIS R.E. (a cura di), *La ragionevole durata del processo: garanzie ed efficienza della giustizia penale*, Torino, 2005.
- LATINI C., *Quaeta non movere. L'ingresso delle donne in magistratura e l'art. 51 della Costituzione: un'occasione di riflessione sull'accesso delle donne ai pubblici uffici nell'Italia repubblicana*, in *Giornale di storia costituzionale*, 27, 2014, pp. 143-162.
- LUCCIOLI G., *La presenza delle donne nella magistratura italiana*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, 2009, pp. 101-105.
- LUPO S., *Il crepuscolo della Repubblica*, in P. BEVILACQUA (a cura di), *Lezioni sull'Italia Repubblicana*, Roma, 1994, pp. 73-107.
- MARANINI G. (a cura di), *Magistrati o funzionari?*, Milano, 1962.
- MARANINI G., *La crisi della giustizia in Italia*, in *Il Politico*, 2, 1963, pp. 229-245 (= G. MARANINI, *La paralisi della giustizia*, in ID., *Giustizia in catene*, Milano, 1964, pp. 13-35).
- MAMMONE G., *1945-1969. Magistrati, Associazioni e correnti nelle pagine de La*

- Magistratura*, in E. BRUTI LIBERATI, L. PALAMARA (a cura di), *Cento anni di Associazione magistrati*, Milano, 2009, pp. 27-53.
- MELE V., *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 1983.
- MELIS G., *Le correnti nella magistratura. Origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in *Questione giustizia*, 10 gennaio 2020.
- MENICONI A., *Note sul sistema delle circoscrizioni giudiziarie*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, pp. 183-200.
- MENICONI A., *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012.
- MENICONI A., *La storia dell'associazionismo giudiziario, alcune notazioni*, in *Questione giustizia*, 4, 2015, pp. 220-226.
- MODENA M., *Giustizia civile. Le ragioni di una crisi*, Roma, 2019.
- MODENA M., *La Revisione delle piante organiche della magistratura: ancora un'occasione perduta*, in *Giustizia insieme*, 4 agosto 2021.
- NEPPI MODONA G., *La magistratura dalla liberazione agli anni Cinquanta: il difficile cammino verso l'indipendenza*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. 3, tomo 2, Torino, 1997, pp. 83-137.
- NEPPI MODONA G., *La magistratura italiana e l'epurazione mancata (1940-1948)*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 2017, pp. 25-37.
- PADOA SCHIOPPA A., *Ri-formare il giurista*, Torino, 2014.
- PASCALI M., *L'“eccesso di giustizia” nella crisi dello ‘Stato responsabile’ (a partire dallo Stato minimo di Antoine Garapon)*, in *Sociologia*, 51, 2017, pp. 50-54.
- PASCIUTA B., LOSCHIAVO L. (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, 2018.
- PEPINO L., *Appunti per una storia di Magistratura democratica*, in *Questione giustizia*, 1, 2002, pp. 111-145.
- PIANA D., VAUCHEZ A., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Bologna, 2012.
- PROTO PISANI A., *Il processo del lavoro e la riforma del rito ordinario*, Napoli, 1992.
- PROTO PISANI A., *Giudice unico di primo grado e tentativi della giustizia civile di uscita dal tunnel*, in *Foro it.*, 121, 1998, cc. 341-356.
- RORDORF R., *Editoriale*, in *Questione giustizia*, 1, 2016 (numero monografico dedicato a *Formazione giudiziaria: bilancio e prospettive*).
- RORDORF R., *Tempo e diritto (con una noterella in tema di prescrizione penale)*, in ID., *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, pp. 109-115.
- RUSSO F., *Breve storia degli extranei nella magistratura italiana. Giudici onorari, avvocati e professori universitari immessi nella magistratura dall'Unità d'Italia al d.lgs. 13 luglio 2017 n. 116*, Roma, 2019.
- SAIJA M., *Le circoscrizioni giudiziarie italiane dall'unità alla Repubblica*, Messina, 1992.

- SANNA C., *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, 2008.
- SANTONI RUGIU A., MOSTARDINI M., *I P.G. Linguaggio politica educazione nei discorsi dei Procuratori generali*, Rimini, 1973.
- SANTOSUOSSO F., *Il Consiglio Superiore della Magistratura. Principi e precedenti*, Milano, 1958.
- SARACENO P., *Le epurazioni della magistratura in Italia. Dal Regno di Sardegna alla repubblica: 1848-1951*, in *Clio*, 29, 1993, pp. 505-523.
- SARACENO P., *I magistrati italiani tra fascismo e repubblica. Brevi considerazioni su un'epurazione necessaria ma impossibile*, in *Clio*, 35, 1999, pp. 65-110.
- SARAGAT G., *Sulla disfunzione della giustizia, 14 luglio 1966*, in R. GALLINARI (a cura di), *Discorsi e messaggi del presidente della Repubblica Giuseppe Saragat*, Roma, 2005, pp. 103-112.
- SCALAMBRINO F., *Lo sciopero dei magistrati del 1947*, in *Questione giustizia*, 1, 1984, pp. 219-256.
- SENESE S., *Strutture giudiziarie e politica delle riforme*, in *Quale giustizia*, 8, 1977, pp. 34-67.
- SENESE S., *La magistratura nella crisi degli anni Settanta*, in G. DE ROSA, G. MONINA (a cura di), *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni settanta*, vol. IV, *Sistema politico e istituzioni*, Soveria Mannelli, 2003, pp. 403-420.
- SOTTANI S., *Le norme del PNRR in tema di giustizia: opportunità e nuovi problemi*, in *Questione giustizia*, 14 ottobre 2021.
- TACCHI F., *Eva togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità a oggi*, Torino, 2009.
- VENTURIN F., *Vecchi e nuovi studi sulle magistrature*, in *Le Carte e la Storia*, 1, 2011, pp. 115-132.
- VIGORITI V., *Significato attuale delle relazioni dei procuratori generali*, in A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, pp. 469-475.
- ZAGREBELSKY G., *La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali*, in *Riv. dir. proc.*, 30, 1975, pp. 416-453.
- ZAGREBELSKY V., *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia, Annali 14. Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, pp. 711-790.
- ZANON N., *La responsabilità dei giudici*, in *www.rivistaaic.it*, 8 novembre 2004.

CAPITOLO 2

LA *RULE OF LAW* COME GRIMALDELLO PER ABBATTERE LE BARRIERE ALL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA: CONSIDERAZIONI IN CHIAVE COMPARATA SULLE *COURT FEES*

Alessandra Osti

SOMMARIO: 1. Le barriere all'*access to justice*: una breve introduzione al tema. – 2. Il caso *Unison*: la Corte Suprema del Regno Unito. – 2.1. Il quadro di contesto a valle della decisione *Unison*. – 2.2. La *rule of law* come grimaldello per abbattere le barriere all'accesso alla giustizia. – 2.3. L'accesso alla giustizia alla prova dei fatti. – 2.4. Profili critici della sentenza *Unison*. – 3. Il contributo unificato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: cenni. – 4. Alcune conclusioni: *The NeverEnding Story*. – Bibliografia.

1. *Le barriere all'access to justice: una breve introduzione al tema.*

Benché l'*access to justice*¹ sia un principio universalmente riconosciuto quale base legale della democrazia e della *rule of law*, esso continua ad in-

¹ Per una definizione di *access to justice* non si può prescindere dalla monumentale opera di M. CAPPELLETTI, *Access to Justice*, Milano, 1978-1979 che compendia i risultati di un progetto di ricerca (*Florence Access to Justice Project*) finanziato dalla Ford Foundation e dal CNR. Si veda anche A. PATTERSON, *Lawyers and Public Good: Democracy in Action?*, Cambridge, 2011, ed ivi in particolare p. 60. Qui l'Autore sostiene che il concetto di *access to justice* abbia un contenuto vago, cosa che ne rappresenta al contempo la sua forza e la sua debolezza. Tale concetto abbraccia diversi stadi del processo giurisdizionale: sul punto sia consentito rimandare a A. OSTI, *Teoria e Prassi dell'Access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, 2016, p. 148 ss.

contrare nella realtà fattuale delle barriere (più o meno visibili) le quali incidono sulla sua reale effettività: si viene così a creare un vero e proprio *gap* tra teoria e pratica che necessita di essere indagato, compreso e analizzato al fine di individuare dei possibili correttivi.

Lasciando qui *a latere* le barriere che potremmo definire invisibili e che bloccano l'*access to justice* ad uno stadio pre-processuale (barriere che hanno una forte connotazione sociale), il presente contributo intende soffermarsi su quelle barriere che possono essere qualificate come visibili e che di fatto limitano l'accesso alla giustizia all'inizio della fase processuale. Si tratta di barriere che vengono innalzate attraverso scelte legislative ben precise, spesso correlate alla presenza di scarse risorse umane ed economiche per l'amministrazione della giustizia².

L'introduzione di tali barriere, volte per esempio a limitare l'assistenza legale gratuita o ad introdurre ostacoli economici all'accesso alla tutela giurisdizionale, non vuole (almeno nelle intenzioni) essere preclusiva dell'accesso, ma tenta di arginare l'elevato tasso di litigiosità che caratterizza ormai moltissimi ordinamenti, al fine di rendere efficiente l'amministrazione della giustizia e di consentire a coloro che accedono alla giustizia di poter ottenere il bene della vita in ragione del quale ricorrono in giudizio. È necessario perciò valutare con attenzione se simili scelte legislative, che si riproducono *mutatis mutandis* in molti ordinamenti nazionali, siano o meno legittime e se finiscano per rendere il sistema giurisdizionale pericolosamente iniquo: facilmente accessibile per soggetti particolarmente abbienti e all'opposto inaccessibile o farraginoso per tutti gli altri soggetti, specialmente quelli meno abbienti.

Riconoscere una certa iniquità nell'accesso al sistema giurisdizionale costituisce certamente il primo passo sulla strada (tutt'altro che facile) per la garanzia di un *equal access to justice*.

L'accesso alla tutela giurisdizionale deve quindi essere considerato nella sua dimensione pubblicistica per evitare la produzione di norme attente solo agli aspetti organizzativi e di efficientamento che non tengano nella giusta ponderazione il tema dell'accesso alla giustizia e finiscano con l'aumentare la disegualianza (pur magari ottenendo effetti positivi in termini di efficienza organizzativa e di risorse).

² F. CARPI, *Note sull'accesso alla giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2016.

Il carico economico che segue la decisione di agire (o difendersi) in giudizio rappresenta una potenziale barriera all'accesso alla tutela giurisdizionale, escludendo dall'arena processuale quei soggetti che non possono permettersi di affrontare le spese che devono essere sostenute in giudizio, spese che riguardano tanto la difesa tecnica quanto gli oneri fiscali legati all'apertura della fase giudiziale. Ed è proprio in relazione a questi ultimi (cioè agli oneri fiscali) che si vuole qui operare un approfondimento basato principalmente sulla giurisprudenza.

Preliminarmente, tuttavia, si ritiene di dover evidenziare che l'introduzione di oneri fiscali è ormai comune a molti ordinamenti che tentano di "spostare" i costi dell'amministrazione della giustizia (o parte di essi) dalla intera collettività (che vi contribuisce attraverso la fiscalità generale) agli effettivi fruitori del servizio. Questo *shift* degli oneri fiscali dalla collettività ai "consumatori", che pur risponde a legittime logiche deflattive e di efficientamento dell'amministrazione della giustizia, si badi bene, non sempre tiene nella giusta considerazione tutti gli interessi in gioco e, soprattutto, sembra legarsi ad una connotazione di *access to justice* di tipo meramente individualista (o a-sociale), senza tener nella giusta considerazione la sua natura pubblicistica. Garantire l'*access to justice* non si traduce solo nel riconoscimento per le persone di far udire la propria voce e di dar concretezza ai loro diritti ottenendo il bene della vita a motivo del quale ricorrono all'autorità giurisdizionale, ma opera più in generale per la promozione dei diritti garantiti dalla legge a vantaggio dell'intera collettività (essenziale dimensione pubblica). Ed è proprio questo, come si vedrà, il fondamento logico e giuridico della decisione dei giudici britannici che verrà esaminata nel prossimo paragrafo e sulla quale sarebbe necessario riflettere.

2. *Il caso Unison: la Corte Suprema del Regno Unito.*

Nel panorama comparato, la sentenza della Corte Suprema del Regno Unito *R (Unison) v. Lord Chancellor*³ offre interessanti spunti di riflessione, capaci anche di travalicare i confini nazionali. Non a caso, infatti,

³ *R (UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51.

tale decisione è stata salutata dagli studiosi britannici e dalla stampa locale come un “landmark judgment” o, ancora, “the biggest single victory in the history of employment law”. Con tale decisione, infatti, i giudici della *UK Supreme Court* hanno dichiarato nullo *ab origine* un onere fiscale che era stato imposto dal Governo, attraverso un apposito *Order*, nell’ambito dei contenziosi giuslavoristi avanti all’*Employment Tribunal* e all’*Employment Appeal Tribunal*. Per comprendere la reale portata di tale pronuncia e per poterne valorizzare gli interessanti spunti di riflessione che ne derivano, è necessario tratteggiare, sia pur brevemente, il quadro di contesto in cui si innesta la questione legale posta all’attenzione dei giudici britannici e risolta dalla sentenza *de qua*.

2.1. *Il quadro di contesto a valle della decisione Unison.*

La *Section 42* del *Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007* prevedeva, in termini generali, che il *Lord Chancellor* potesse, con un *Order*, introdurre oneri fiscali (*fees*) con riferimento ai procedimenti giudiziari attivati di fronte a diversi tribunali. Tra i molti, la citata *Section 42* faceva anche riferimento ai Tribunali del lavoro (*Employment Tribunal* e *Employment Appeal Tribunal*) che nel contesto britannico rappresentano «*the only credible mechanism for vindicating most individual employment rights*»⁴ e che gestiscono un elevato numero di contenziosi⁵ riguardanti, per la maggior parte, i diritti dei lavoratori contenuti nell’*Employment Rights Act 1996*.

Il Governo di coalizione, in carica tra il 2010 e il 2015, particolarmente preoccupato dall’elevato numero di contenziosi in materia di diritto del lavoro, elaborò un programma di riforma che prevedeva, come punto centrale, l’introduzione di oneri fiscali con una triplice finalità. In primo luogo l’introduzione di tali oneri rispondeva all’esigenza di trasferire una parte dei costi inerenti alla gestione dei *tribunals* dall’imposizione fiscale generale agli effettivi fruitori del servizio, in secondo luogo si proponeva di disincentivare i ricorsi “futili” e infondati e, infine, si pro-

⁴ A. ADAMS, J. PRASSL, *Vexatious Claim: Challenging the case for Employment Tribunal Fees*, in *Modern Law Review*, 3/2017, p. 413.

⁵ Si segnala che nel 2012 le cause pendenti avanti all’*Employment Tribunal* erano circa 192.000.

poneva di incoraggiare metodi di risoluzione alternativa delle controversie. L'introduzione di una simile misura di imposizione fiscale era, a dire il vero, già stata valutata più volte in passato sia dai Governi conservatori che labouristi, ma non era mai stata attuata perché era sempre prevalsa la preoccupazione dell'impatto negativo che tali misure avrebbero potuto avere, scoraggiando anche i ricorrenti meritevoli⁶.

È dunque proprio nell'ambito del programma di riforma cui si accennava che, l'allora *Lord Chancellor*, Chris Grayling, aveva emanato l'*Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal Fees Order 2013* (da qui in avanti *Fees Order*) introducendo *ex novo* il pagamento di oneri fiscali (di entità variabile ed anche elevata) per quanti volessero iniziare una causa avanti a tali corti del lavoro. Ed è il caso di notare che, diversamente da quanto avviene in altri ordinamenti, il mancato pagamento di tali *fees* era preclusivo della possibilità di vedere il proprio caso deciso. Ovviamente, tale misura era mitigata dalla possibilità, in presenza di determinate caratteristiche reddituali, di avvalersi di una *full remission*, cioè di una esenzione totale dal pagamento di tale onere, misura che, nelle intenzioni del governo, salvaguardava proprio il diritto di *access to justice* per quanti non fossero nelle condizioni materiali di pagare tale tributo.

L'impatto reale di tale misura non tardò ad arrivare: nell'arco di un anno si verificò una rapida e drammatica diminuzione delle cause portate all'attenzione dei tribunali del lavoro (di circa il 70%), ben al di sopra delle stime del Governo⁷. Fatto questo che fu anche oggetto di una apposita inchiesta parlamentare al termine della quale la *House of Commons Justice Select Committee* pubblicò un report, datato 20 giugno 2016, in cui concludeva che era necessario ridurre tali oneri fiscali e al contempo ampliare la platea dei soggetti che potevano accedere ad una *full remission* degli stessi⁸.

⁶ A. ADAMS, J. PRASSL, *Vexatious Claim*, cit., p. 414.

⁷ Si veda in proposito il documento intitolato: *Introducing a fee charging regime into Employment Tribunals and the Employment Appeal Tribunal – Impact assessment*, disponibile on line in <https://consult.justice.gov.uk/digital-communications/et-fee-charging-regime-cp22-2011/results/et-fees-response-ia.pdf>.

⁸ Il Report della *Justice Committee* intitolato *Courts and Tribunals Fees* è disponibile on line sul sito del Parlamento britannico <https://publications.parliament.uk/pa/cm/201617/cmselect/cmjust/167/167.pdf>.

La questione avrebbe dunque potuto trovare una soluzione squisitamente politica, ma così non è stato.

Infatti, per il tramite dell'associazione sindacale Unison, la questione concernente l'impatto negativo del *Fees Order* sull'accesso alla giustizia veniva portata, sin da subito, all'attenzione dei giudici di primo grado e di appello (*Divisional Court* e *Court of Appeal*), ma senza successo in quanto, secondo tali giudici, mancava la chiara prova della impossibilità di pagare gli oneri fiscali da parte dei litiganti⁹.

È nel contesto ora descritto che si inserisce la pronuncia unanime della *UK Supreme Court* che da un lato risolve pragmaticamente una problematica giuridica particolarmente delicata e dall'altro lato scrive una importante pagina del diritto costituzionale britannico, spostando peraltro il centro della questione da una dimensione europea e sovranazionale ad una dimensione squisitamente costituzionale. Infatti, come osservato da Lord Reed, «*the right of access to justice is not an idea recently imported from the continent of Europe, but has long been deeply embedded in our constitutional law. The case has therefore been argued primarily on the basis of the common law right of access to justice*»¹⁰. Affermazione questa che non stupisce soprattutto se considerata nel contesto storico in cui è stata pronunciata, e cioè a seguito dell'esito referendario della c.d. Brexit.

2.2. *La rule of law come grimaldello per abbattere le barriere all'accesso alla giustizia.*

I giudici supremi britannici si trovano così a valutare, in termini generali, se il *Fees Order* fosse conforme ai principi costituzionali e in particolare al diritto di accesso alla giustizia e lo fanno proprio a partire dal principio della *rule of law* e dal riconoscimento della dimensione pubblica dell'accesso alla giustizia ad essa connessa come grimaldello per “forzare” ed abbattere la barriera rappresentata dalle *Court Fees*. Ed è questo uno

⁹ *The Queen on the Application of Unison v. Lord Chancellor*, [2014] EWHC 218 (Admin); *The Queen on the Application of Unison (no. 2) v. Lord Chancellor*, [2014] EWHC4198 (Admin); *The Queen on the Application of Unison v. Lord Chancellor*, [2015] EWCA Civ 935.

¹⁰ *R (UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, par. 64.

dei punti di maggiore interesse della pronuncia, capace di travalicare le specificità del caso nazionale.

I giudici supremi riconoscono l'accesso alla giustizia come un diritto fondamentale di rango costituzionale «*inherent in the rule of law*»¹¹ e ricostruiscono, didatticamente, il rapporto tra questi due fondamentali concetti in un *climax* che giunge alle radici del concetto stesso di democrazia. Secondo il ragionamento della Corte, infatti, l'esistenza di corti indipendenti costituisce un elemento necessario, ma da solo non sufficiente, per il rispetto della *rule of law*. È infatti indispensabile che le persone abbiano effettivamente accesso a tali corti indipendenti perché senza tale accesso, le leggi divengono lettera morta, il lavoro fatto dal Parlamento diviene inutile e le stesse elezioni democratiche dei Membri del Parlamento divengono una farsa priva di senso. Pertanto si deve concludere, secondo i giudici britannici, che «*courts do not merely provide a public service like any other*»¹² e che dunque l'accesso alla giustizia non ha valore solo per i soggetti che sono coinvolti nel procedimento giudiziale, ma porta un beneficio per una pluralità di soggetti se non per l'intera comunità¹³.

A titolo di esempio i giudici britannici citano il noto precedente *Donoghue v. Stevenson*¹⁴, noto anche come il caso della lumaca nella bottiglia di ginger, che ha aperto la via ad uno dei più importanti sviluppi del diritto del XX secolo in materia di responsabilità del produttore e tutela del consumatore. Esempio questo che prova anche che non è sempre preferibile che un caso venga risolto attraverso un accordo stragiudiziale il cui beneficio sarebbe solo per le parti. E secondo i giudici supremi tali considerazioni risultano ancor più vere se calate nel contesto dei giudizi in materia di diritti dei lavoratori, giudizi che, per loro natura, coinvolgono parti che non hanno pari "forza" contrattuale e che, in assenza di un accesso ad un tribunale indipendente ed imparziale, finirebbero con il vedere la sistematica prevalenza della parte contrattualmente più forte,

¹¹ *Ibidem*, par. 66.

¹² *Ibidem*, par. 68.

¹³ *Ibidem*, par. 69.

¹⁴ *Donoghue v. Stevenson* [1932] AC 562.

mettendo a rischio quei diritti che il Parlamento, agendo nel pubblico interesse, ha inteso garantire ai lavoratori.

Ovviamente, simili affermazioni risultano particolarmente vere negli ordinamenti di *common law* nei quali il precedente giurisprudenziale vincolante è fonte del diritto e costituisce la base legale attraverso cui risolvere future controversie secondo la logica dello *stare decisis*, ma sono certamente valide anche negli ordinamenti che appartengono alla tradizione giuridica di *civil law*, essendo oggi innegabile il riconoscimento di una certa forza propulsiva della giurisprudenza nell'avanzamento del diritto. Una simile considerazione, inoltre, non elimina la necessità che il ricorrente sia legittimato ad agire in giudizio e che lo faccia per ottenerne un beneficio in via diretta, ma semplicemente considera che la questione giuridica risolta avanti ai tribunali può avere una portata ulteriore in termini di certezza del diritto, di efficacia delle leggi nonché in termini di evoluzione del diritto vivente che, come detto, trova (oggi più che mai) il suo naturale impulso nella sede giudiziale.

Le potenti affermazioni contenute nella sentenza *Unison* paiono inoltre contenere una velata critica nei confronti della decisione (politica) di carattere generale di far ricadere sui fruitori del “servizio” dell'amministrazione della giustizia i relativi costi, come avviene in altri ambiti. Infatti, la Corte sembrerebbe dire che così come i benefici della azione legale non sono confinati alle parti del giudizio, al pari non dovrebbero esserlo neppure gli oneri del giudizio stesso. E ciò benché, ovviamente, in astratto, l'introduzione di oneri fiscali non sia illegittima per sé e possa anche perseguire finalità meritevoli di tutela. Tuttavia, e su questo punto i giudici britannici sono chiari, tali oneri non devono mai costituire una interferenza all'accesso alla giustizia.

2.3. *L'accesso alla giustizia alla prova dei fatti.*

Partendo dalle premesse sopra evidenziate i giudici britannici iniziano a valutare se il *Fees Order* in discussione abbia effettivamente creato una illegittima interferenza all'accesso alla giustizia, passando dunque dal piano teorico costituzionale ad un piano pragmatico.

Il punto centrale della questione, secondo Lord Reed che estende la sentenza cui gli altri giudici aderiscono, non è tanto avere prove del fatto

che un soggetto, pur volendolo, non sia stato in grado di portare una causa avanti al tribunale del lavoro perché non poteva permetterselo economicamente (pur tenendo in conto delle possibilità di *remission*), ma dimostrare che esiste un concreto rischio che ciò avvenga.

Per far ciò, la Corte si sofferma inizialmente sui dati statistici che evidenziano una sostanziale e significativa decrescita del volume delle controversie proprio a partire dall'entrata in vigore del *Fees Order*. Anche se tale prova non è da considerarsi conclusiva, perché gli elementi che possono aver condotto ad una diminuzione dei casi avanti ai tribunali del lavoro possono essere molteplici, è comunque sufficiente per dimostrare l'esistenza quanto meno di un reale rischio. Ma i giudici britannici non si fermano a tale iniziale dimostrazione (che pur avrebbe potuto essere sufficiente) e, ragionando in termini estremamente pragmatici, cercano di guardare al reale impatto di tale misura sia in relazione all'utilità che le parti possono trarre dal processo (*i*), sia in considerazione agli specifici bisogni dei soggetti che si trovano nella condizione di voler (o dover) iniziare una azione legale avanti al giudice del lavoro (*ii*).

Innanzitutto (*i*) secondo la Corte Suprema non bisogna ragionare solo in termini di sostenibilità economica: infatti, a prescindere dal fatto che una persona possa o meno permettersi di pagare le *fees* necessarie per instaurare una causa avanti al giudice del lavoro, si deve considerare se l'ammontare della stessa rendita del tutto futile o irrazionale la pretesa giudiziaria. Infatti, non tutte le questioni portate all'attenzione del giudice del lavoro prevedono il riconoscimento di un risarcimento di tipo economico. Basti pensare, per esempio, ad una causa volta a riconoscere il diritto a regolari pause nell'ambito dell'orario lavorativo, negate dal datore di lavoro. In questa ipotesi (o anche quando il risarcimento previsto sia di lieve entità) iniziare un contenzioso diventerebbe eccessivamente gravoso e futile anche a prescindere dalla disponibilità economica del soggetto (considerata anche la naturale incertezza di raggiungere il risultato sperato).

Inoltre, (*ii*) se invece la pretesa fosse tale da non rendere anti economico l'inizio della causa, è comunque necessario valutare se tali *court fees* possano comunque avere un impatto negativo sugli eventuali "fruttori del servizio". Una simile valutazione, secondo i giudici britannici, non può prescindere da una osservazione reale per comprendere se tali *fees* siano economicamente accessibili non in un astratto piano teorico, ma in con-

creto. Pertanto, la Corte prova a valutare la situazione di una persona di reddito medio basso che, da un punto di vista astratto, potrebbe anche essere economicamente capiente rispetto al pagamento di tale onere. Tuttavia, in una simile ipotesi il pagamento delle *fees* potrebbe avvenire solo a fronte di una rinuncia di una spesa ordinaria necessaria a mantenere uno stile di vita accettabile, e avrebbe dunque un impatto negativo sulla vita complessiva del soggetto. Anche a voler ammettere che una persona con un livello di reddito medio/basso possa rinunciare a tutte le spese accessorie non strettamente necessarie (abbigliamento/ attività ricreative, culturali e sociali), il tempo richiesto per “risparmiare” una somma sufficiente per permettersi il pagamento delle *fees* sarebbe comunque di qualche mese, cosa questa che potrebbe rendere comunque intempestivo l’accesso alla giustizia. Osservazione questa che risulta ancor più vera se si considera che spesso in materia di diritto del lavoro le questioni legali spesso non possono essere previste con anticipo, ma si impongono al verificarsi di alcune situazioni patologiche (licenziamento illegittimo/discriminazione) che necessitano una pronta reazione. E per dirla con le parole attribuite a Montesquieu, è noto che giustizia ritardata corrisponda a giustizia negata.

La valutazione di tali elementi fa sì che la Corte ritenga che le *court fees* in concreto (e in relazione agli specifici bisogni delle eventuali parti del giudizio) mettano a rischio l’accesso alla giustizia per quei soggetti che non possiedono i requisiti di reddito necessari per accedere a forme di *remission*, ma al contempo abbiano un reddito appena sufficiente a mantenere uno stile di vita accettabile.

Un simile approccio, basato su dati reali, pare di particolare interesse in quanto guarda al *quantum debeatur* degli oneri fiscali non solo in termini di congruenza rispetto al sistema giurisdizionale in correlazione con l’utilità che le parti possono trarre dal processo, ma anche come strumento concretamente operante nella realtà fattuale in relazione a specifici bisogni (e stati di bisogno) delle parti processuali¹⁵. Una vera rivoluzione co-

¹⁵ Sul punto si veda R.G. RODIO, *Costi processuali, accesso alla giustizia e diritto di difesa: la Corte costituzionale nuovamente chiamata a pronunciarsi sul contributo unificato*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2017, pp. 18-20. L’Autore, in un contesto differente, evidenzia come la giurisprudenza costituzionale italiana abbia sin qui affrontato il tema

perniciana che permette di guardare all'incidenza effettiva degli oneri fiscali imposti nell'ambito processuale nella vita reale dei soggetti che si trovano a dover fronteggiare una questione legale.

2.4. *Profili critici della sentenza Unison.*

Sebbene la sentenza *Unison* qui analizzata sia da considerarsi particolarmente importante e positiva per l'*access to justice*, non si può non dare atto, sia pur brevemente, di alcune criticità, di carattere squisitamente interno, concernenti, in termini generali, il rapporto tra Corte e Legislatore. Infatti, come ricordato *supra* (par. 2.1), il *Fees Order* 2013 era stato emanato dall'allora Lord Chancellor sulla base di potere riconosciutogli espressamente da una legge del 2007. Secondo i giudici britannici però tale *Order* è da considerarsi *ultra vires* (e dunque nullo *ab origine*) in quanto la volontà del legislatore (pur chiara nel riconoscere al Lord Chancellor il potere di istituire *court fees*) non può che essere letta entro i limiti di cui al diritto dell'*access to justice* e dunque non può essere attribuita al legislatore la volontà di consentire al Lord Chancellor la predisposizione di *fees* che rappresentino una effettiva barriera all'accesso alla giustizia. Una simile lettura, però, lascia aperta una domanda sulla possibilità per il Lord Chancellor di esercitare nuovamente e legittimamente tale potere attribuitogli per il tramite del *Tribunals, Courts and Enforcement Act* 2007 e pare non tenere in considerazione che il Parlamento, per il tramite della *Justice selected committee*, aveva considerato il *Fees Order* emanato legittimamente, pur avendone suggerito una modifica relativamente agli importi e ai meccanismi di *remission*. La Corte Suprema dunque, pur di salvare il principio della sovranità parlamentare, spinge all'estremo la propria attività interpretativa della legge per poter esercitare la *judicial review* dell'*Order* e stralciarlo dall'ordinamento.

Ma la soluzione drastica offerta dalla sentenza *de qua* che considera nullo *ab origine* il *Fees Order*, non era certo l'unica soluzione possibile,

della onerosità del contributo unificato solo con riferimento alla sua congruenza rispetto al sistema processuale vigente e ipotizza come un cambio di paradigma potrebbe consentire di giungere a diverse conclusioni (e dunque ad una declaratoria di incostituzionalità).

tanto più se si considera che essa interviene in un momento in cui il dibattito politico sull'ammontare di tale onere fiscale era all'ordine del giorno. E lo fa, secondo i detrattori della sentenza, applicando un test a posteriori che era impossibile da applicare per i decisori politici, ai quali non è richiesta la capacità di predire il futuro in quanto «*political and legal changes frequently involve a process of trial and error. A change is made and then refined in the light of experience*»¹⁶.

3. *Il contributo unificato nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: cenni.*

Al di qua della Manica l'impostazione della Corte costituzionale italiana pare essere maggiormente formalistica e meno pragmatica, ma certo non priva di interesse. Tuttavia, alcuni degli spunti elaborati dalla sentenza *Unison* potrebbero trovare terreno fertile nel nostro ordinamento.

Pur in sintesi si intende qui richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in tema di contributo unificato e accesso alla giustizia. Giurisprudenza che, nel corso degli anni, ha consolidato alcuni importanti principi in materia.

La Corte costituzionale italiana ha, ormai da tempo, prestato particolare attenzione agli oneri che vengono imposti dal legislatore alle parti, distinguendo tra quelli legittimi (che sono da considerarsi quali strumenti necessari imposti dal legislatore allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione) e quelli illegittimi che, al contrario, costituiscono un'irragionevole preclusione al diritto all'accesso alla tutela giudiziale in quanto connessi al soddisfacimento di interessi estranei alle finalità processuali. Tali oneri, peraltro, possono avere sia un contenuto economico (pagamento di una imposta di registro, contributo unificato, deposito cauzionale) che un *facere* (dimostrazione dell'adempimento di oneri fiscali, prova di determinati fatti etc.).

Secondo la Corte costituzionale, e qui si rileva un elemento di forte

¹⁶ S. LAWS, *Second-Guessing Policy Choices. The rule of law after the Supreme Court's UNISON judgement*, disponibile on line <https://policyexchange.org.uk>.

differenziazione rispetto al ragionamento dei giudici britannici, il sistema giurisdizionale deve essere considerato come un servizio pubblico, necessario e fondamentale, al pari di altri assicurati nell'ambito dello Stato sociale e, in quanto servizio, è legittimo che lo stesso sia erogato dietro il versamento di un tributo da parte dei soggetti fruitori del servizio stesso¹⁷.

Tale tributo, nello specifico caso italiano è rappresentato dal contributo unificato, introdotto nel 2002 dal d.p.r. n. 115¹⁸. Esso è, come la Corte costituzionale ha avuto modo di ribadire, una tassa (o comunque una entrata tributaria erariale), fissata generalmente in proporzione al valore della controversia¹⁹, che però deve essere ben calibrata dal legislatore perché essa non incida negativamente su situazioni tutelate a livello costituzionale²⁰.

È la commisurazione del tributo ad essere, tutt'oggi, il punto maggiormente dibattuto: le numerose critiche rivolte al contributo unificato, infatti, riguardano ormai non tanto la sua esistenza quanto piuttosto il *quantum debeatur*, dal momento che la Corte costituzionale ne ha fatta salva sia la natura che la funzione. La Corte costituzionale, tuttavia, pare aver sin qui giocato in difesa, riconoscendo al legislatore un'ampia discrezionalità in materia, purché ovviamente le sue scelte siano non manifestamente irragionevoli²¹. Inoltre, l'omesso versamento del contributo non si traduce in una causa di improcedibilità dell'azione e quindi non ha un effetto preclusivo sull'azione giudiziale²². Infatti, in caso di omesso pa-

¹⁷ Cfr. Corte cost., sent. 73/2005. Qui la Corte affermando la natura tributaria del contributo unificato specifica che lo stesso è connesso alla fruizione del servizio giudiziario, pur essendo commisurato forfetariamente al valore dei processi e non al costo del servizio reso od al valore della prestazione erogata, al pari di quanto avviene per altri servizi pubblici. Sul punto vale la pena anche ricordare che ancor più chiaramente si esprime la Corte di Cassazione SS.UU. nella sent. n. 24883/2008. Cfr. da ultimo Corte cost., ord. n. 104/2020.

¹⁸ Il contributo unificato è andato a sostituire il previgente sistema che era basato sul pagamento di una marca da bollo ogni quattro pagine dell'atto giudiziario e che era regolato dal d.p.r. n. 642/1972.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 73/2005 e sent. n. 143/2012. Il criterio del *quantum* basato sul criterio del valore della controversia non però riguarda il processo amministrativo per il quale il legislatore ha stabilito un criterio per materia.

²⁰ Cfr. Corte cost., ord. 195/2011, ord. n. 284/2011 e ord. 69/2012.

²¹ Corte cost., ord. n. 164 del 2010.

²² Corte cost., ord. n. 143 del 2011.

gamento del contributo unificato la causa seguirà il suo corso, senza alcun pregiudizio²³, fatto salvo ovviamente il tentativo di recupero del credito da parte dello Stato attraverso un primo avviso bonario e la successiva emissione della cartella esattoriale.

Ma forse la prospettiva potrebbe cambiare se la Corte costituzionale dovesse decidere utilizzando come parametro il comma 3 dell'art. 24 Cost. che assicura ai non abbienti i mezzi per agire in giudizio. Un simile cambio di prospettiva potrebbe forse consentire alla Corte costituzionale italiana di operare una analisi, pragmatica, non dissimile a quella elaborata dai giudici britannici considerando «*i procedimenti giurisdizionali non più quali istituti operanti in astratto, bensì quali strumenti concretamente operanti in realtà effettuali strettamente correlate a specifici bisogni (e stati di bisogno) delle parti processuali*»²⁴. Certo, come visto analizzando la sentenza *Unison*, una simile decisione potrebbe avere una forte connotazione politica, ma al contempo offrirebbe una migliore protezione dell'accesso alla giustizia, considerato dalla Corte stessa, principio fondamentale dell'ordinamento e probabilmente consentirebbe di (ri)abbracciare pienamente quella essenziale dimensione pubblicistica dell'*access to justice*.

Un simile cambio di prospettiva, che certo dovrebbe essere stimolato dai giudici rimettenti, potrebbe anche avere un decisivo (e auspicabile) impatto sulla questione che, in questa materia, ha maggiormente interessato il nostro ordinamento, cioè quella relativa al versamento del contributo unificato nel giudizio amministrativo in materia di appalti pubblici²⁵, sin qui considerato legittimo dalla Corte di giustizia²⁶ e dalla Corte costituzionale²⁷.

²³ Sul punto si vedano Corte cost., ord. n. 195 del 2011, ord. n. 284 del 2011.

²⁴ Così R.G. RODIO, *Costi processuali, accesso alla giustizia e diritto di difesa: la Corte costituzionale nuovamente chiamata a pronunciarsi sul contributo unificato*, cit.

²⁵ Per un approfondimento specifico sul punto si vedano, tra i molti V. LARUFFA, *L'accesso alla giustizia amministrativa, tra effettività ed efficienza di tutela degli interessi del privato*, in *Nuovo Notiziario Giuridico*, 1, 2019; M.A. SANDULLI, *Le nuove misure di deflagrazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *Federalismi.it*, 24 ottobre 2012; R. LUGARÀ, *Dis-eguaglianza e obblighi contributivi: il caso del contributo unificato nel processo amministrativo*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016.

²⁶ Corte di giustizia, sent. 6 ottobre 2015, C-61/14.

²⁷ Corte cost., sent. n. 271 del 2019.

4. *Alcune conclusioni: The NeverEnding Story.*

Il tema delle *court fees*, nel cui ambito è ricompreso anche il contributo unificato italiano, oggi come nel passato, è al centro di riflessioni sia di carattere politico sia giuridico. Se infatti è generalmente accettato, nel panorama mondiale, che l'imposizione di oneri fiscali non pregiudichi di per sé l'accesso alla giustizia (tanto che misure simili sono ormai presenti in moltissimi ordinamenti), si continua però a dibattere su tutte quelle questioni (legate al loro aumento, all'introduzione degli stessi in ambiti processuali nei quali non erano presenti, al loro cumulo) che potrebbero rappresentare in concreto un *vulnus* nell'accesso alla giustizia che, quale elemento fondamentale della *rule of law*, deve essere sempre garantito a tutti in modo equo.

In Italia, peraltro, si è recentemente tornato a discutere sul tema in occasione della formulazione nel disegno di legge di Bilancio 2022 di un articolo, il 192, che, modificando la disciplina del contributo unificato di cui all'art. 16 d.p.r. n. 115/2002, surrettiziamente aveva previsto la non iscrizione al ruolo in caso di omesso pagamento del contributo ovvero nel caso in cui l'importo versato non fosse corrispondente al valore della causa dichiarato dalla parte. Tale decisione era espressamente motivata dalla volontà di semplificare la procedura di riscossione dei tributi a seguito di un aumento dell'evasione connessa con l'entrata a regime del processo civile telematico.

Guardando i dati pare doversi riconoscere un problema relativo al tentativo (peraltro in crescita) di evadere il pagamento del contributo unificato (nel 2018 sono state inoltrate per il solo settore civile 199.855 richieste di recupero), con un aggravio di spesa a carico dello Stato. Tuttavia, la soluzione non può certo essere cercata ostacolando l'accesso alla giustizia. Forse invece il dato dovrebbe essere considerato dai decisori politici come un campanello d'allarme e si dovrebbe cercare di comprendere quali siano le reali ragioni che spingono a tale evasione.

Una disposizione quale quella introdotta nella legge di Bilancio, come peraltro ha ben rilevato l'Ordine forense, finirebbe con il condizionare l'esercizio dell'azione giudiziaria all'adempimento tributario, cosa questa in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale

che, come ricordato sopra, ha dichiarato, a più riprese, un simile collegamento illegittimo. Peraltro, in linea con quanto affermato dalla Consulta, anche la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente escluso che gli atti processuali possano essere rifiutati in caso di irregolarità fiscale. Il Senato, nella seduta del 29 novembre 2021, ha bocciato la norma *de qua* proprio a causa dei dubbi di costituzionalità ad essa inerenti. Un pericolo scampato, dunque, che però fa riflettere sul fatto che sempre più spesso i governi tendano a valorizzare i profili di efficientamento del sistema della giustizia e i principi di cassa a discapito dell'*access to justice*.

Mutatis mutandis, agli antipodi, in Australia, si discute su una disposizione, sempre di origine governativa, che ha aumentato di cinque volte le *court fees* dovute per sottoporre una questione concernente la materia dell'immigrazione avanti alla Federal Circuit Court, che gestisce circa il 95% delle cause in materia di immigrazione.

Altrove, i governi si interrogano sulla necessità di adeguare le *court fees* all'inflazione (così per esempio in Scozia), cosa questa che, tuttavia, potrebbe, soprattutto nel contingente momento storico, avere un impatto fortemente negativo sull'accesso alla giustizia.

Tali esempi ben ci dimostrano come specialmente in un momento come quello attuale in cui sempre di più si sta andando verso una ottica di privatizzazione della giustizia per far fronte ad una serie di problematiche concernenti l'organizzazione dell'amministrazione della giustizia, si sta forse perdendo di vista il reale motivo per cui esso esiste: far sì che le leggi non siano lettera morta e che i tribunali rendano giustizia per quanti si trovano nella necessità di chiedere un loro intervento, a prescindere dalla loro capienza economica. Il caso britannico può ispirare tanto le Corti quanto i decisori politici.

Bibliografia

ADAMS A., PRASSL J., *Vexatious Claims: Challenging the Case for Employment Tribunal Fees*, in *The Modern Law Review*, 3, 2017.

ADAMS-PRASSL A., ADAMS-PRASSL J., *Systemic Unfairness, Access to Justice and Futility: A Framework*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 3, 2020.

- BOGG A., *The Common Law Constitution at Work: R (on the application of UNISON) v Lord Chancellor*, in *Modern Law Review*, 3, 2018.
- CAPPELLETTI M., *Access to Justice*, Milano, 1978-1979.
- CARPI F., *Note sull'accesso alla giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2016.
- ELLIOTT M., *The Rule of Law and Access to Justice: Some Home Truths*, in *The Cambridge Law Journal*, 2018.
- FORD M., *Employment Tribunal Fees and the Rule of Law: R(Unison) v. Lord Chancellor in the Supreme Court*, in *Industrial Law Journal*, vol. 47, 1, 2018.
- LARUFFA V., *L'accesso alla giustizia amministrativa, tra effettività ed efficienza di tutela degli interessi del privato*, in *Nuovo Notiziario Giuridico*, 1, 2019.
- LAWS S., *Second-Guessing Policy Choices. The Rule of Law after the Supreme Court's UNISON judgment*, disponibile on line <https://policyexchange.org.uk/wpcontent/uploads/2018/03/Secon-guessing-policy-choises-2.pdf>.
- LUGARÀ R., *Dis-eguaglianza e obblighi contributivi: il caso del contributo unificato nel processo amministrativo*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016.
- MAXWELL J., *Court Fees and Access to Justice in Australia*, in *Public Law Review*, 3, 2021.
- OSTI A., *Teoria e Prassi dell'Access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri*, Milano, 2016.
- PATTERSON A., *Lawyers and Public Good: Democracy in Action?*, Cambridge, 2011.
- RODIO R.G., *Costi processuali, accesso alla giustizia e diritto di difesa: la Corte costituzionale nuovamente chiamata a pronunciarsi sul contributo unificato*, in *dirittifondamentali.it*, 2, 2017.
- SANDULLI M.A., *Le nuove misure di deflagrazione del contenzioso amministrativo: prevenzione dell'abuso di processo o diniego di giustizia?*, in *federalismi.it*, 24 ottobre 2012.

CAPITOLO 3

L'ACCESSO ALLE CORTI "DEI DIRITTI": ALL'INCROCIO TRA DIMENSIONE COSTITUZIONALE E SOVRANAZIONALE¹

Stefania Leone e Costanza Nardocci

SOMMARIO: Introduzione. – *Sezione Prima: Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo: il diritto al giudice tra complementarietà, concorrenza, coordinamento e competizione.* – 1. Un preliminare inquadramento introduttivo: le Corti, i singoli, le parti. – 2. Le quattro letture (o stagioni) dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo e le loro ragioni. – 2.1. La complementarietà. – 2.2. La concorrenza. – 2.3. Il coordinamento (tentato dal punto di vista processuale e/o realizzato nella prospettiva del diritto sostanziale). – 2.4. La competizione e l'accenramento. – 3. Tra accesso alle Corti e diritti delle parti: per un sistema incidentale "autosufficiente". – 4. Riflessioni *de jure condendo*, tra ricorso incidentale, diretto e azione popolare. – 5. In via preliminare: qualche parziale considerazione sullo stato di salute del diritto al giudice tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. – *Sezione Seconda: Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea: il caso della doppia pregiudizialità come occasione per (re)impostare il rapporto tra i due giudizi.* – 1. La "regola" Simmenthal-Granital alla prova del tempo. – 2. Le ragioni della "nuova" giurisprudenza costituzionale e i suoi potenziali effetti sul "diritto al giudice". – 3. Certezza del diritto vs immediatezza della tutela. – 4. La "nuova regola" e i "nuovi rapporti" con la Corte di giustizia. – 5. Conclusioni. – Bibliografia.

¹ L'introduzione e le conclusioni sono da imputarsi ad entrambe le Autrici. La Sezione Prima, *Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo: il diritto al giudice tra complementarietà, concorrenza, coordinamento e competizione*, è da attribuirsi alla dott.ssa Costanza Nardocci. La Sezione Seconda, *Corte costituzionale e Corte di giustizia dell'Unione europea: il caso della doppia pregiudizialità come occasione per (re)impostare il rapporto tra i due giudizi*, è da attribuirsi alla Prof.ssa Stefania Leone.

Introduzione.

Il saggio affronta il tema del *diritto di accesso al giudice* dalla prospettiva delle relazioni che intercorrono tra i livelli, nazionale e sovranazionale, di tutela dei diritti fondamentali nell'intreccio tra Carte dei diritti e Corti dei diritti.

Le dinamiche che si instaurano nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti sovranazionali sono infatti suscettibili di condizionare le aspettative che richieda piena tutela giurisdizione. Più che ragionare del diritto di far valere le proprie istanze di tutela «*innanzi ad un giudice*», essendo ormai assodato che non possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale «*senza che vi sia [anche] una giurisdizione dinanzi alla quale esse possano essere fatte valere*»² (tondo nostro), si tratta dunque, da una parte, di valutare se a dover essere salvaguardata sia anche la pretesa dell'individuo a scegliere *quale* giudice debba occuparsi della lesione lamentata, e, dall'altra, di verificare quali conseguenze ne discendano sulla posizione del singolo e sulle sue strategie difensive, nonché le modalità attraverso cui il Giudice costituzionale e le Corti sovranazionali dei diritti si rapportano tra di loro e con il primo.

L'analisi muove dalla consapevolezza della eterogeneità che connota i due sistemi che si «affiancano» all'ordinamento giuridico nazionale, quello convenzionale e quello euro-unitario, e propone una disamina delle specificità di ciascuno allo scopo di segnalare alcune linee di tendenza che contraddistinguono il diritto di accesso al giudice in rapporto alle dinamiche Corte costituzionale/Corte europea dei diritti dell'uomo, da un lato, e Corte costituzionale/Corte di giustizia dell'Unione Europea, dall'altro.

La struttura del saggio ripete detta impostazione, occupandosi la prima Sezione del diritto al Giudice costituzionale quale prodotto delle interferenze tra il primo e la Corte europea dei diritti dell'uomo e la seconda di quelle che, viceversa, occorrono sempre tra il primo e la Corte di giustizia dell'Unione Europea con particolare riferimento alla nuova giurisprudenza sui casi di c.d. doppia pregiudizialità.

² Corte cost., sent. n. 26 del 1999. Anche da ultimo la Corte costituzionale ha affermato che «*una tutela dei diritti effettiva richiede l'accesso a un giudice*» (sent. n. 48 del 2021).

La misura in cui il diritto al giudice è tutelato oppure, all'opposto, esposto a tensioni che ne compromettono – parzialmente oppure integralmente – la salvaguardia sul piano dell'ordinamento interno costituisce obiettivo ultimo dello scritto e sarà oggetto di alcune riflessioni congiunte a chiusura della disamina che si propone.

SEZIONE PRIMA

CORTE COSTITUZIONALE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: IL DIRITTO AL GIUDICE TRA COMPLEMENTARIETÀ, CONCORRENZA, COORDINAMENTO E COMPETIZIONE

1. *Un preliminare inquadramento introduttivo: le Corti, i singoli, le parti.*

Come premesso, il contributo si occupa delle criticità legate all'accesso alle Corti dei diritti – qui, il riferimento è alla Corte costituzionale e alla Corte europea dei diritti dell'uomo – in rapporto alla tutela del diritto al giudice. In particolare, la tenuta del diritto al giudice è indagata dalla prospettiva delle relazioni, delle interferenze, ma anche degli "scontri" tra le due Corti, chiamate a pronunciarsi su casi analoghi oppure del tutto identici con risultati non sempre sintonici e dagli effetti talvolta anche significativamente eterogenei per le parti dei rispettivi giudici e per la collettività più ampiamente intesa.

Inquadrando il fenomeno nella dimensione costituzionale-nazionale, scopo ultimo dell'analisi che segue sarà appurare l'adeguatezza dell'accesso solo mediato al Giudice costituzionale in rapporto, viceversa, alla opportunità di una rivisitazione del sistema di controllo della costituzionalità delle leggi e degli atti ad essa equiparati, a partire dalla introduzione del c.d. ricorso diretto.

Si tratta di un tema non nuovo alla giustizia costituzionale, che assume rinnovato interesse alla luce di almeno tre elementi ontologico-fattua-

li, che potrebbero far propendere per un ripensamento del sistema vigente come risultante dai lavori dell'Assemblea Costituente, poi irrobustiti dall'intervento legislativo di cui alla legge n. 87/1953, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*.

In estrema sintesi, ci si riferisce al canale diretto che “porta” l'istanza del singolo davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo; al ruolo del giudice *a quo*, che nel sistema incidentale può non schiudere le porte del giudizio di costituzionalità oppure cimentarsi in un illegittimo controllo di costituzionalità e/o di convenzionalità diffuso tramite un utilizzo improprio dell'istituto della interpretazione (costituzionalmente e, anche, convenzionalmente) conforme; alla flessibilizzazione, per opera della Corte di Strasburgo, della regola del previo esaurimento delle vie di ricorso interno *ex art. 35 CEDU* per agevolare l'ingresso a Strasburgo di questioni che rimarrebbero, viceversa, nella disponibilità del giudice comune, prima, e della Corte costituzionale, poi, rendendo (forse) incerta la tenuta e la salvaguardia effettiva e, soprattutto, tempestiva del diritto al giudice³.

³In tema, può non essere inconferente ricordare che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è costante nel ribadire la non necessità del previo esaurimento del rimedio “costituzionale”, sin dal caso *Brozicek c. Italia*, 19 dicembre 1989, proprio in ragione dell'assenza dell'istituto del ricorso diretto nel sistema di giustizia costituzionale nazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo osservava, in proposito, che: «[t]he Court would observe that in the Italian legal system an individual is not entitled to apply directly to the Constitutional Court for a review of the constitutionality of a law. Only a court which is hearing the merits of a case has the possibility of making a reference to the Constitutional Court, at the request of a party or of its own motion. Accordingly, such an application cannot be a remedy whose exhaustion is required under Article 26 (art. 26) of the Convention». Nello stesso senso, anche *Cofferati c. Italia*, 24 febbraio 2009, § 48. Per una ricostruzione del significato della regola del previo esaurimento dei rimedi interni, si veda *Akdivar e altri c. Turchia*, 16 settembre 1996. Interessante, inoltre, sottolineare che ritorna nello scambio più recente tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo proprio il tema della tutela offerta dall'ordinamento giuridico nazionale del diritto di accesso al giudice in relazione agli articoli 6, ma anche 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il riferimento è alla recente pronuncia della Corte costituzionale n. 203 del 2021, che fa seguito alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Petrella c. Italia* del 18 marzo 2021. Più in particolare, la questione di costituzionalità riguardava l'art. 2, comma 2-bis, l. n. 89 del 2001, *Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifi-*

2. *Le quattro letture (o stagioni) dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo e le loro ragioni.*

Note sono le differenze tra i giudizi che si svolgono, rispettivamente, davanti alla Corte costituzionale e dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴. Tali differenze potrebbero motivare una impostazione che, almeno ad una prima lettura, spinga per mantenere separati i due sistemi enfatizzandone gli elementi di eterogeneità: la natura del giudizio, astratta *v.* concreta⁵; la modalità di instaurazione, indiretta *v.* diretta; gli effetti della sentenza che definisce il giudizio, *erga omnes v. inter partes*, pure con qualche eccezione rappresentata dal caso delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo adottate all'esito della c.d. procedura della sentenza pilota⁶.

Tuttavia, la vincolatività, parziale e mediata⁷, della giurisprudenza

ca dell'articolo 375 del codice di procedura civile, inserito dall'art. 55, comma 1, lettera a), numero 2), del d.l. n. 83 del 2021, *Misure urgenti per la crescita del Paese*, convertito con l. n. 134 del 2012, "nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato per la persona offesa soltanto con l'assunzione della qualità di parte civile, per contrasto con l'art. 117 [...] della Costituzione in relazione all'art. 6" CEDU.

⁴ Per uno studio delle specificità del giudizio che si svolge dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, si veda, diffusamente, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.

⁵ Tra le altre, si vedano Corte cost., sent. n. 236 del 2011 sul c.d. "caso Scoppola (n. 2)", in cui la Corte afferma: «*la circostanza che il giudizio della Corte europea abbia ad oggetto un caso concreto e, soprattutto, la peculiarità della singola vicenda su cui è intervenuta la pronuncia devono, infatti, essere adeguatamente valutate e prese in considerazione da questa Corte, nel momento in cui è chiamata a trasporre il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nel diritto interno e a esaminare la legittimità costituzionale di una norma per presunta violazione di quello stesso principio*».

⁶ Di cui riferisce l'art. 61, *Procedura della sentenza pilota*, del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁷ Qui il riferimento è alla giurisprudenza costituzionale che si è occupata della collocazione delle fonti "convenzionali" all'interno del sistema delle fonti del diritto, così come nell'ambito della giurisprudenza della Corte e dei giudici e che ha visto, in estrema sintesi, un passaggio dal disegno dei rapporti tratteggiato nelle c.d. sentenze "gemelle", nn. 348 e 349 del 2007, poi ridimensionato dalla impostazione, maggiormente accentratrice, sposata dalla Corte costituzionale in occasione della celebre pronuncia n. 49 del 2015.

della Corte europea dei diritti dell'uomo, imposta dall'obbligo di cui all'art. 117, comma 1, Cost., e la prassi giurisprudenziale sviluppatasi nei decenni più recenti ha, viceversa, evidenziato un avvicinamento progressivo delle due Corti e dei rispettivi giudizi, aprendo a conflitti, interferenze, soluzioni sintoniche e, anche, talvolta a scambi dialogici.

In questo scenario, le relazioni tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno concorso a delineare alcune fasi o stagioni, che riflettono, secondo l'impostazione a cui si è scelto di aderire in questo scritto, quattro ipotesi di lettura o tesi ricostruttive osservate dalla prospettiva del ruolo della parte e del singolo e del loro diritto, costituzionale e convenzionale, di accesso al giudice.

2.1. *La complementarietà.*

La prima lettura, a cui può riferirsi allo scopo di tratteggiare i rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo dalla prospettiva del diritto al giudice, è quella della c.d. "complementarietà".

Si tratta di un'ipotesi ricostruttiva che riprende la tesi illustrata nei primi anni novanta da Mauro Cappelletti⁸ il quale, abbandonato il *favor* dei primi tempi per il ricorso diretto al Giudice costituzionale, ritiene che l'azione non mediata ma diretta alla Corte europea dei diritti dell'uomo completerebbe e, soprattutto, colmerebbe le denunciate lacune del giudizio in via incidentale senza richiedere l'innesto di una ulteriore via di accesso alla Corte costituzionale accanto a quella indiretta e ad iniziativa diffusa promossa dai giudici al cospetto della sussistenza dei requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità.

Riprendendo tale tesi, che sottende e auspica la creazione di un sistema di "giustizia costituzionale sopranazionale"⁹ coerente al proprio interno, l'accesso diretto alla Corte costituzionale non sarebbe necessario in ragione della facoltà, rimessa a titolo discrezionale al singolo e alla parte,

⁸ M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove e vecchie sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario di svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 31 ss.

⁹ *Ibidem*, p. 32.

di promuovere un ricorso diretto dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo ogniquale volta la parte di un giudizio in corso oppure il singolo ritenga non conveniente attendere i tempi, spesso lunghi e incerti, della via incidentale. In definitiva, due tutele parallele, eterogenee dal punto di vista dei rispettivi meccanismi processuali, ma entrambe funzionali a garantire la salvaguardia di piattaforme di diritti fondamentali ritenute omogenee, della cui tutela il singolo potrebbe beneficiare ricorrendo all'una ovvero all'altra Corte dei diritti.

Simile costruzione, complementare e integrata, tra i due sistemi non è osteggiata dalla giurisprudenza costituzionale che, stando ad alcune affermazioni di principio, si è dimostrata incline ad un intreccio tra i due sistemi almeno sul piano della interpretazione delle norme di diritto positivo interne.

La Corte costituzionale afferma, cioè, di optare per una interpretazione integrata delle tutele, richiamando l'argomento o la regola della c.d. "massimizzazione delle tutele", che vorrebbe una lettura dei principi costituzionali da inquadrare anche nel prisma di quelli convenzionali e volta a sospingere per un innalzamento dei livelli di salvaguardia dei diritti in tutte le ipotesi in cui sussista una occasione di confronto tra il sistema costituzionale nazionale e quello sovranazionale continentale.

La Corte costituzionale, anche di recente, ha, infatti, avuto occasione di ribadire che: «*gli stessi principi o analoghe previsioni si rinvencono nella Costituzione e nella CEDU, così determinandosi una concorrenza di tutele, che però possono non essere perfettamente simmetriche e sovrapponibili; vi può essere uno scarto di tutele, rilevante soprattutto laddove la giurisprudenza della Corte EDU riconosca, in determinate fattispecie, una tutela più ampia [...], – con la conseguenza che – in questa ipotesi di concorrenza di tutele si ha che l'invocato parametro convenzionale [...] ben può offrire talora, in riferimento a determinate fattispecie, una tutela più ampia del parametro nazionale*»¹⁰.

La massimizzazione delle tutele di cui pure riferisce la Corte è, però, da inserire in un «*contesto di coesistenza, e non di assimilazione, tra le garanzie interne e quelle convenzionali*»¹¹, al fine di preservare le ineliminabili

¹⁰ Corte cost. sent. n. 278 del 2020, punto n. 19 del *Considerato in diritto*.

¹¹ Corte cost. sent. n. 43 del 2017, punto n. 4.1 del *Considerato in diritto*.

bili specificità dei due sistemi e, in particolare, di quello nazionale.

Questa prima ipotesi di lettura, che interpreta le relazioni tra le due Corti in senso non oppositivo ma collaborativo, sembrerebbe a tutta prima rispondere agli interessi delle parti e dei singoli, che si vedrebbero destinatari di una pluralità di strumenti di tutela dei diritti tra di loro tendenzialmente coerenti, poiché costruiti su Carte dei diritti che salvaguardano pressoché gli stessi principi e che sono preposte a garantire una tutela omogenea in attuazione della già richiamata finalità del c.d. generale “innalzamento delle tutele”.

In accordo con simile impostazione, che valorizza e forse quasi incentiva il doppio binario Corte costituzionale/Corte europea dei diritti dell'uomo e che non sembra ostare almeno in teoria ad azioni proposte parallelamente dinanzi all'uno e all'altro giudice, il singolo e la parte potrebbero non necessitare dell'istituto del ricorso diretto alla Corte costituzionale. Laddove il singolo individuo non arrivasse davanti al Giudice costituzionale, anche in costanza di un illegittimo ostruzionismo del giudice *a quo*, ben però egli potrebbe rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo che, non a caso, non richiede l'azionabilità della via incidentale per pronunciarsi su una vicenda nazionale di rilievo convenzionale¹².

2.2. *La concorrenza.*

La seconda lettura, della c.d. “concorrenza”, interpreta, invece, il diritto di accesso alla giustizia sì nel prisma delle relazioni tra le due Corti, enfatizzando però l'attitudine del Giudice costituzionale e di quello sovranazionale ad agire in modo autonomo, quasi a voler prescindere l'uno dall'operato dell'altro.

Si intende, in proposito, richiamare alcuni casi emblematici, in cui le modalità relazionali tra le due Corti dei diritti si sono sviluppate secondo una logica a “compartimenti stagni” con vicende concrete che sono

¹² Sulle perplessità della Corte di Strasburgo nei confronti del sistema di giustizia costituzionale nazionale dà ampiamente conto, come si dirà, la Corte europea a partire dal “cambio di passo” seguito alla decisione costituzionale n. 49 del 2015, che, stando alla lettura offerta dal Giudice sovranazionale, avrebbe prodotto un assottigliamento delle ipotesi di vincolatività della giurisprudenza convenzionale nei confronti dei giudici, prima, e della Corte costituzionale, poi. Il riferimento al noto caso *Parrillo c. Italia* e alla opinione parzialmente concorrente.

state portate, con tempi diversi e talvolta anche dalle stesse parti, dinanzi ad entrambe le Corti e con esiti non sempre coerenti.

Sicuramente espressione di questa linea tendenza è la vicenda che ha interessato il c.d. matrimonio omosessuale, in cui le stesse parti del giudizio principale giunto dinanzi alla Corte costituzionale, poi, definito con la sentenza n. 138 del 2010¹³ di inammissibilità per discrezionalità legislativa, si sono in seguito rivolte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ottenendo in quella sede la condanna dell'Italia a distanza di cinque anni nella ormai famosa pronuncia *Oliari e altri c. Italia*¹⁴.

Oltre l'eterogeneità delle conclusioni raggiunte dalle due Corti, valga soltanto sottolineare come, in questo caso, sia stato il Giudice sovranazionale ad oltrepassare il limite costituito dal rispetto della discrezionalità legislativa, a fronte del noto *self-restraint* accolto dalla Corte costituzionale, non ripiegando sul margine di apprezzamento statale¹⁵ e giungendo

¹³ Su cui, tra i numerosi contributi in letteratura, si rinvia a R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1629 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, p. 1 ss.; I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio. Tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale per motivare la sentenza n. 138 del 2010*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 471 ss.; M. D'AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Notizie di Politeia*, 2010, p. 85 ss.

¹⁴ Corte Edu, *Oliari e altri c. Italia*, 21 luglio 2015, su cui si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, in *Forum di Quaderni costituzionale*, 2015, p. 1 ss. In senso analogo, si veda, anche, Corte Edu, *Orlandi e altri c. Italia*, 14 dicembre 2017.

¹⁵ In dottrina, si vedano diffusamente F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 65 ss.; R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.; H.C. YOUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff Publishers, L'Aja, 1996; A. YUTAKA, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp, 2002; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, p. 705 ss.

sino ad affermare l'esistenza di un'obbligazione positiva in capo allo Stato contraente *ex art. art. 8, § 2* della Convenzione, cioè l'introduzione per legge di una forma di riconoscimento giuridico delle unioni non matrimoniali tra persone dello stesso sesso.

Altrettanto interessante e riconducibile a questo filone giurisprudenziale è anche la vicenda della diagnosi genetica pre-impianto di cui alla l. n. 40 del 2004, in cui, dopo la severa condanna italiana in *Costa e Pavan c. Italia*¹⁶, la Corte costituzionale, con sentenza n. 96 del 2015, accoglie la questione di costituzionalità senza però valorizzare la sentenza europea.

In questa ipotesi, pure a fronte del risultato sintonico tra le due pronunce, nel senso della contiguità tra le argomentazioni, la Corte costituzionale si è però pronunciata come se la Corte europea dei diritti dell'uomo non esistesse, tanto che, non sorprendentemente, ha eluso la domanda sull'art. 117, comma primo, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, evocato tra le norme parametro della questione, dichiarandone l'assorbimento (improprio).

Il doppio binario Corte costituzionale/Corte europea dei diritti dell'uomo si sviluppa, quindi, lungo tracciati che si mantengono separati, non si intersecano a vicenda e l'eventuale successo dell'azione del singolo davanti ad una Corte finisce con il non incidere sull'esito del giudizio promosso dinanzi all'altra.

In ipotesi di "concorrenza" tra le due Corti, cioè di assenza di scambio e di interferenza tra i due sistemi, il ricorso diretto del singolo davanti alla Corte costituzionale potrebbe, forse, completare il sistema di giustizia costituzionale nazionale o, perlomeno, – e questo potrebbe rappresentare il vantaggio più significativo – sollecitare il singolo a promuovere soltanto una delle due azioni, scongiurando rischi di decisioni disomogenee tra i due livelli di tutela dei diritti e il rischio, altrettanto serio, di generare conflitti tra "giudicati"¹⁷.

¹⁶ Corte Edu, *Costa e Pavan c. Italia*, 28 agosto 2012, con note di B. RANDAZZO, *Il caso Costa e Pavan c. Italia: la bulimia della Corte dei "desideri"*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 460 ss.; si consenta il rinvio anche a C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l'ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*, in *Rivista AIC*, 2013, p. 1 ss.

¹⁷ Sulle peculiarità del c.d. "giudicato costituzionale", si rinvia in dottrina a A. PIZZORUSSO, *sub art. 136 - Garanzie costituzionali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della*

2.3. *Il coordinamento (tentato dal punto di vista processuale e/o realizzato nella prospettiva del diritto sostanziale).*

La terza lettura, del c.d. "coordinamento", ha conosciuto inveramento in casi invero residuali e si caratterizza per il tentativo della Corte costituzionale di instaurare un collegamento diretto con la Corte europea dei diritti dell'uomo, anche allungando i tempi del suo processo, tramite l'impiego, invero anomalo, di alcuni istituti processuali.

Si richiamano, in questa sede, vicende e pronunce assai note.

La prima è costituita dall'ordinanza in tema di fecondazione c.d. "eterologa" n. 150 del 2012¹⁸, con cui la Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti ai *giudici a quibus* in ragione del sopravvenuto riesame da parte della Grande Camera su un caso reso peraltro non contro l'Italia e che presentava specificità proprie rispetto alla normativa nazionale portata dinanzi al Giudice costituzionale, *S.H. e altri c. Austria*¹⁹.

Nella pronuncia n. 150 del 2012, il Giudice costituzionale "fa entrare" la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel suo processo e la equipara, discutibilmente, ad un *novum* a cui ancorare il provvedimento di restituzione degli atti. Pure a fronte di simile scelta, sicuramente inquadrabile nella prospettiva di un coordinamento tentato sul piano processuale con il sistema convenzionale, curioso, poiché del tutto opposto, sarà invece, l'approccio della Corte costituzionale nella sentenza di accoglimento di analoga questione, n. 162 del 2014, in cui – similmente a quanto osservato per le ipotesi di c.d. "concorrenza" – il Giudice costituzionale dichiara assorbito l'art. 117, comma 1, Cost. quasi a voler rinnegare il precedente collegamento instaurato con la dimensione sovranazionale²⁰.

Costituzione, Bologna-Roma, 1981; F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002 e, più di recente, E. FURNO, *Giudicato costituzionale, in Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2021; se ne occupa, anche, M. D'AMICO, nel suo *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993.

¹⁸ In dottrina, tra i molti, si rinvia ai contributi pubblicati sulla rivista *Notizie di Politica*, 109, 2013, di M. D'AMICO e C. NARDOCCI, R. ROMBOLI, E. DOLCINI, B. RANDAZZO, I. PELLIZZONE e S. LEONE.

¹⁹ Corte Edu, *S.H. e altri c. Austria*, 3 dicembre 2011.

²⁰ Per un commento alla decisione della Corte, *ex multis*, si vedano i contributi pub-

In altre parole, al coordinamento (tentato) sul piano processuale, la Corte risponde in seconda battuta suggerendo una costruzione gerarchica tra i parametri costituzionali evocati, assegnando chiara prevalenza a quelli interni e palesando non solo, non tanto, la propria discrezionalità nell'esame della questione di costituzionalità, ma anche, e soprattutto per quanto qui rileva, la residualità se non addirittura l'irrelevanza del contributo del Giudice sovranazionale.

Quale secondo esempio di coordinamento sul piano processuale operato dalla Corte costituzionale può, poi, richiamarsi una vicenda che vedeva ancora una volta protagonista la disciplina nazionale in tema di procreazione medicalmente assistita. Il riferimento è al provvedimento di sospensione del proprio processo adottato dalla Corte costituzionale in attesa della pronuncia della Grande Camera in sede di riesame sul caso *Parrillo c. Italia*²¹. Anche in questo caso, la successiva decisione della Corte costituzionale, sentenza n. 84 del 2016, pure questa volta concorde con l'esito europeo, non poggerà sul precedente della Corte europea dei diritti dell'uomo, preferendo ancora una volta optare per una definizione tutta interna della questione di costituzionalità dichiarando assorbito l'art. 117, comma 1, Cost.

Nella prospettiva del diritto di accesso alla giustizia, cioè del diritto individuale al giudice, il coordinamento c.d. processuale si è, però, tradotto, da un lato, in un allungamento dei tempi del processo costituzionale (nel c.d. caso "Parrillo"), dall'altro anche nel rischio, per le parti del giudizio *a quo*, di non poter più tornare davanti alla Corte costituzionale (nel caso della fecondazione c.d. "eterologa"), dal momento che il provvedimento di restituzione degli atti ai giudici *a quibus* avrebbe potuto anche risolversi in una successiva decisione di manifesta infondatezza delle riscritte questioni di costituzionalità ripresentate su istanza delle parti ma non rimesse dai giudici *a quibus* dinanzi alla Corte costituzionale.

Il coordinamento c.d. "processuale" sperimentato dalla Corte costituzionale non si è, in definitiva, tradotto in un irrobustimento del diritto al giudice, risultando talvolta addirittura pregiudizievole, cioè non "utile",

blicati sul volume M. D'AMICO, B. LIBERALI (a cura di), *L'illegittimità costituzionale del divieto della "fecondazione eterologa". Analisi critica e materiali*, Milano, 2014.

²¹ Corte Edu, *Parrillo c. Italia*, 27 agosto 2015.

agli interessi delle parti laddove si consideri, come si dovrebbe, il collegamento ineludibile tra tempi del processo, tempi dei diritti e delle parti.

Diverse sono, invece, le ipotesi di coordinamento c.d. sostanziale rispetto alle quali il singolo trova risposta alla propria domanda di giustizia, giovandosi del "dialogo" tra le due Corti, che si snoda non sul piano processuale, bensì sulla condivisione degli argomenti di merito spesi rispettivamente dalle due Corti.

A voler fare qualche esempio, si pensi alle sentenze n. 24, n. 25 e n. 26 del 2019, in tema di misure di prevenzione perdonali e patrimoniali, in cui la Corte costituzionale ha accertato la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., ancorando le proprie decisioni alla giurisprudenza – ritenuta consolidata – della Corte europea dei diritti dell'uomo successiva al caso *Di Tommaso c. Italia*²².

Ancora, sebbene con alcune criticità, alla decisione della Corte costituzionale n. 113 del 2011²³ in tema di revisione delle sentenze definitive in materia penale in cui il Giudice costituzionale è giunto sino a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p., «*nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*». Un caso di intervento manipolativo robusto ispirato ad una logica di piena adesione alle logiche dell'esecuzione interna delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo.

²² Corte Edu, *Di Tommaso c. Italia*, 23 febbraio 2017.

²³ A commento della decisione costituzionale, si rinvia a G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1542 ss.; G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, 2011, 1548 e ss. Si occupa della sentenza n. 113 del 2011 in rapporto al tema dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo sul piano dell'ordinamento giuridico interno ed in relazione agli obblighi che derivano dall'art. 46 CEDU, B. RANDAZZO, *Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della Cedu*, in *Rivista AIC*, 2015, p. 1 ss.

2.4. *La competizione e l'accentramento.*

La quarta lettura che forse meglio inquadra i rapporti attuali tra le due Corti e che permette di comprendere lo “stato di salute” reale del diritto al giudice enfatizza una interazione fatta di competizione tra le due Corti, che si esprime in tendenze accentratrici.

Una competizione, condivisa da entrambe le Corti, che la Corte costituzionale – lo si ricorda incidentalmente – ha manifestato in modo particolarmente evidente in relazione al diritto internazionale pattizio e anche, più ampiamente, al diritto internazionale consuetudinario, come in occasione della sentenza n. 238 del 2014²⁴.

L'ipotesi di lettura in esame poggia su un insieme di condotte adottate da entrambe le Corti che, nei tempi più recenti, hanno progressivamente riaccentrato entrambe su di sé la definizione ultima del giudizio.

Dal lato della Corte costituzionale, tale accentramento è senza dubbio e in primo luogo imputabile all'evoluzione della sua giurisprudenza che ha circoscritto le ipotesi di vincolatività della giurisprudenza convenzionale nei confronti dei giudici comuni dopo il cambio di passo verificatosi con la nota sentenza n. 49 del 2015²⁵.

Sotto altro versante, si colloca il ricorso ad alcune strategie processuali, tra tutte, il ricorso frequente alla tecnica dell'assorbimento del parametro, nella sua variante impropria, con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., a cui si affianca la preferenza per la definizione dei giudizi di costituzionalità con accoglimenti, che guardano ai soli parametri interni pure in costanza di condanne contro l'Italia su fattispecie medesime o analoghe.

²⁴ A commento, si vedano T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2015, p. 1 ss.; R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016, p. 1 ss.

²⁵ La letteratura a commento della pronuncia è sterminata. Nella prospettiva che qui interessa, si segnalano V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, 2015, p. 1 ss.; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 1 ss.

La giurisprudenza costituzionale ha conosciuto numerosi esempi di questa tendenza, che vanno, per citarne alcuni, dalla vicenda del sovrappollamento carcerario²⁶, alla trasmissione del cognome materno²⁷, al diritto del minore di conoscere le proprie origini²⁸, passando per le già citate pronunce sulla l. n. 40 del 2004 in tema di fecondazione eterologa²⁹ in tema di diagnosi genetica pre-impianto³⁰ e di ricerca scientifica sperimentale sugli embrioni umani³¹.

Nella prospettiva dei diritti delle parti del giudizio *a quo*, ma, più in generale, dei singoli, l'assorbimento, specie quello c.d. improprio, si sostanzia in una "non risposta" della Corte costituzionale alla richiesta del

²⁶ Corte cost., sent. n. 279 del 2013, peraltro, dopo una sentenza della Corte europea adottata con la procedura della sentenza pilota sul caso *Torreggiani e altri c. Italia*.

²⁷ Corte cost., sent. n. 286 del 2016, con nota di E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, p. 1 ss. La sentenza della Corte costituzionale faceva seguito alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Cusan e Fazzo c. Italia*, 7 gennaio 2014.

²⁸ Corte cost., sent. n. 278 del 2013 che segue Corte Edu, *Godelli c. Italia*, 25 settembre 2012.

²⁹ Corte cost., sent. n. 162 del 2014 su cui, per tutti, M. D'AMICO, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *Biolaw Journal*, 2014, p. 13 ss.

³⁰ Corte cost. sent. n. 96 del 2015. Per una ricostruzione della vicenda che ha interessato il divieto di diagnosi genetica pre-impianto prima della decisione costituzionale, B. LIBERALI, *La diagnosi genetica preimpianto fra interpretazioni costituzionalmente conformi, disapplicazione della legge n. 40 del 2004, diretta esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e questioni di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, p. 1 ss. Per un commento alla decisione della Corte, I. PELLIZZONE, *L'accesso delle coppie fertili alla diagnosi genetica preimpianto dopo la sentenza 96 del 2015: le condizioni poste dalla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, p. 1 e ss.; si consenta, inoltre, il rinvio a C. NARDOCCI, *Dalla Convenzione alla Costituzione: la tacita sintonia tra le corti. a margine di corte cost. sent. n. 96 del 2015*, in *Biolaw Journal*, 2015, p. 271 ss.

³¹ Corte cost., sent. n. 84 del 2016 su cui si vedano C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *Biolaw Journal*, 2016, p. 157 ss.; A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal*, 2016, p. 245 ss.

giudice *a quo* e delle parti, traducendosi in una sorta di negazione della domanda di “giustizia”. Nel precludere l’ingresso dei parametri convenzionali, l’assorbimento diviene così strumento processuale di chiusura del sistema costituzionale rispetto a quello convenzionale, negando il collegamento e quindi il perseguimento dell’obiettivo della c.d. “massimizzazione delle tutele”, che dovrebbe, all’opposto, passare da uno scambio tra le due Corti e le rispettive giurisprudenze.

Spostandosi dalla prospettiva della Corte costituzionale a quella della Corte europea dei diritti dell’uomo, anche nel contesto sovranazionale si riscontra una impostazione incline a centralizzare la definizione di giudizi sfuggiti alle dinamiche giurisdizionali interne. Anche la Corte europea dei diritti dell’uomo ha, cioè, fatto ampio aggio su propri strumenti processuali, in particolare, grazie alla più estesa apertura delle maglie del suo processo.

L’accentramento “convenzionale”, che in qualche caso pare addirittura emanciparsi dalle logiche del principio di sussidiarietà a cui si informano (o, dovrebbero conformarsi) i rapporti tra i due sistemi, risponde ad esigenze di tipo diverso e, in particolare, pare assurgere ad una reazione al cospetto della ritenuta inadeguatezza del sistema nazionale, reo di non salvaguardare adeguatamente il sistema convenzionale.

Ci si riferisce alle note criticità sottolineate dalla Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *Parrillo c. Italia*, ove la Corte di Strasburgo ha ammesso il ricorso diretto di una donna che aveva ommesso di esperire previamente i rimedi domestici poggiando la ricevibilità sull’assunto che il sistema nazionale non assicurerebbe adeguata tutela ai diritti convenzionali.

È noto, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, come detto, non ritiene il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale un rimedio di cui è richiesto il previo esperimento ai fini dell’art. 35, § 1, CEDU. Tuttavia, la novità di *Parrillo c. Italia*³² risiede nel-

³² In particolare, si veda, in tema, l’opinione parzialmente concorrente al caso *Parrillo c. Italia*. A commento e per questi aspetti, si vedano le riflessioni di M. D’AMICO, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2015, p. 1 ss.; e di G. SORRENTI, *Questione di legittimità costituzionale e previo esaurimento dei rimedi interni dopo la sent. n. 49/2015 (in margine a Corte Edu, 27 ago. 2015, caso Parrillo)*, in *Consulta Online*, 2015, p. 818 ss.

l'aver ritenuto il sistema nazionale, per come la giurisprudenza costituzionale più recente ha riletto le relazioni tra le due Corti e, ancora, prima, il posto e il peso della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti del diritto nazionale, incapace di tutelare adeguatamente i diritti individuali, a cui ha fatto da contraltare l'apertura senza filtro oppure a filtro attenuato del giudizio sovranazionale.

3. Tra accesso alle Corti e diritti delle parti: per un sistema incidentale "autosufficiente".

Se quella tratteggiata è una proposta di interpretazione dinamica dei rapporti tra le due Corti, appare ora opportuno interrogarsi su quale sia stato il seguito di simile scenario sul piano dei diritti e delle istanze dei singoli e delle parti e se, davvero, la Corte costituzionale può "fare da sola" per assicurare l'effettività del diritto al giudice, disinteressandosi del livello sovranazionale di tutela dei diritti e dell'*agere* delle sue Corti. In altre parole, ci si chiede se continui a mantenere una sua gravidanza l'argomento della inutilità di una rivisitazione delle modalità di accesso al sindacato di costituzionalità, che affianchi la via mediata dal giudice ad una via diretta ed immediata sul modello noto ad altre esperienze comparate.

La prospettiva che offre la giurisprudenza costituzionale più recente, che sembrerebbe voler "tagliare fuori" la Corte europea dei diritti dell'uomo ridisegnando in senso riduttivo i contorni delle ipotesi di vincolatività della giurisprudenza convenzionale nei confronti dei giudici comuni, non è stata del tutto condivisa o raccolta dall'azione dei singoli, che hanno continuato ad adire la Corte europea dei diritti dell'uomo anche in considerazione delle persistenti difficoltà nel portare questioni di costituzionalità davanti al Giudice costituzionale.

I dati più recenti, che risalgono al 2020 e al netto dell'inesistenza del ricorso diretto alla Corte costituzionale che ovviamente ridimensiona in parte il dato quantitativo³³, attestano una netta distanza tra le questioni

³³ Si precisa, in proposito, che sarebbe ovviamente utile anche una valutazione comparativa che guardi alle questioni di costituzionalità eccepite su istanza delle parti e non

che arrivano alla Corte costituzionale (332 atti di promuovimento) e i ricorsi individuali che, viceversa, giungono a Strasburgo (1497³⁴); un dato statistico che dimostra la tendenza dei singoli a portare le proprie istanze oltre i confini nazionali, dove è più “facile” arrivare.

Le relazioni annuali della Presidente Marta Cartabia sulla giurisprudenza costituzionale del 2019³⁵ e del Presidente Giancarlo Coraggio su quella del 2020³⁶, evidenziano, tuttavia, anche una tendenza parzialmente difforme. Entrambe le relazioni riferiscono di un aumento delle questioni di costituzionalità sollevate dinanzi alla Corte costituzionale e, soprattutto, delle decisioni di merito: un aspetto che potrebbe deporre per una rinnovata vitalità della via incidentale, lasciando temporaneamente indietro spinte riformiste.

Nella relazione della Presidente Cartabia, si legge, in particolare, che: *«[è] in aumento il numero di questioni portate davanti alla Corte costituzionale: nell'arco del 2019, i giudici si sono rivolti alla Corte in via incidentale in 248 casi (199 nel 2018 e 198 nel 2017)»*.

Accanto all'aumento della “domanda di giustizia”, viene segnalato, come premesso, anche l'incremento delle decisioni in cui la Corte costituzionale si pronuncia sul merito, rispondendo alla domanda della parte (o del giudice).

Ancora, e in senso analogo, nella più recente relazione del Presidente Coraggio, si afferma, che: *«[i] numeri evidenziano una linea di tendenza significativa, ossia la costante contrazione delle ordinanze di manifesta inammissibilità o non fondatezza in favore delle sentenze, che attualmente vengono adottate in oltre il 70 per cento dei casi (il 75 per cento negli incidentali e*

solo al dato complessivo delle questioni sollevate dinanzi alla Corte costituzionale senza distinguere tra questioni sollevate d'ufficio dal giudice *a quo* e quelle su istanza della parte.

³⁴ Il dato è simile a quello degli anni precedenti: 1374 casi nel 2017; 1692 nel 2018; 1454 nel 2019. Il dato quantitativo riportato considera unitariamente tutti i ricorsi, senza distinguere tra ricorsi che poggiano su dedotte violazioni del dettato convenzionale per opera di leggi ed atti ad esse equiparate oppure per atti posti in essere da *State actors* o *non State actors*. Ulteriori dati sono reperibili al link https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2020_ENG.pdf.

³⁵ La relazione è stata pubblicata il 28 aprile 2020.

³⁶ La relazione è stata pubblicata il 13 maggio 2021.

nei principali), mentre in anni non troppo lontani, ad esempio nel 2007, si era al di sotto del 40».

Oltre i dati quantitativi e l'importanza che il sistema dei *treaty bodies* – a cui va ricondotta la Corte europea dei diritti dell'uomo – riveste sul piano della salvaguardia dei diritti fondamentali, occorre rimarcare come il rafforzamento della capacità dei sistemi di giustizia costituzionale nazionale continui a mantenere una sua imprescindibile centralità non solo sul versante del dibattito domestico interno.

Nel suo Report del 2021³⁷, la Commissione di Venezia ha, infatti, incentivato l'irrobustimento dei sistemi di giustizia costituzionale nazionale per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, in ragione dell'esigenza di contenere il numero di ricorsi promossi a Strasburgo per ovviare all'inopportuno sovraccarico del Giudice sovranazionale; in secondo, a motivo della ritenuta capacità delle Corti costituzionali di proteggere meglio i diritti individuali tramite pronunce aventi efficacia *erga omnes* a tutela dell'eguaglianza e della certezza del diritto.

Quanto alla idoneità del sistema incidentale nazionale di rispondere alle esigenze dei singoli e delle parti, cioè alla sua autosufficienza in rapporto al diritto al giudice, la risposta affermativa potrebbe prendere le mosse da alcuni interventi congiunti che potrebbero muoversi lungo due direzioni distinte: verso l'"interno" (o verso il "basso"), allo scopo di favorire una gestione migliore e più efficiente delle patologie del giudizio *a quo*³⁸; e verso l'"esterno", cioè nei rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo allo scopo di sollecitare un confronto reale con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che non ne limiti l'ingresso sul piano nazionale e che osti a tentativi di oscuramento della giurisprudenza sovranazionale tramite un approccio della Corte costituzionale svalutativo dell'art. 117, comma 1, Cost.

³⁷ Il riferimento è al Revised Report on Individual Access to Constitutional Justice, adottato dalla Commissione di Venezia in occasione della 125esima Sessione plenaria svoltasi l'11 e il 12 dicembre 2020. Il testo del Report, può essere consultato al seguente link: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2021\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)001-e).

³⁸ Per un esempio recente di "patologia" del giudizio *a quo*, si veda la decisione n. 127 del 2021 in tema di non revocabilità dell'ordinanza di rimessione e del provvedimento di sospensione del giudizio principale.

Nel presupporre il più efficiente funzionamento dello scambio giudizio *a quo*/giudizio di costituzionalità, la prospettiva “verso l’interno” rievoca le suggestioni di Abbamonte che riferiva dell’opportunità di “elasticizzare al massimo”³⁹ le regole processuali, che preludono all’apertura o viceversa alla chiusura del giudizio di costituzionalità⁴⁰.

Si richiede, cioè, di ragionare sulla fase instaurativa del giudizio in via incidentale, di guardare, come detto, al giudizio *a quo* e di studiare ed ovviare alle sue patologie. Ci si riferisce, per citarne, alcune: all’omessa sospensione del giudizio principale oppure alla sua riattivazione e definizione in assenza di un previo pronunciamento della Corte costituzionale⁴¹; alla sospensione del giudizio c.d. “impropria” in presenza di analoga questione di legittimità costituzionale pendente, sollevata da altro giudice in altro procedimento e nei confronti di altre parti; alla revoca dell’ordinanza di rimessione e del provvedimento di sospensione; ai ritardi nella trasmissione dell’ordinanza di rimessione; alla violazione degli obblighi di notifica. Un insieme eterogeneo e vasto di ipotesi in cui l’accesso alle Corti dei diritti e, in particolare, alla Corte costituzionale è bloccato in entrata dal giudice comune⁴².

Nella prospettiva “esterna”, rimane invece aperto l’interrogativo legato alla scelta del legislatore nazionale di non procedere alla ratifica del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo⁴³, che, sebbene con le

³⁹ G. ABBAMONTE, *Considerazioni sul tema*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario di svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 47 ss.

⁴⁰ Di questo aspetto, si è, peraltro, occupata di recente anche la Corte europea dei diritti dell’uomo che ha condannato il Portogallo per aver adottato regole processuali caratterizzate da un formalismo eccessivo lesivo dell’art. 6 CEDU. Il riferimento è a Corte Edu, *Dos Santos Calado and Others c. Portogallo*, 31 marzo 2020.

⁴¹ Emblematico e significativo il caso della sentenza della Corte costituzionale n. 127 del 2021 in risposta al provvedimento con cui il Tribunale ordinario di Lecce ha sollevato questione di costituzionalità dinanzi alla Corte per poi riassumere su di sé il giudizio sino alla definizione del processo principale.

⁴² Approfondisce ampiamente in letteratura l’insieme delle problematiche richiamate in innumerevoli lavori M. D’AMICO a partire dal suo *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.

⁴³ Sul contenuto del Protocollo n. 16 alla Convenzione e sulle criticità emerse soprattutto a seguito dalla sua omessa ratifica da parte del legislatore nazionale, si veda E. CRIVELLI, *ivi*.

sue specificità, avrebbe istituito un canale diretto tra giudici e Corte europea dei diritti dell'uomo tramite le c.d. *Advisory Opinions* della Grande Camera.

4. *Riflessioni de jure condendo, tra ricorso incidentale, diretto e azione popolare.*

Alla luce dello scenario che si è tratteggiato, si ritiene che il rafforzamento del diritto al Giudice costituzionale potrebbe essere favorito tramite due approcci da mantenere distinti e da integrare l'uno con l'altro, affiancando il secondo al primo.

Una prima prospettiva di intervento, più "minimale", guarda con favore ad interventi di flessibilizzazione delle regole del processo costituzionale secondo un'impostazione che ne contenga formalismi eccessivi ed interpretazioni limitative del diritto di accesso al Giudice costituzionale nelle fasi di costruzione e di trasmissione della questione di costituzionalità da parte del giudice del caso concreto a quello delle Leggi.

Il secondo approccio vorrebbe, invece, ragionare di alcune proposte di riforma del sistema di giustizia costituzionale nazionale, a partire da alcune sollecitazioni sviluppatesi a livello sovranazionale, che si saldano con alcuni degli argomenti emersi in seno al dibattito in Assemblea costituente sulla genesi del sistema di controllo di costituzionalità per via indiretta e, in particolare, sulla identificazione del soggetto legittimato ad adire la Corte costituzionale.

In accordo con la prima linea, nel novero degli interventi di modifica del sistema vigente, funzionali a ridare consistenza al "diritto" al Giudice (costituzionale), si inserisce quell'insieme di meccanismi che optano per un controllo più morbido dei requisiti di ammissibilità sia dal lato del giudice *a quo*, che da quello della Corte.

Si suole riferirsi in questa sede, in primo luogo, alla riduzione della funzione selettiva della rilevanza in entrata, favorendo le logiche della c.d. "porta stretta" in opposizione all'approccio della c.d. "selezione"⁴⁴.

⁴⁴ Il riferimento è a V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale, Atti del seminario di svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990, 301 ss.

Si tratta di una tendenza che la giurisprudenza costituzionale più recente⁴⁵ ha dimostrato di voler accogliere dinanzi a questioni di costituzionalità che riportavano al centro del dibattito l'ammissibilità di questioni di costituzionalità sollevate proprio allo scopo di favorire una decisione della Corte costituzionale. Un meccanismo di tutela più efficiente del diritto al Giudice costituzionale non dovrebbe, cioè, opporsi a questioni di costituzionalità sollevate al solo scopo di sottoporre alla Corte un dubbio sulla conformità a Costituzione di una norma vigente, specialmente in assenza del ricorso individuale. Ciò non significa rileggere l'art. 23 della legge n. 87/1953, nel senso che esso presupponga la sola pregiudizialità ma non, anche, la incidentalità, bensì "solo" dare accesso a questioni c.d. "pilota"⁴⁶, che siano sì artificialmente costruite, ma che però rispettano i requisiti formali affinché il giudice *a quo* possa sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale. Non si allontana da simile lettura la Corte costituzionale che, nella decisione n. 240 del 2021, nel respingere un'eccezione di inammissibilità per irrilevanza, ha affermato che: «*l'attivazione dell'incidente di costituzionalità [è] un rimedio esperibile, quale extrema ratio, "per le volte in cui sia impossibile adire diversamente il giudice delle leggi, considerando altresì l'esigenza di assicurare effettività alla tutela giurisdizionale"*»⁴⁷.

⁴⁵ Il riferimento, per tutte, è alla notissima giurisprudenza in materia elettorale scaturita dalle decisioni costituzionali n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017, ma anche alle più recenti decisioni della Corte cost. n. 48 del 2021 e n. 240 del 2021.

⁴⁶ Riferisce del concetto di "azione pilota", distinguendolo dalla nozione di *lis ficta* "in senso stretto" T. Groppi. Critico in dottrina di una impostazione che neghi l'ingresso a questioni di costituzionalità sulla base del rilievo che esse si limitano a presupporre l'accertamento di un diritto costituzionale è A. Cerri, che così osserva: «*pur anche proposta una mera azione di accertamento del diritto costituzionale negato, il bene della vita oggetto del giudizio a quo è diverso e specifico rispetto all'incidente di costituzionalità, onde, pur dopo l'accoglimento della questione, il giudice a quo dovrebbe pur sempre poi dichiarare che il soggetto attore ha diritto ad esercitare certe attività che gli erano negate; e, tuttavia, il crinale può divenire a questo punto troppo sottile e forte sembra la tentazione, in una fattispecie del genere, di negare l'incidentalità della questione proposta, con ciò anche negando un'azione di accertamento a tutela dei diritti costituzionali. Ecco, a me sembra che questo modo di formulare il principio possa condurre ad una restrizione nella garanzia dei diritti costituzionali*», così in *Corso di giustizia costituzionale*, 165-166.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 240 del 2021, punto n. 5.1 del *Considerato in diritto*.

In seconda istanza, si colloca il tema della manipolazione del *thema decidendum*⁴⁸ in rapporto al principio della c.d. autosufficienza dell'atto introduttivo e della regola della corrispondenza tra "chiesto" e "pronunciato", che esige che l'oggetto della questione di costituzionalità rimanga circoscritto se non addirittura "cristallizzato" alla sola "domanda" del giudice *a quo*.

La rivisitazione in senso ampliativo ovvero riduttivo⁴⁹, ove ammissibile, del *thema decidendum*, oltretutto da un'azione diretta in tal senso da parte della Corte costituzionale, potrebbe passare anche dalla valorizzazione dei contributi "esterni" sia dal lato soggettivo, cioè dei terzi intervenienti e degli *amici curiae*, dando così consistenza alle modifiche introdotte dalle Norme integrative del gennaio 2020⁵⁰, sia da quello oggettivo, derivanti cioè dalla contaminazione con il sistema convenzionale (ma non solo), che integrino ed, eventualmente, correggano ordinanze di rimessione male imposte dal giudice *a quo*⁵¹. I poteri manipolativi della Corte costituzionale potrebbero, in sostanza, essere resi strumento di recepimento delle sollecitazioni esterne e ovviare in qualche misura all'assenza di un vero e proprio contraddittorio nel tentativo di ridimensionare la caratterizzazione del giudizio di costituzionalità come processo "senza parti"⁵².

⁴⁸ Il tema veniva esplorato in dottrina in tempi meno recenti da E. CATELANI, *La determinazione della «Questione di legittimità costituzionale» nel giudizio incidentale*, Milano, 1993.

⁴⁹ Il riferimento, nella seconda ipotesi, è a manipolazioni del *thema decidendum*, che correggano la questione di costituzionalità così come definita nell'atto introduttivo, circoscrivendo a meglio dal lato delle norme oggetto oppure di quelle parametro.

⁵⁰ In letteratura, si rinvia diffusamente a M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 122 ss., che già approfondiva le problematiche legate all'intervento in scritti meno recenti, tra cui si segnala in particolare *Parti e terzi nel giudizio in via incidentale*, in *Il foro italiano*, 1997, p. 310 ss. Per una discussione sugli esiti della riforma a quasi due anni dalla sua entrata in vigore, si rinvia alle relazioni provvisorie pubblicate sul sito dell'associazione "Gruppo di Pisa", svoltesi nell'ambito del Seminario Annuale organizzato presso l'Università degli Studi di Milano e consultabili al link <https://www.gruppodipisa.it/eventi/seminari/508-12-novembre-2021-milano-il-processo-costituzionale-dopo-la-riforma-delle-norme-integrative>.

⁵¹ In questo senso, si veda il già più volte richiamato *Revised Report On Individual Access to Constitutional Justice* della Commissione di Venezia, 2021.

⁵² Il riferimento è alle tesi di R. ROMBOLI, in particolare, in *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.

Ancora, non meno importante per garantire l'accesso al Giudice costituzionale nella prospettiva di una conservazione del sistema a controllo di costituzionalità per via indiretta, è l'auspicato e doveroso rigore richiesto ai giudici remittenti nell'adempire alle proprie funzioni di "portieri" della questione. Si pensi alla numerosa ed eterogenea casistica delle patologie del giudizio principale già evocata, fatta di atteggiamenti ostruzionistici dei giudici *a quibus*⁵³. Si tratta di ipotesi che appaiono particolarmente rischiose soprattutto con riferimento al controllo sulla non manifesta infondatezza, così come in sede di interpretazione conforme a Costituzione e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, dove si ritiene più arduo contenere il margine di discrezionalità del giudice e la delimitazione dei confini della nozione di "dubbio" di fronte alla "manifesta infondatezza" specie dinanzi a una questione di costituzionalità sollevata su istanza della parte.

Venendo alla seconda prospettiva di analisi, cioè quella che si interroga su una ipotetica rivisitazione del sistema vigente, si potrebbe anzitutto ragionare della possibilità di un recupero dell'istituto dell'*actio popularis* di cui si era discusso in sede di Assemblea Costituente⁵⁴. Ci si riferisce alla possibilità di ideare una via integrativa, e non sostitutiva, di accesso al Giudice costituzionale da attivare nell'interesse della collettività, che attenui il collegamento concreto con il caso e che favorisca un avvio del controllo di costituzionalità diretto da demandare ad un gruppo di persone oppure – sfumando qui la distinzione tra accesso diretto ed indiretto⁵⁵ –, ad un organismo *ad hoc*. Costituisce un esempio di questa seconda ipotesi la istituzionalizzazione della figura del c.d. "difensore civico", al quale riconoscere la legittimazione ad adire la Corte costituzionale nel-

⁵³ Sui cui rischi, a loro tempo, insistevano F. PIZZETTI, G. ZAGREBELSKY, «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972.

⁵⁴ In particolare, in seno al dibattito che si svolse nell'ambito della Seconda Sottocommissione.

⁵⁵ Non a caso, la Commissione di Venezia inserisce l'azionabilità del controllo di costituzionalità su iniziativa di un organismo *ad hoc* nel novero dei meccanismi di accesso per via indiretta. Così nel suo *Draft Study on Individual Access to Constitutional Justice*, 2010, consultabile al link [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2010\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2010)018-e).

l'interesse del singolo sul modello del c.d. *Ombudsperson* diffuso nell'esperienza comparata⁵⁶.

Pur senza rifarsi alla figura del c.d. "difensore civico", l'idea di accostare alla via incidentale una seconda modalità di accesso al Giudice costituzionale, diretta ma ad iniziativa non individuale bensì collettiva, non è come detto nuova almeno alla storia del nostro sistema di giustizia costituzionale. Il Progetto di Costituzione aveva, infatti, previsto due vie di accesso alla Corte costituzionale, stabilendo che, oltre all'azione indiretta ad iniziativa del giudice, la questione di legittimità costituzionale potesse essere sollevata *anche* "[...] in via principale, con diretto ricorso, da un corpo qualificato o da un certo numero di cittadini"⁵⁷. Un canale di accesso alla Corte costituzionale che disancorava la questione di costituzionalità dalla sua origine concreta e dal connesso requisito della rilevanza per valorizzarne, all'opposto, la valenza oggettiva ed astratta nell'interesse della collettività⁵⁸. Il Progetto di Costituzione abbandonava, invece,

⁵⁶ Insiste sul ruolo centrale che potrebbe assolvere il recupero di meccanismi di apertura del sindacato di costituzionalità tramite la istituzionalizzazione di un organismo preposto a fare da "ponte" tra cittadinanza e organo di Giustizia costituzionale anche la Commissione di Venezia nel già più volte citato *Revised Report on Individual Access to Constitutional Justice*, 2021, che enfatizza l'opportunità di concepire tale strumento secondo una prospettiva integrativa e non sostitutiva della via incidentale. Non a caso, nel suo Report, la Commissione di Venezia afferma che: "the right to complain to an ombudsman is an addition to the right to access to justice through the courts", aggiungendo che la previsione di un ricorso diretto, anche nella forma del ricorso all'*Ombudsperson*, da affiancare al ricorso indiretto costituisce il sistema di giustizia costituzionale migliore nella prospettiva della tutela effettiva dei diritti fondamentali che passi da un rafforzamento dei canali di accesso all'organo di giustizia costituzionale nazionale.

⁵⁷ Il riferimento è all'art. 128 del Progetto, che riconosceva la legittimazione ad adire la Corte costituzionale a diecimila elettori, nonché al Governo, a cinquanta deputati, a ciascun Consiglio regionale e, infine, ad ogni altro ente a ciò autorizzato. La Commissione di Venezia si è occupata in modo specifico del ruolo dell'*Ombudsperson* nel quadro dei sistemi di giustizia costituzionale. Si veda, in questo senso, *CDL-AD(2019)005-e Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution ("The Venice Principles")*, 118th Plenary Session, 15-16 marzo 2019.

⁵⁸ In questa sede, possono richiamarsi le tesi a suo tempo sviluppate da G. Zagrebelsky, che, pure nel contesto del sistema in via incidentale, propendeva per una lettura della rilevanza quale mera pertinenza della questione al giudizio *a quo* enfatizzando la natura astratta più che concreta della questione.

l'azione diretta del singolo cittadino, come via di accesso alternativa od integrativa alla via incidentale, preferendovi appunto l'azione popolare⁵⁹.

L'opportunità che gruppi di persone – e non solo il giudice su impulso della parte oppure il singolo direttamente inciso da un atto oppure da una legge lesiva dei suoi diritti – possano adire le Corti dei diritti è tema che ha conosciuto un proprio svolgimento anche, e forse soprattutto, a livello sovranazionale.

Se si guarda al sistema inter-americano dei diritti dell'uomo e a quello del Consiglio d'Europa possono trarsi alcune indicazioni favorevoli alla istituzione di un collegamento tra tutela del diritto al giudice e legittimazione ad agire però "collettiva".

Le Corti sovranazionali hanno, infatti, sperimentato letture più morbide dei rispettivi requisiti di ricevibilità dei ricorsi individuali, allo scopo di ampliare le possibilità di instaurazione dei rispettivi giudizi a tutela del diritto di accesso al giudice e di salvaguardia dei diritti fondamentali.

La Corte interamericana dei diritti dell'uomo ammette, così, ricorsi promossi anche da gruppi di individui nell'interesse di altri soggetti⁶⁰.

Sul versante continentale, il Consiglio d'Europa conosce l'esempio sicuramente significativo, nella prospettiva di analisi, della Carta Sociale Europea il cui Comitato aggancia, in via peraltro esclusiva, alla dimensione eminentemente collettiva la proponibilità del reclamo. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, in alcuni casi, ha però proposto una rilettura in senso estensivo della nozione di vittima di cui all'art. 34 della Convenzione. Pure subordinando l'azionabilità del ricorso all'azione del singolo, che si ritenga offeso in via diretta ed immediata dalla violazione di uno o più diritti convenzionali, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha

⁵⁹ In dottrina, sul tema, si vedano M. CAIELLI, *Cittadini e giustizia costituzionale. Contributo allo studio dell'actio popularis*, Torino, 2015; E. CRIVELLI, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, 2003; in prospettiva comparata, si rinvia a R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012.

⁶⁰ Così stabiliscono l'art. 44 della Convenzione inter-americana dei diritti dell'uomo ("Any person or group of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more member states of the Organization, may lodge petitions with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State Party") e l'art. 23 del Regolamento di procedura.

dichiarato ricevibili anche ricorsi promossi da gruppi di persone, che agivano nell'interesse proprio oppure a salvaguardia di posizioni giuridiche soggettive altrui⁶¹, accrescendo così le possibilità di assicurare tutela anche a gruppi marginalizzati, che più difficilmente riescono ad avere accesso ai sistemi di giustizia nazionali, ma anche sovranazionali.

L'apertura delle Corti dei diritti sovranazionali a meccanismi di accesso che ricalcano l'azione popolare appare particolarmente significativa se si considera che, in entrambi i casi richiamati, si tratta di sistemi che si reggono su vie di accesso dirette ad iniziativa individuale. Se anche in contesti che sposano il ricorso diretto quale meccanismo privilegiato ed esclusivo di accesso alla giustizia, si profila l'esigenza di riconoscere la legittimazione ad agire anche a gruppi di persone affinché le questioni arrivino alle Corti⁶², il recupero dell'azione popolare da parte del sistema di giustizia costituzionale nazionale si dimostra, forse, la via preferenziale laddove si voglia riformare il meccanismo di accesso al Giudice costituzionale.

Alle rivisitazioni del modello incidentale e alle proposte di revisione può, infine, affiancarsi una suggestione che guarda al tema dell'accesso al giudice dalla prospettiva del ruolo che potrebbe assolvere la implementazione delle pronunce delle Corti dei diritti e, in particolare, della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il rafforzamento del diritto al giudice potrebbe, infatti, passare anche dalla valorizzazione delle sentenze adottate dalla Corte europea con la procedura della c.d. sentenza pilota di cui all'art. 46 della Convenzione europea, immaginando la diversificazione degli effetti delle sentenze del Giudice sovranazionale sul piano domestico rispetto a quelli scaturenti da sentenze di condanna "semplici", sprovviste cioè di quella portata sistematica e meno ancorata al caso concreto che caratterizza le prime⁶³.

⁶¹ In questo senso, si richiamano, Corte Edu, *Aksu c. Turchia*; *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu c. Romania*, 15 marzo 2012; *D.H. e altri c. Repubblica Ceca*, 13 novembre 2007.

⁶² La *ratio* va ragionevolmente ricercata nelle generali difficoltà che il singolo incontra nell'aver accesso alla giustizia, specie laddove versi in condizione di particolare vulnerabilità.

⁶³ Per questa ipotesi, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea*

Le proposte sopra descritte, unitariamente considerate, potrebbero forse nel loro complesso mitigare spinte centrifughe verso l'esterno (in particolare, verso l'"alto" e l'"altro", cioè delle Corti sovranazionali di tutela dei diritti, ivi inclusi i *treaty bodies* delle Nazioni Unite), specie in presenza di questioni di costituzionalità, che meritano risposte interne dotate di effetti *erga omnes* e che potrebbero, auspicabilmente, affiancarsi ad un impiego su più vasta scala della tecnica collaborativa inaugurata dalla Corte nel c.d. "caso Cappato" allo scopo di reinserire, come si dovrebbe, il legislatore nazionale nel circuito della tutela dei diritti dell'uomo.

5. *In via preliminare: qualche parziale considerazione sullo stato di salute del diritto al giudice tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo.*

La dinamica entro cui si snodano le relazioni tra le due Corti costituisce una prospettiva privilegiata per indagare lo stato di salute e di attuazione del diritto al Giudice costituzionale in Italia.

Si è visto che l'atteggiamento della Corte costituzionale nei confronti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è ondivago: più incline a recepirne le soluzioni tanto più sia astratto il collegamento tra i giudizi, costituzionale ed europeo; restio, viceversa, a promettere un seguito interno alle pronunce della seconda in presenza di vicende concrete comuni che le parti, identiche oppure in condizioni sovrapponibili, decidano di sottoporre alla prima e alla seconda oppure solo alla seconda per superare le difficoltà di beneficiare di una soluzione interna della propria controversia.

La Corte costituzionale è, insomma, guardinga nell'accogliere soluzioni "esterne". Questa diffidenza nei confronti della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si è tradotta in una prevalente tendenza accentratrice della Corte costituzionale che si è progressivamente rafforzata nel corso degli ultimi anni. In altre parole, tanto più evidenti si

dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di corte cost. n. 279 del 2013, in *Rivista AIC*, 2014, p. 1 ss.

sono rivelate le criticità della via incidentale in rapporto al diritto al giudice, tanto più il Giudice costituzionale si è chiuso su sé stesso rifiutando che la soluzione al malfunzionamento del sindacato di costituzionalità potesse passare dall'apertura ad un sistema giurisdizionale esogeno e diverso, ripiegando o avvantaggiandosi cioè di pronunce adottate da un'altra Corte.

Il problema che è rimasto, però, irrisolto riguarda il *come* la Corte costituzionale sarà in grado di assicurare che i singoli e le parti, prima, e i giudici, poi, "scelgano" lei e non un'altra Corte.

La riforma delle Norme integrative, a cui si è fatto cenno, potrebbe essere interpretata quale strumento capace di favorire quella maggiore apertura del processo costituzione necessaria anche per tutelare più efficacemente il diritto al Giudice costituzionale. Tuttavia, al di là delle aspettative, le modifiche si sono rivelate riduttive dal lato del rafforzamento della posizione del terzo interveniente e della tutela del diritto al contraddittorio davanti alla Corte costituzionale, che continua a caratterizzarsi come un sistema processuale "molto *sui generis*"⁶⁴, che non riconosce la parte (e il terzo che decida di costituirsi nel giudizio di costituzionalità) e la sua posizione processuale.

Non stupisce, allora, che i singoli vadano "fuori".

Non sorprende, nemmeno, che i giudici sperimentino forme di raccordo dirette con la Corte europea dei diritti dell'uomo, che passino da impropri tentativi di interpretazioni convenzionalmente conformi, quasi para-applicative in via diretta delle pronunce della Corte di Strasburgo, peraltro incentivati dal Giudice europeo che non manca di insistere sulla opportunità che anche i giudici applichino la Convenzione europea dei diritti dell'uomo quali soggetti convenzionalmente obbligati a darvi esecuzione.

Di fronte alla sinora inarrestabile tendenza centrifuga, oltre alle già citate ipotesi di riforma, la Corte costituzionale potrebbe appuntare maggiormente l'attenzione sulla implementazione, laddove opportuno, della giurisprudenza europea sul piano dell'ordinamento giuridico interno.

⁶⁴ Così lo definisce G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario di svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, p. 105 ss.

La Corte costituzionale diventerebbe, così facendo, protagonista della salvaguardia dei diritti fondamentali: da un lato, mostrando ai singoli se non l'inutilità almeno il carattere non preferenziale della "via europea"; dall'altro, tenendo conto della giurisprudenza della seconda conservando, però, contestualmente il monopolio della tutela dei diritti fondamentali in uno scambio che avvenga con il legislatore prima e con il sistema sovranazionale, poi.

SEZIONE SECONDA

CORTE COSTITUZIONALE E CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA: IL CASO DELLA DOPPIA PREGIUDIZIALITÀ COME OCCASIONE PER (RE)IMPOSTARE IL RAPPORTO TRA I DUE GIUDIZI

1. *La "regola" Simmenthal-Granital alla prova del tempo.*

Per ragionare del tema del "diritto al giudice" nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo, e, soprattutto, per provare a comprendere in che modo l'evoluzione cui si è da ultimo assistito nei rapporti tra giudice comune, Corte costituzionale e Corte di giustizia abbia condizionato le aspettative di tutela giurisdizionale del singolo, è da una considerazione sull'originario schema Simmenthal/Granital che è utile partire.

Le pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale che hanno tratteggiato quella "regola processuale"⁶⁵ hanno per lungo tempo efficacemente "sorretto" il dispiegarsi delle relazioni tra i due sistemi. Come è stato evidenziato, tuttavia, le condizioni di partenza che avevano motivato il meccanismo delineato da quel binomio di decisioni sono progressivamente mutate⁶⁶.

⁶⁵ Corte giust., sent. 9 marzo 1978 (C-106/77) e Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

⁶⁶ Tra questi v. ad esempio A. MANGIA, *L'interruzione della grande opera. brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2019, p. 859 ss. Per ulteriori riferi-

Ben noto il differente approccio in ordine alla relazione tra le fonti di conio comunitario e quelle di conio nazionale – integrate in un solo sistema, secondo la lettura del Giudice europeo, facenti parte di due ordinamenti distinti ma coordinati, secondo l'impostazione della Corte costituzionale –, ciò che va qui soprattutto ricordato è che quello schema assumeva una "delega di competenze", in un ambito ben definito, da parte dello Stato al livello sovranazionale e assumeva altresì che, in quello stesso ambito, le antinomie normative eventualmente riscontrate dagli operatori dovessero risolversi secondo una logica coerente col principio di attribuzione. L'ordine rivolto al giudice di *non applicare* l'atto normativo interno difforme rispetto ad una disposizione europea ad effetto diretto intervenuta a regolare proprio un settore nel quale l'UE vantasse competenza rispondeva esattamente a quella logica. D'altra parte, come ebbe a spiegare con maggior precisione il Giudice costituzionale nella successiva sentenza n. 168 del 1991, lo stesso meccanismo della "non applicazione" in luogo della "disapplicazione" si poneva più coerentemente rispetto alla ricordata impostazione, giacché la "disapplicazione" «*evoca vizi della norma in realtà non sussistenti in ragione proprio dell'autonomia dei due ordinamenti*»⁶⁷.

Così strutturato, il sistema – fondato sulla regola della separazione delle competenze – si è consolidato nel senso della costruzione di due vie di accesso al giudice altrettanto "separate". Due canali non comunicanti: quello del giudizio di costituzionalità (relegato a ipotesi residuali) e quello (nettamente più prolifero) demandato al circuito giudice comune/ Corte di giustizia, resi del tutto autonomi anche a causa della scelta della Corte costituzionale di non considerarsi per lungo tempo giudice abilitato (né tenuto) al rinvio pregiudiziale ai sensi del Trattato. Nelle ipotesi in cui era investita di una questione di legittimità costituzionale vertente sul rapporto tra una legge nazionale e una norma europea (vuoi perché si trattava di giudizio in via principale, vuoi perché veniva in rilievo una

menti alla questione v. AA.VV., *Granital revisited. L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, Bologna 2020.

⁶⁷ Sulla successiva giurisprudenza e sui parziali "aggiustamenti" rispetto a quella impostazione v. A. PACE, *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in *www.associazionedei costituzionalisti.it*, 2007.

norma europea priva di effetti diretti), il Giudice costituzionale italiano aveva finito dunque per “autoescludersi” dalla possibilità non solo di interpellare la Corte di giustizia sulla interpretazione della disciplina comunitaria⁶⁸, ma anche – dato non meno significativo – di offrire al Giudice europeo la propria prospettiva, e così «*d'intervenire per prospettare direttamente alla CGCE il proprio approccio ai valori costituzionali in gioco e soprattutto d'influire sul rilievo del bilanciamento*»⁶⁹.

Questa impalcatura, pur con qualche scricchiolio, ha retto fino a che, come detto, le condizioni di partenza non sono state esse stesse messe in discussione.

Come si è osservato, la “regola” Granital, che pure ha avuto un «*ruolo formidabile giocato in un'altra fase di sviluppo dell'ordinamento dell'Unione ... oggi, a fronte delle sollecitazioni del presente, soprattutto in punto di disapplicazione diretta di leggi dello Stato ritenute in conflitto con la Carta di Nizza, e di impiego anomalo del rinvio pregiudiziale, sembra irrimediabilmente invecchiata*»⁷⁰.

Anche e soprattutto grazie all'opera interpretativa della Corte di giustizia, l'idea, enfatizzata dal Giudice costituzionale, del dualismo, ha progressivamente ceduto il passo alla prospettiva dell'integrazione; una integrazione costruita anche attraverso l'espansione in via pretoria delle attribuzioni dell'Unione europea sul terreno dei diritti fondamentali⁷¹. E d'altra parte, la primigenia vocazione economica dell'Unione si è andata

⁶⁸ Una scelta di “autoisolamento”, questa, da molti criticata (v. in particolare M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4502 ss.), e che ha subito solo con l'ord. n. 103 del 2008, nell'ambito di un giudizio attivato in via principale, il primo ripensamento. Come notava S. BARTOLE, *Pregiudiziale comunitaria ed “integrazione” di ordinamenti*, www.forumcostituzionale.it, sebbene con questa pronuncia la Corte avesse lasciato ad intendere di voler limitare la portata dell'eccezione, allo stesso «*se per l'innanzi [...] dava l'impressione di volersi considerare estranea alla crescita dell'ordinamento comunitario, con l'ordinanza in commento essa dimostra di sentirsi coinvolta in quella vicenda*».

⁶⁹ F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte costituzionale: problemi e prospettive*, in *Quad. reg.*, 2006, p. 630.

⁷⁰ A. MANGIA, *L'interruzione della grande opera*, cit.

⁷¹ Con accenti però critici sull'attivismo della Corte di giustizia in questo senso v. R. BIN, *Perché Granital serve ancora?*, in *Granital revisited*, cit., p. 15 ss.

lentamente trasformando in una realtà assai complessa, contrassegnata dall'emergere di obiettivi ben più ambiziosi di quelli che avevano dato fondamento all'ordinamento comunitario e alle regole di coordinamento con quelli nazionali.

Come si è osservato, dall'«*originario silenzio dei Trattati comunitari sui diritti fondamentali*» si è infatti lentamente passati ad una loro affermazione giurisprudenziale, mediante pronunce della Corte di giustizia intese sia «*a rispondere alle preoccupazioni delle Corti costituzionali nazionali (soprattutto quella tedesca e italiana), in tema di controlimiti*», sia «*a legittimare il primato – funzionale, non gerarchico – dell'ordinamento comunitario su quelli nazionali*»⁷².

Il culmine di questo processo ha coinciso proprio con la codificazione, in un documento «*di impronta tipicamente costituzionale*» (usando le parole della nostra Corte), di principi e diritti che sino a quel momento la Corte di giustizia aveva enucleato attraverso un'opera di dilatazione del senso stesso delle tradizionali libertà economiche tutelate dall'Unione⁷³. Una codificazione che ha avuto però un formidabile valore simbolico e che ha, soprattutto dopo lo spartiacque costituito da Lisbona e dalla assegnazione alla Carta di effetti giuridici, aperto una nuova stagione nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sollecitata, dato ancor più significativo ai nostri fini, dalla "intraprendenza" dei giudici comuni. Questi, motivati dalla capacità "attrattiva" della Carta, hanno infatti interpretato assai elasticamente le sue disposizioni e, secondo alcuni, i limiti che la stessa si è data rispetto al proprio ambito di applicazione⁷⁴. Ne è derivata, in alcuni casi, l'applicazione diretta, in luogo di leggi nazionali, di diritti protetti dalla Carta di Nizza, all'esito o anche senza l'attivazione del rin-

⁷² G.M. FLICK, *Altiero Spinelli e il risorgimento europeo dell'Italia*, in *Federalismi.it*, 1 giugno 2011.

⁷³ Sul senso di questa opera di codificazione, nonché sulle differenze tra una Carta di diritti e un catalogo costituzionale dei diritti, N. ZANON, *Introduzione generale*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela dei diritti. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a vent'anni dalla sua proclamazione*, a cura di C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE, in corso di pubblicazione con Giappichelli.

⁷⁴ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.

vio pregiudiziale a fini interpretativi. Ma, soprattutto, senza l'attivazione del sindacato accentrato di costituzionalità, le cui porte erano state sbarrate ai giudici proprio dalla "regola" Granital (ribadita anche nei casi di doppia pregiudizialità).

Senza che occorra qui indugiare su una giurisprudenza nota a tutti, basti ricordare, infatti, come proprio l'ordine a *non applicare* norme nazionali in contrasto con disposizioni europee ad effetto diretto abbia motivato la Corte costituzionale a dichiarare sistematicamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate, con la sollecitazione al giudice a valutare previamente la strada, appunto, della applicazione immediata della disposizione europea ad effetto diretto, eventualmente dopo aver operato rinvio pregiudiziale finalizzato ad un chiarimento interpretativo.

È evidente come l'ingresso sulla scena dei diritti fondamentali non potesse non mutare la prospettiva di partenza, mettendo in discussione le certezze affidate sino a quel momento proprio allo schema delineato dalle storiche pronunce Simmenthal/Granital. Un passaggio centrale della sentenza n. 269 del 2017, d'altra parte, è proprio quello in cui si afferma che la «*precisazione*» attorno alla portata di quello schema si impone «*alla luce delle trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell'Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*» (tondo nostro), Trattato che, «*tra l'altro, ha attribuito effetti giuridici vincolanti alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*» (punto n. 5.2 *Considerato in diritto*).

2. *Le ragioni della "nuova" giurisprudenza costituzionale e i suoi potenziali effetti sul "diritto al giudice".*

Con la sentenza n. 269 del 2017 la Corte costituzionale ha dunque inteso imprimere un cambio di passo notevole rispetto alla giurisprudenza tradizionale sui casi di c.d. doppia pregiudizialità, al fine evidente di "riappropriarsi" di quelle questioni di legittimità costituzionale che, come detto, sino a quel momento la stessa aveva sistematicamente dichiarato inammissibili. La sentenza n. 111 del 2017, di soli pochi mesi precedenti alla "svolta", ancora affermava come in caso di dedotta lesione di norme eu-

ropee ad effetti diretti il rimettente avrebbe dovuto procedere alla non applicazione delle norme nazionali confliggenti, eventualmente previo ricorso a rinvio pregiudiziale, al fine di interrogare la Corte di giustizia sulla loro corretta interpretazione. Un percorso che, pertanto, «*avrebbe reso superflua l'evocazione del contrasto con i parametri costituzionali in sede di incidente di legittimità costituzionale*».

Non occorre qui certo indugiare sui termini della nuova "regola processuale" elaborata con la citata sentenza n. 269. La portata della «*precisazione*» introdotta con la menzionata pronuncia, a sua volta ulteriormente "precisata" con successive decisioni del Giudice costituzionale (in particolare la sentenza n. 20 del 2019)⁷⁵, è stata infatti già ampiamente discussa in dottrina.

Ci si limita qui a sottolineare come attraverso questo (parziale) ripensamento della propria "dottrina", la Corte costituzionale abbia essenzialmente inteso rivendicare la possibilità di "dir parola" sulle questioni relative a diritti fondamentali disciplinati tanto nella Carta dei diritti dell'Unione europea quanto nel testo costituzionale⁷⁶.

Soprattutto, però, ci si propone qui di capire quale impatto la nuova regola giurisprudenziale sui casi di doppia pregiudizialità possa avere avuto sulla posizione del singolo, nella prospettiva del diritto al giudice di cui si sta ragionando. L'individuo che invochi la violazione di un diritto protetto anche dalla Carta di Nizza vede per effetto del nuovo corso giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 269 degradato il connesso interesse a ricevere "immediata" tutela tramite il circuito giudice comune/Corte di giustizia?

Riguardata in questa prospettiva, la più recente giurisprudenza costituzionale potrebbe in effetti essere messa in discussione proprio laddove

⁷⁵ sulla quale v. S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10, 2019 e, se si vuole, S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2019. Ma v. anche l'ord. n. 69 del 2019 e dello stesso anno l'ord. n. 117.

⁷⁶ Tra i molti che hanno dato questa lettura della sent. n. 269 v. F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi*, 18, 2019, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2018.

la si legga come finalizzata ad inibire il giudice dal potere di mettere esso stesso fuori gioco una norma nazionale in contrasto con una disposizione della Carta di Nizza dagli accertati effetti diretti o di portare la sottesa questione interpretativa innanzi al Giudice “titolato” ad occuparsene, ovvero sia la Corte di giustizia. Una breccia nel dogma della *primauté* del diritto europeo, che da sempre vede fondersi l’aspetto relazionale con quello procedurale. Infatti, il diritto dell’Unione europea gode di un primato perché (e in quanto) tale prevalenza si traduca nell’obbligo per il giudice che accerti l’antinomia tra la fonte interna e quella europea dotata di effetti diretti di assumere esso stesso l’iniziativa della “non applicazione”, senza dover attendere la rimozione del vizio da parte del legislatore o come effetto della decisione adottata da una giurisdizione costituzionale⁷⁷.

In effetti, sebbene non si possa affermare che al giudice comune sia stato realmente impedito di seguire la tradizionale impostazione e di ricorrere, se del caso, allo strumento del rinvio pregiudiziale⁷⁸, i temperamenti intervenuti successivamente alla sentenza n. 269 non paiono aver messo in discussione però l’idea che la Corte costituzionale ritenga “opportuno” potersi esprimere per prima in merito a questioni che interrogino su portata, limiti e reciproche interferenze di diritti fondamentali. La sentenza n. 20 del 2019 ragiona anzi, in termini particolarmente significativi, di una «*opportunità*» che «*va preservata*» in virtù «*del principio*

⁷⁷ Da sent. 9 marzo 1978 (C-106/77) alle più recenti conferme giurisprudenziali, anche successive al 2017. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, diversi anni più tardi, la Corte ebbe ancora una volta ad evocare l’interesse al «*principio della certezza*», ma questa volta a tal fine ammettendo la questione sorta in via diretta sulla base di una impugnativa azionata preventivamente dal Governo nei confronti di una legge regionale (sent. n. 384 del 1994), stante l’assenza di un giudice deputato alla disapplicazione, nonché ai rischi connessi, a fronte della necessaria immissione nell’ordinamento della disciplina, nell’affidare tale responsabilità all’amministrazione.

⁷⁸ Sugli ostacoli a imporre ai giudici di sollevare questione di legittimità costituzionale F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2, 2019. Parla di attività di «*moral suasion, non avendo armi, invero, con cui colpire il giudice disobbediente*», B. RANDAZZO, *Il “riaccentramento” del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2020, 149.

che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale»⁷⁹.

Ancora, ci si potrebbe chiedere se la scelta della Corte costituzionale, effettivamente investita della questione, di anticipare eventualmente l'esame relativo ai parametri "nazionali" rispetto a quelli "europei", lasciandoli se del caso assorbiti, rischi a sua volta – si potrebbe dire per paradosso – di silenziare la Corte di giustizia, o per meglio dire, la giurisprudenza che questa abbia prodotto sui medesimi diritti⁸⁰. Un interrogativo che, come visto, ci si è posti anche ragionando dei rapporti tra Costituzione e Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

In effetti, il Giudice costituzionale ha annunciato come la questione sollevata dal giudice in caso di diritti a "doppia tutela" verrà affrontata «*alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei*» (sent. n. 269 del 2017), «*secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato*» (sent. n. 20 del 2019). Affermazioni, queste, che potrebbero essere lette come intese a dimostrare l'intenzione della Corte costituzionale italiana a chiudersi alla prospettiva integrata, ma che, come si dirà, tra poco, potrebbero invece prestarsi ad altra lettura.

⁷⁹ La sottolineatura del legame che l'istituto del sindacato accentrato di legittimità costituzionale presenta rispetto all'intelaiatura costituzionale non può passare inosservata, proprio perché, ragionandosene in questi termini, implicitamente se ne rammenta la natura di principio supremo dell'ordinamento. Su tale principio N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 1998.

Lo rileva A. CARDONE, *Dalla doppia pregiudizialità al parametro di costituzionalità: il nuovo ruolo della giustizia costituzionale accentrata nel contesto dell'integrazione europea*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, 13 marzo 2020.

⁸⁰ L'assunto da cui muove la Corte costituzionale nella sentenza n. 269 essendo appunto che i principi e diritti enunciati dalla Carta «*intersec[hi]no in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)*».

3. *Certezza del diritto vs immediatezza della tutela.*

L'acceso dibattito avviatosi all'indomani dell'adozione della sentenza n. 269 tra gli studiosi – divisi tra coloro che ne hanno compreso le ragioni di fondo e coloro che hanno intravisto i rischi di una retrocessione sul terreno della tutela integrata dei diritti – pare in realtà riproporre antichi dilemmi: la tutela del diritto richiede *immediatezza* o è la *certezza* dei rapporti giuridici che va salvaguardata?

L'immediatezza, che parrebbe meglio rispondere alle esigenze del singolo, è assicurata proprio dal circuito giudice/Corte di giustizia e dunque dallo schema Simenthal/Granital, mentre la certezza, che risponde a ragioni sistemiche, è senza dubbio meglio servita dalla deroga allo schema Simenthal/Granital costruita sui casi di doppia pregiudizialità. L'accantonamento della norma interna da parte dell'autorità giurisdizionale in luogo di quella europea, infatti, diretta o successiva ad una interlocuzione con il Giudice di Lussemburgo, consente all'istante di ricevere "subito" soddisfazione delle proprie ragioni. L'incidente di costituzionalità, di contro, come più volte sottolineato dalla stessa Corte costituzionale, oltre a permetterle di pronunciarsi su questioni che richiedono complesse valutazioni di bilanciamento tra interessi in competizione, può condurre ad una declaratoria di illegittimità della norma nazionale con effetti *erga omnes*, e dunque ad un esito definitivo, che preclude in radice la possibilità di esiti giurisprudenziali puntiformi.

Occorre certo ricordare che quando la Corte costituzionale aveva "preso atto" dell'orientamento della Corte di giustizia e, con la sentenza n. 170 del 1984, chiuso la strada a questioni di legittimità costituzionale sollevate per denunciare il contratto tra una norma nazionale e una norma comunitaria dotata di effetti diretti, lasciando così alla cognizione del giudice comune il relativo sindacato, la stessa non aveva trascurato affatto le ricadute del meccanismo così delineato sulla certezza del diritto. La cura di tale interesse veniva però affidata dalla Corte costituzionale – in ossequio all'impostazione del Giudice europeo, che ha sempre visto nel dialogo con ciascun giudice dell'Unione più che l'interesse del singolo l'interesse del sistema ad una uniforme applicazione del diritto europeo in tutti gli Stati – proprio al cruciale strumento del rinvio pregiudiziale. Nella sentenza n. 184 si legge infatti che la «*questione pregiudiziale di in-*

terpretazione» è deputata a soddisfare la «fondamentale esigenza di certezza giuridica ... che impone uguaglianza e uniformità di criteri applicativi».

Per una pluralità di ragioni cui già si è fatto cenno, tuttavia, quella prospettiva è nel corso del tempo mutata⁸¹.

E in effetti, con la sentenza n. 269, la Corte costituzionale sembra aver voluto indicare una strada diversa per presidiare l'essenziale bene della certezza del diritto, a questo scopo tentando di ridare rilievo al sindacato accentrato di costituzionalità.

L'interesse (generale) ad una caducazione *erga omnes* della norma nazionale lesiva del diritto fondamentale pare prevalere, in questa prospettiva, su quella (soggettiva) ad un riscontro immediato della lesione stessa, ma confinato nel recinto della controversia specifica.

Peraltro, sempre avendo riguardo alla prospettiva del "diritto al giudice" qui presa in considerazione, e ribaltando il punto di osservazione, la svolta della doppia pregiudizialità, che secondo una parte della dottrina avrebbe socchiuso le porte di accesso alla Corte di giustizia, ha però (finalmente) dischiuso quelle del giudizio di costituzionalità. La Corte decide infatti oggi su questioni che prima dichiarava inesorabilmente inammissibili⁸², consentendo ai giudici di ricevere ascolto presso la giurisdizione costituzionale. In altre parole, la giurisprudenza sui casi di doppia pregiudizialità ha, in un certo senso, restituito agli interessati il diritto al Giudice costituzionale.

⁸¹ Si noti però che già con la sent. n. 389 del 1989, la Corte costituzionale ebbe significativamente ad affermare che «*poiché la disapplicazione è un modo di risoluzione delle antinomie normative che, oltre a presupporre la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, non produce alcun effetto sull'esistenza delle stesse e, pertanto, non può esser causa di qualsivoglia forma di estinzione o di modificazione delle disposizioni che ne siano oggetto, resta ferma l'esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie*» e ancora che sul piano dell'ordinamento nazionale «*tale esigenza si collega al principio della certezza del diritto*», mentre sul piano comunitario rappresenta una garanzia essenziale al principio della prevalenza.

⁸² Sottolinea questo aspetto F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2, 2019.

4. La “nuova regola” e i “nuovi rapporti” con la Corte di giustizia.

Tutto ciò, ci si potrebbe domandare, si è tradotto nella (paradossale) estromissione della Corte di giustizia?

L'impressione, confermata dalla più recente giurisprudenza costituzionale, è che ciò non si stia verificando, e che questo, dunque, non fosse l'obiettivo della Corte costituzionale. Come accennato, e come osservato acutamente in dottrina, infatti, il Giudice costituzionale italiano si è probabilmente deciso a modificare il proprio orientamento sul ruolo del giudice comune al cospetto dei casi di doppia pregiudizialità dopo aver finalmente maturato la piena consapevolezza di poter essa stessa praticare il rinvio pregiudiziale⁸³. Come si è già avuto modo di affermare, d'altra parte, senza la “rassicurazione” di essere disponibile ad attivare, ricorrendone i presupposti, l'art. 267 TFUE, probabilmente la Corte costituzionale non avrebbe effettive *chances* di “convincere” i giudici a dare precedenza all'incidente di costituzionalità⁸⁴.

Il Giudice costituzionale, in effetti, sta negli ultimi tempi praticando il “buon esercizio” del rinvio pregiudiziale, tale soprattutto, ad avviso di chi scrive, nelle ipotesi in cui la pronuncia della Corte di giustizia si riveli indispensabile – dato lo spiccato carattere “europeo” della questione posta all'attenzione della Corte costituzionale⁸⁵ – ai fini della sua risoluzione,

⁸³ C. AMALFITANO, *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020.

N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi*, 14, 2019.

Oltre alla già ricordata ord. n. 103 del 2008, v. poi l'ord. n. 207 del 2013, di rilievo ancor più importante perché, per la prima volta, il rinvio pregiudiziale veniva attivato dalla Corte costituzionale nell'ambito di un giudizio di costituzionalità giunto in via incidentale.

⁸⁴ S. Leone, *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a doppia tutela*, in *Granital revisited*, cit., p. 113.

⁸⁵ Come nel caso del rinvio operato ai sensi dell'art. n. 182 del 2020, relativo a questioni concernenti – afferma la Corte – «il settore nevralgico della politica comune dell'immigrazione dell'Unione europea» e «il tema della parità di trattamento tra cittadini dei paesi terzi e cittadini degli Stati membri in cui soggiornano».

oppure quando, sullo sfondo dell'interrogativo posto alla Corte di giustizia si stagli, sia pur indirettamente, il tema dei "controlimiti"⁸⁶.

Si pensi, in questa prospettiva, all'ordinanza n. 117 del 2019 e all'esito che ha avuto presso la Corte di giustizia⁸⁷.

Come noto, la questione posta dalla Corte di cassazione riguardava la compatibilità a Costituzionale e alla Carta di Nizza della disposizione del d.lgs. n. 58/1998 che sanziona anche chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità, nell'ambito di un'audizione disposta dalla CONSOB nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza. Una potenziale violazione del fondamentale diritto al silenzio, che motiva la Corte costituzionale a rivolgersi a Lussemburgo per sapere, in primo luogo, se le norme europee alle quali il diritto nazionale dava attuazione dovessero essere interpretate nel senso di prescrivere allo Stato una simile sanzione e, soprattutto, in subordine, se una tale compressione del diritto al silenzio eventualmente avallata dal diritto europeo derivato fosse compatibile con la Carta dei diritti fondamentali.

La Corte di giustizia, che non ha dovuto affrontare la seconda questione (di validità) posta alla sua attenzione, avendo fornito una lettura delle disposizioni europee capaci di armonizzarsi tanto con la Carta di Nizza quanto con la Costituzione italiana, ha reso possibile alla Corte costituzionale chiudere la questione, nel senso della fondatezza, con la successiva sentenza n. 84 del 2021. Senza qui indugiare sui particolari della vicenda⁸⁸, basti ai nostri fini osservare come questo primo rinvio successivo alla sentenza n. 269 si sia rivelato duplicemente utile. Da una parte perché, proprio la circostanza che ad attivare una interlocuzione con la Corte di giustizia sia stata la Corte costituzionale, col peso della sua autorevolezza e del suo sguardo sistemico, ha forse condotto il Giudice euro-

⁸⁶ Sull'importanza e, allo stesso tempo, sulla delicatezza della scelta stessa della Corte costituzionale di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, si è soffermato, in apertura del convegno che ha occasionato la pubblicazione di questo Volume, il Vice Presidente della Corte costituzionale N. Zanon.

⁸⁷ Sent. 2 febbraio 2021 (C-481/19) della grande sezione della Corte di giustizia.

⁸⁸ Sull'intera vicenda si rinvia alla ricostruzione e alle riflessioni di P. GAMBATESA, *Riflessioni sulla prima occasione di "dialogo" tra Corte costituzionale e Corte di giustizia in casi di doppia pregiudizialità*, in *federalismi.it*, 23, 2021, p. 64 ss.

peo ad uno sforzo interpretativo ulteriore finalizzato ad evitare un corto circuito tra gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE e i principi supremi dell'ordinamento italiano⁸⁹; dall'altra, ha confermato come il rinvio pregiudiziale da parte del Giudice costituzionale possa rilevarsi uno strumento (certamente non l'unico) importante per consentirle di fare ciò che aveva annunciato di voler fare: «assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4 della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito»⁹⁰. E non c'è dubbio, in effetti, come la Corte costituzionale abbia contribuito – nel confronto con la Corte di giustizia – a meglio tratteggiare la portata di un diritto fondamentale e, dunque, a riempire il bagaglio delle tradizioni costituzionali comuni, ora arricchito di una ulteriore importante declinazione del diritto al silenzio.

Ancora, e per finire, ulteriormente significativo è stato il rinvio pregiudiziale attivato con l'ordinanza n. 182 del 2020 sul c.d. bonus bebè, che qui ci si limita a segnalare per una emblematica ragione. La Corte costituzionale ha ritenuto di richiedere l'attivazione della procedura accelerata ex art. 105 del regolamento di procedura della Corte, a motivo, si legge nella pronuncia con la quale è stato aperto il canale di comunicazione con Lussemburgo, del poderoso contenzioso in corso presso la giurisdizione comune e attestante, afferma la Corte, il «grave stato di incertezza» che si stava verificando in questo settore, non potendosi escludere, peraltro, che in ordine alle questioni oggetto del giudizio «traggano origine numerosi ulteriori rinvii pregiudiziali da parte dei giudici comuni».

E ancora, aggiunge significativamente la Corte costituzionale, a fronte di tale stato di incertezza, con una giurisprudenza orientata nel senso della diretta efficacia dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE, e l'amministrazione competente ad erogare le provvidenze attestatasi nell'opposto

⁸⁹ Lo nota, tra gli altri, S. CATALANO, *La vicenda decisa dalla sentenza n 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di "buon dialogo" fra Corti*, in www.forumcostituzionale.it.

⁹⁰ Un passaggio della decisione che era stato particolarmente criticato, ma che forse stava solo a segnalare come la Corte costituzionale intendesse contribuire essa stessa, per ciò che ad essa compete, e senza estromissioni di altri, dalla costruzione delle tradizioni costituzionali comuni.

senso, la Corte di cassazione (invece di procedere essa stessa alla non applicazione della disposizione nazionale in ossequio alla tradizionale dottrina Granital) «*si è rivolta a questa Corte per ottenere una pronuncia con effetti erga omnes*»⁹¹.

Vicende come queste⁹² sembrano attestare come le esigenze di certezza dei rapporti giuridici siano sempre più percepite dagli stessi giudici comuni, i quali potrebbero iniziare a considerare molto seriamente i “vantaggi” sistemici del sindacato di costituzionalità e di una caducazione *erga omnes* della disposizione sospettata rispetto alla soluzione immediata della sua non applicazione.

Queste stesse vicende dimostrano poi come non ci sia, da parte della Corte costituzionale, l'idea di decidere sempre, e a prescindere valutazioni tarate sulle specificità dei casi, sui soli parametri “nazionali”⁹³. Peraltro, anche quando la questione è stata decisa sulla base di disposizioni autotone del testo costituzionale, la Corte costituzionale non ha mancato di valorizzare il portato della giurisprudenza europea, come fattore capace di arricchirne il significato⁹⁴.

⁹¹ Si tratta di un aspetto della pronuncia sottolineato come significativo da B. RANDAZZO, *Il “riaccentramento”*, cit., p. 158, secondo la quale in questo modo si sarebbe peraltro valorizzato «*il proprium connesso all'esercizio del potere di rinvio ex art. 267 TFUE della Corte costituzionale, nei casi suscettibili di generare un contenzioso seriale*».

⁹² In questo caso la Corte di giustizia si è pronunciata sulla questione con la sent. 2 settembre 2021, causa C 350-20.

⁹³ La Corte costituzionale potrebbe peraltro essere indotta a cercare, prima di decidere anche sui parametri nazionali, l'interpretazione del parametro europeo anche al fine di affrontarli poi assieme. Così è stato con il rinvio operato con l'ord. n. 182: la Corte afferma che «*il divieto di discriminazioni arbitrarie e la tutela della maternità e dell'infanzia, salvaguardati dalla Costituzione italiana (artt. 3, primo comma, e 31 Cost.), devono, difatti, essere interpretati anche alla luce delle indicazioni vincolanti offerte dal diritto dell'Unione europea (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.). Sulla portata e sulla latitudine di tali garanzie, che si riverberano sul costante evolvere dei precetti costituzionali, in un rapporto di mutua implicazione e di feconda integrazione, si concentrano le questioni pregiudiziali che in questa sede si ritiene di sottoporre al vaglio della Corte di giustizia*».

⁹⁴ V. sent. n. 20 del 2019, in cui, dopo aver esplicitato di poter decidere l'ordine dei rilievi e di voler analizzare anzitutto quelli relativi all'art. 3 Cost., la Corte ha però speci-

5. Conclusioni.

L'analisi condotta ha consentito di evidenziare le molteplici ed eterogenee criticità di cui soffre il “diritto al giudice” lungo la strada che conduce i singoli dinanzi al Giudice costituzionale e alle Corti dei diritti.

Nel complesso reticolo di relazioni tra le Corti, sembra di potersi ricavare almeno una linea di tendenza comune.

La Corte costituzionale, da alcuni anni, ha dato avvio ad una stagione contrassegnata dal tentativo di riposizionarsi sul terreno della tutela integrata dei diritti fondamentali. Si tratta di una tendenza segnalata ormai da più parti in dottrina⁹⁵, e che, anche nella prospettiva del “diritto al giudice” qui considerata, ha costituito uno stimolo per rinnovate riflessioni.

La ricerca di una rivitalizzazione del sindacato di costituzionalità, e con esso della Costituzione, posto che diversi dei diritti tutelati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo trovano già adeguata copertura nel testo costituzionale, potrebbe infatti incidere sulle possibilità che ha il singolo di “arrivare” – direttamente oppure per il tramite del giudice, a seconda che si tratti del sistema convenzionale o del sistema europeo – al Giudice sovranazionale. Ancora, si è segnalato come spesso, in presenza di una “competizione” tra parametri, “nazionali” e “convenzionali”, tra giudizi e tra “casi”, la Corte costituzionale decida in modo autonomo, prescindendo

ficato che avrebbe valutato il precetto costituzionale «*per come integrato dai principi di derivazione europea*».

⁹⁵Tra i primi a segnalarlo R. ROMBOLI, *Dalla “diffusione” all’“accentramento”: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro it.*, n. 7, 8, 2018. Sul tema, pur con differenti prospettive, M. D'AMICO, *L'Europa dei diritti: tra “aperture” e “chiusure”*, in *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, a cura di A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M. PIA IADICICCO, Madrid, 2020; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 251 ss.; B. RANDAZZO, *Il “riaccamento”* cit. e, se si vuole, S. LEONE, *La Corte costituzionale italiana riafferma la centralità della Costituzione e del proprio sindacato nella tutela dei diritti fondamentali*, in *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, cit., p. 99 ss.; C. NARDOCCI, *Il diritto al giudice costituzionale*, Milano, 2020.

do dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dimostrando uno *favor* spiccato per decisioni di accoglimento che si reggono preferibilmente se non in via esclusiva sui soli parametri c.d. "interni".

Sul versante dei rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo, in aggiunta a quanto già rilevato, gli anni più recenti sembrano rivelarne un assettamento senza che, dal lato della Corte costituzionale, siano stati sperimentati meccanismi di raccordo nuovi oppure inusuali modalità di impiego dei requisiti di ammissibilità del proprio processo.

Quanto il confronto con il sistema convenzionale ci dica sulla opportunità di riformare il sistema nazionale di controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi in via incidentale per favorire l'accesso al giudice è difficile dirlo e, forse, non sarebbe comunque argomento sufficiente a sostenere iniziative di rivisitazione del modello vigente.

Il diritto al Giudice, a quello costituzionale, infatti "esiste"⁹⁶ e lo sguardo oltre i confini serve se mai a ricordare che tale diritto deve trovare piena salvaguardia anzitutto entro la dimensione nazionale. Simile approdo non svaluta la ricchezza dello scambio con la Corte europea dei diritti dell'uomo, ma, in termini più circoscritti, si limita a sollecitare una riflessione sulla tenuta del diritto al Giudice costituzionale che muova dalla dimensione nazionale e che ricerchi in essa possibili strategie di risposta. In altre parole, se si ritiene opportuno accostare alla azione indiretta una via di accesso diretta – nella forma del ricorso diretto del singolo oppure dell'*Ombudperson* a cui si è accennato – gli elementi esogeni andrebbero osservati e interpretati dalla prospettiva della loro strumentalità a favorire risposte ad un problema, quello del difficoltoso accesso alla Corte costituzionale, che è prima di tutto un tema di diritto costituzionale nazionale.

Lo scambio con la Corte europea dei diritti dell'uomo vale in definitiva a dimostrare o, meglio, ad accentuare le lacune della via incidentale, come peraltro riscontrato anche dal Giudice sovranazionale nel già più volte citato caso *Parrillo c. Italia*. Al tempo stesso, però, il raffronto tra le due Corti consente di appurare la inidoneità della Corte europea dei di-

⁹⁶ Su questo, si consenta il rinvio a C. NARDOCCI, *Il "diritto" al Giudice costituzionale*, Napoli, 2020.

ritti dell'uomo a colmare tali inefficienze sul piano della tutela del diritto al giudice. Siffatta inidoneità del giudizio che si svolge davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo a supplire alle carenze del sindacato di costituzionalità può, forse, in parte spiegare il trattamento riservato dalla Corte costituzionale alla giurisprudenza della prima fatto, spesso, di assorbimenti impropri dell'art. 117, comma 1, Cost., in linea con quella tendenza accentratrice a cui si è più volte fatto riferimento.

Questo scambio/scontro tra le due Corti dei diritti ha, inoltre, per lo più avuto l'effetto di allontanare i due giudizi, con conseguenze sulle modalità con cui le due Corti hanno scelto di tutelare il diritto al giudice: la Corte europea sembrerebbe suggerire un allentamento del controllo sull'art. 35 CEDU in punto di ricevibilità dei ricorsi individuali; la Corte costituzionale, da parte sua, accentra e decide con accoglimenti che spesso prescindono dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, preferendo piuttosto flessibilizzare le regole del suo processo e ancorarsi a parametri ed argomenti "interni".

Si tratterà di verificare come questi approcci delle due Corti – sintonici nell'esigenza di assicurare entrambi il diritto al giudice, ma fatti di indifferenza e diffidenza – sapranno coesistere specie di fronte a vicende analoghe oppure identiche portate parallelamente davanti all'una e all'altra Corte.

Quanto, invece, alle dinamiche relative ai rapporti con la Corte di giustizia dell'Unione europea, può constatarsi come la più recente giurisprudenza sui casi di c.d. doppia pregiudizialità, motivata dalla medesima spinta "accentratrice" che ha contrassegnato i rapporti con la CEDU, stia avendo esiti particolarmente apprezzabili. Da una parte perché, effettivamente, essa ha portato ad una "rivitalizzazione" del sindacato di costituzionalità in questo ambito. La Corte costituzionale, lo si è già detto, ora ammette questione di legittimità costituzionale che prima venivano invece dichiarate inammissibili perché la "priorità" era all'opposto accordata al chiarimento circa il rapporto tra disposizione nazionale e disposizione europea, e dunque demandata al confronto tra giudici comuni e Corte di giustizia. La sentenza n. 269 e il suo seguito hanno invece ora aperto le porte al giudizio di costituzionalità.

Il secondo motivo di apprezzamento della rielaborazione della regola *Simmenthal/Granital*, limitatamente ai casi in cui vengano in rilievo di-

ritti a “doppia tutela”, perché disciplinati sia dalla Costituzione italiana sia dalla Carta di Nizza, sta in ciò che, alla luce dell’osservazione delle pronunce successive a quella “svolta” (in particolare la sentenza n. 20 del 2019), è dato pensare che questa non abbia affatto segnato una erosione degli spazi di decisione della Corte di giustizia. Infatti, l’apertura del Giudice costituzionale allo strumento del rinvio pregiudiziale, cui ricorrere sulla base di serie e attente valutazioni da svolgere ovviamente caso per caso, consente ora alle due Corti di avviare un confronto costruttivo, utile tanto più «*su alcuni temi tipicamente costituzionali*»⁹⁷; temi sui quali, dunque, è bene che, almeno in certi casi, a porre la “domanda” a Lussemburgo sia l’organo deputato nel nostro ordinamento a svolgere quelle complesse valutazioni di bilanciamento che ogni questione concernente diritti fondamentali necessariamente implica.

Come si vede, dunque, il medesimo fenomeno (la tendenza al “riaccentramento” dimostrata negli ultimi anni dalla Corte costituzionale) può condurre ad esiti differenti a seconda dell’ambito nel quale ci si colloca, e forse ciò proprio a motivo delle differenze strutturali che connotano l’ordinamento Ue e quello convenzionale. Le considerazioni che si possono trarre dall’osservazione di questi tentativi – riguardanti tanto i rapporti con la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, quanto i rapporti con la Cedu – di riportare in primo piano il sindacato di costituzionalità (e, talvolta, gli stessi “parametri nazionali”) non convergono dunque completamente. Ciò che, tanto più, dovrebbe motivare la dottrina a moltiplicare gli sforzi di comprensione di questi fenomeni e a proseguire le ricerche su un campo di indagine ancora ricco di stimoli, anche perché contrassegnato da dinamiche in continua evoluzione.

Bibliografia

AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale, Atti del seminario di svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano, 1990.

AA.VV., *Granital revisited. L’integrazione europea attraverso il diritto giuri-*

⁹⁷ G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, Padova, 2008.

- sprudenziiale*, a cura di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, Bologna 2020.
- AMALFITANO C., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza "comunitaria" e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020.
- BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, 4, 2017.
- BIONDI F., *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi*, 18, 2019.
- CATALANO S., *Doppia pregiudizialità: una svolta "opportuna" della Corte costituzionale*, in *Federalismi*, 10, 2019.
- D'AMICO M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.
- D'AMICO M., *Parti e terzi nel giudizio in via incidentale*, in *Foro it.*, 1997, c. 310 ss.
- D'AMICO M., *L'Europa dei diritti: tra "aperture" e "chiusure"*, in *Setenta años de Constitución italiana y cuarenta años de Constitución española*, a cura di A. PÉREZ MIRAS, G.M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M. PIA IADICICCO, Madrid, 2020.
- LEONE S., *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2019.
- NARDOCCI C., *Il "diritto" al Giudice costituzionale*, Napoli, 2020.
- PACE A., *La sentenza Granital, ventitré anni dopo*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2007.
- PIZZETTI F., ZAGREBELSKY G., «Non manifesta infondatezza» e «rilevanza» nella instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi, Milano, 1972.
- RANDAZZO B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.
- RANDAZZO B., *Il "riaccentramento" del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC.*, 3, 2020.
- ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.
- SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2018.
- ZANON N., *Introduzione generale*, in *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela dei diritti. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, a cura di C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE, Torino, 2022.
- ZANON N., *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 1998.

CAPITOLO 4

L'ACCESSO DELLE ONG ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA AMBIENTALE: NUOVE PROSPETTIVE CON LA RIFORMA DEL REGOLAMENTO DI AARHUS?

Ilaria Anrò

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'accesso delle ONG alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel sistema dei Trattati. – 3. (segue): ... e nel Regolamento di Aarhus. – 4. I limiti delle vie di accesso alla giustizia dell'Unione europea per le ONG alla luce della Convenzione di Aarhus. – 5. Il recente ampliamento delle vie di accesso alla giustizia operato dalla riforma del Regolamento di Aarhus. – 5.1. La modifica della definizione di atto amministrativo con riferimento alla sua portata. – 5.2. (segue): e con riferimento agli effetti esterni. – 5.3. (segue): e con riferimento alla violazione del diritto ambientale. – 5.4. L'ampliamento del novero dei membri del pubblico legittimati alla richiesta di riesame. – 5.5. La proroga dei termini e alcune modifiche relative al trattamento della richiesta di riesame. – 5.6. La pubblicità delle richieste di riesame e delle decisioni delle istituzioni. – 6. L'impugnabilità delle decisioni in materia di aiuti di Stato. – 7. Alcune riflessioni conclusive. – Bibliografia.

1. Introduzione.

L'accesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea ("CGUE") delle organizzazioni non governative ("ONG") e, in generale, delle associazioni portatrici di interessi diffusi, passa attraverso le caratteristiche del sistema giurisdizionale proprio dell'Unione europea, così come descritto dai Trattati e, in particolare, dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea ("TFUE").

In materia ambientale, l'accesso al giudice dell'Unione è ampliato dallo specifico sistema introdotto dal Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (il "Regolamento di Aarhus")¹, oggetto di recenti modifiche.

Nella Comunicazione del 14 ottobre 2020, la Commissione europea, accompagnando la proposta di revisione di detto regolamento, ha sottolineato che migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'Unione europea e nei suoi Stati membri è «un'importante misura di sostegno per aiutare a realizzare la transizione del Green Deal europeo e un modo per rafforzare il ruolo che la società civile può svolgere come custode dello spazio democratico»². Nella medesima Comunicazione, la Commissione ha ricordato che «[l]'accesso a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale è un diritto fondamentale dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Sistemi giudiziari efficaci giocano un ruolo fondamentale nel salvaguardare lo Stato di diritto sancito dall'articolo 2 del trattato sull'Unione europea (TUE) e nel garantire un'applicazione efficace del diritto dell'UE e un rafforzamento della fiducia del pubblico nelle pubbliche amministrazioni. Ciò è anche riflesso dall'articolo 19, paragrafo 1, del TUE, che richiede agli Stati membri di stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione, e nella giurisprudenza della CGUE in relazione all'accesso alla giustizia in materia ambientale. L'accesso alla giustizia in materia ambientale è anche rilevante nel contesto degli articoli 41 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e aiuta a fornire la certezza del diritto»³.

Il presente contributo, dopo una breve ricostruzione delle vie di accesso per le ONG previste attualmente dal TFUE e dal Regolamento di

¹ In *GUUE* L 264/13, del 25 settembre 2006.

² Cfr. Comunicazione della Commissione europea, Migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'UE e nei suoi Stati membri, 14 ottobre 2020, COM(2020) 643 final.

³ *Ibidem*, par. 8.

Aarhus, con particolare riferimento alla possibilità di contestare la legittimità di atti di diritto derivato dell'Unione europea per ragioni di tutela ambientale, è diretto ad esaminare la recente riforma di detto strumento operata dal Regolamento (UE) 2021/1767 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2021 relativo alla modifica del Regolamento (CE) n. 1367/2006 sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale⁴, evidenziando i progressi in tale ambito, ma anche tenendo conto dei perduranti limiti sussistenti per le ONG nel farsi portavoce degli interessi diffusi di tutela ambientale.

2. *L'accesso delle ONG alla Corte di giustizia dell'Unione europea nel sistema dei Trattati.*

Tradizionalmente, per «organizzazioni non governative» si intendono enti rappresentativi degli interessi pubblicistici della società civile universale, indipendenti dagli Stati. Esse sono contemplate dall'art. 71 della Carta delle Nazioni Unite che prevede per tali enti un “*consultative status*” a proposito di temi relativi ai diritti economici e sociali⁵. Le ONG rivestono, quindi, un ruolo fondamentale nell'elaborazione delle norme, *in primis* a livello internazionale, essendo spesso attive in più Stati, nonché nell'ambito di procedimenti giurisdizionali e non che coinvolgono gli interessi di cui sono portatrici.

Il ruolo delle ONG è apparso particolarmente cruciale in materia ambientale. Come affermato dalla Corte di giustizia «il diritto ambientale dell'Unione riguarda, per la maggior parte, l'interesse pubblico e non semplicemente la tutela degli interessi dei singoli in quanto tali»⁶ e, come ricordato enfaticamente all'avvocato generale Sharpston, «non possono

⁴In *GUUE* L 356 dell'8 ottobre 2021, p. 1.

⁵Cfr. S.M. CARBONE, *I soggetti e gli attori nella comunità internazionale*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, V ed., Torino, 2016, p. 40 ss.

⁶Cfr. Corte giust., 12 maggio 2011, *Trianel*, C-115/09, ECLI:EU:C:2011:289, punto 46.

comparire in giudizio né l'acqua né i pesci che vi nuotano. Analogamente, gli alberi non sono legittimati ad agire»⁷. In questo contesto, le ONG «sono espressione dell'interesse pubblico e collettivo, che nessun altro sarebbe altrimenti in grado di difendere. Esse riuniscono le rivendicazioni di una pluralità di individui in un'unica azione, agiscono quale filtro e mettono a disposizione le loro conoscenze specialistiche, ponendo quindi i giudici in una posizione migliore per definire la causa. Pertanto, nel lungo periodo, contribuiscono a un migliorare il funzionamento dei procedimenti in materia ambientale. Così facendo, le organizzazioni per la tutela dell'ambiente svolgono un ruolo cruciale nella protezione del patrimonio ambientale comune»⁸.

Nel sistema dei rimedi previsti dal TFUE, le vie di accesso per le ONG per invocare l'illegittimità degli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione di fronte alla CGUE sono rappresentate dal ricorso per annullamento *ex art.* 263 TFUE e dal rinvio pregiudiziale di validità *ex art.* 267 TFUE, oltre che dall'eccezione di inapplicabilità di cui all'art. 277 TFUE.

Occorre fin da subito osservare che la CGUE non tiene conto delle peculiarità delle ONG, nemmeno in considerazione del perseguimento di finalità di tutela ambientale, equiparandole, quanto a legittimazione e interesse ad agire, ad ogni altra associazione o persona giuridica.

In particolare, nell'ambito del ricorso per annullamento, la legittimazione ad agire delle ONG è consentita ove vengano soddisfatte le condizioni di cui all'art. 263, comma 4, TFUE, non essendo annoverabili tra i ricorrenti privilegiati (Stati e istituzioni), ma essendo piuttosto riconducibili alla categoria delle persone giuridiche, le quali possono impugnare soltanto (i) atti adottati nei loro confronti, (ii) che le riguardino direttamente e individualmente, pur essendo indirizzati ad altri soggetti ovvero ad una generalità di destinatari, oppure (iii) atti regolamentari che le riguardino direttamente e non comportino alcuna misura di esecuzione⁹.

⁷ Cfr. Conclusioni AG Sharpston del 12 ottobre 2017 relative a Corte giust., causa C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, ECLI:EU:C:2017:760, par. 77.

⁸ *Ibidem*, par. 80.

⁹ Sui limiti della legittimazione ad agire dei ricorrenti non privilegiati cfr. per tutti

A tal proposito, la CGUE ha da sempre applicato alle associazioni il criterio sviluppato nella celebre sentenza *Plaumann*, ove è stato precisato che «chi non sia destinatario di una decisione può sostenere che questa lo riguarda individualmente soltanto qualora il provvedimento lo tocchi a causa di determinate qualità personali, ovvero di particolari circostanze atte a distinguerlo dalla generalità e quindi lo identifichi alla stregua stessa dei destinatari»¹⁰.

Una prima applicazione di tale principio con riferimento alla legittimazione ad agire di associazioni a tutela dell'ambiente si è avuta nel caso *Greenpeace International*, ove il Tribunale, applicando il test *Plaumann*, ritenne che l'associazione Greenpeace non fosse legittimata ad impugnare delle decisioni della Commissione europea dirette a sostenere la costruzione di due centrali elettriche nelle isole Canarie per l'asserita mancanza di valutazione di impatto ambientale dell'opera¹¹. In quel caso il Tribunale, pur invitato dai ricorrenti a «discostarsi dalle limitazioni imposte dalla detta giurisprudenza, secondo la quale i terzi ricorrenti devono dimostrare di essere interessati dall'atto impugnato in maniera analoga a quella del destinatario della decisione, e concentrarsi invece unicamente sul fatto che essi hanno subito o potrebbero subire una perdita o un danno per via delle nefaste conseguenze ambientali derivanti da un comportamento illegittimo delle istituzioni comunitarie», aveva ritenuto di confermare il criterio *Plaumann*, considerando che ciò non fosse in contrasto con le prassi giurisprudenziali nazionali in materia di tutela dell'ambiente, in quanto «la legittimazione ad agire può risultare dalla mera esistenza di un interesse "sufficiente" in capo ai ricorrenti [...] posto che la legittimazione ad agire ex art. 173 [nda: oggi 263], quarto comma, del Trattato dipende dal ricorrere delle condizioni relative all'esistenza di un inte-

C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2021; M. CON-DINANZI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 109 ss.; ID., *Il ricorso diretto ai giudici europei: quadro giurisprudenziale e costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 628 ss.

¹⁰ Cfr. Corte giust., 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann & Co. contro Commissione della Comunità economica europea*, ECLI:EU:C:1963:17.

¹¹ Trib., ord. 9 agosto 1995, causa T-585/93, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:1995:147.

resse diretto e individuale del ricorrente che viene toccato dalla decisione impugnata»¹². L'ordinanza del Tribunale venne poi confermata dalla Corte di giustizia, la quale aggiunse che gli interessi delle associazioni possono essere sempre tutelati dai giudici nazionali, che possono eventualmente interrogare la Corte mediante rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE¹³. Si affacciava così, evidente, la logica della (discutibile) complementarità tra il ricorso diretto al giudice europeo e il rinvio pregiudiziale di validità rispetto ad atti delle istituzioni ritenuti non immediatamente impugnabili.

L'applicazione del test *Plaumann* per le associazioni e per le ONG, in materia ambientale, è stata confermata anche dalla giurisprudenza successiva¹⁴, che ha sempre richiesto la dimostrazione di un interesse individuale diretto per fondarne la legittimazione ad agire.

La giurisprudenza della CGUE ha considerato sussistente un interesse individuale distinguendo tre diverse ipotesi: (i) quando c'è una disposizione di diritto dell'Unione europea che riconosce espressamente alle associazioni dei diritti procedurali; (ii) quando l'associazione rappresenta gli interessi dei suoi membri e questi sono riguardati direttamente ed individualmente; (iii) quando l'associazione sia identificata per il pregiudizio arrecato ai propri interessi sociali, in particolare in quanto la sua posizione di negoziatrice sia stata pregiudicata dall'atto di cui è richiesto l'annullamento¹⁵.

Occorre sottolineare che l'orientamento in questione non ha subito modificazioni, almeno all'apparenza, conseguenti all'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Aarhus, o all'entrata in vigore del Regolamen-

¹² *Ibidem*, punti 50 e 51.

¹³ Corte giust., 2 aprile 1998, causa C-321/95 P, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) e a.*, ECLI:EU:C:1998:153.

¹⁴ Cfr. Trib., ord. 22 dicembre 1995, causa T-219/95 R, *Danielsson e a. c. Commissione*, ECLI:EU:T:1995:219, punti 72-74; Trib., ord. 2 giugno 2008, causa T-91/07, *WWF-UK c. Consiglio*, pubb. somm. in Racc., 2008 II-00081; Corte giust., 5 maggio 2009, C-355/08, *WWF-UK Ltd c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2009:286.

¹⁵ Cfr. Corte giust., 4 ottobre 1983, causa 191/82, *Fediol c. Commissione*, ECLI:EU:C:1983:259, punto 28; Trib., ord. 23 novembre 1999, causa T-173/98, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, ECLI:EU:T:1999:296, punto 47.

to di Aarhus, pur essendo entrambi gli strumenti dichiaratamente diretti ad ampliare le vie di accesso alla giustizia per le ONG (su cui v. *infra*).

Infatti, il tradizionale orientamento giurisprudenziale ha trovato di recente conferma nella sentenza *Carvalho* che ha constatato la mancanza di legittimazione ad agire di un'associazione di diritto svedese che si era unita a trentasei privati per impugnare degli atti concernenti emissioni nocive (meglio conosciuto come *People's Climate Case*)¹⁶. In tale pronuncia, la Corte di giustizia ha di fatto ribadito la necessità di rispettare i criteri della formula *Plaumann* anche per le associazioni che agiscono per la tutela dell'ambiente. Il ricorso per annullamento resta pertanto ancorato all'ardua dimostrazione di un interesse individuale e diretto per l'associazione o ONG in questione. In altre parole, il carattere "diffuso" dell'interesse leso, pur determinando il contenuto di primari diritti individuali, sembra non giustificare agli occhi dei giudici dell'Unione europea alcuna flessione nell'esame della ricevibilità del ricorso introduttivo, quanto all'identificazione della legittimazione ad impugnare.

Né consente di superare questi limiti il ricorso al rinvio pregiudiziale di validità di cui all'art. 267 TFUE: anche a livello nazionale, infatti, sussistono criticità nell'accesso alla giustizia per le ONG e senza l'instaurazione del giudizio *a quo* non è possibile progredire verso la Corte di giustizia¹⁷. Anche l'eccezione di inapplicabilità di cui all'art. 277 TFUE non pare un rimedio efficace perché si tratta di un'eccezione che può essere svolta solo all'interno di un'azione di annullamento già (validamente) instaurata e produce solo effetti *inter partes*, trattandosi di una disapplicazione nel caso di specie.

¹⁶ Corte giust., 25 marzo 2021, C-565/19 P, *Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2021:252. Per un commento v. L. HORNKOHL, *The CJEU dismissed the People's Climate Case as inadmissible: the limit of Plaumann is Plaumann*, in *European Law Blog*, 6 aprile 2021, <https://europeanlawblog.eu/2021/04/06/the-cjeu-dismissed-the-peoples-climate-case-as-inadmissible-the-limit-of-plaumann-is-plaumann/> e G. AGRATI, *I limiti della formula Plaumann in tema di diritto ambientale: brevi note alla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-565/19 P, Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*, in *Europa*, 23 maggio 2021.

¹⁷ Per un'approfondita analisi sul punto v. M. ELIANTONIO, *Collective Redress in Environmental Matters in the EU: A Role Model or a "Problem Child"?*, in *Legal Issues of European Integration*, 2014, p. 257 ss.

Infine, pare opportuno osservare che l'inquadramento delle ONG quali persone giuridiche, al pari degli altri c.d. ricorrenti non privilegiati, ha, altresì, come conseguenza, il fatto che il "giudice naturale" delle cause azionate dalle ONG sia il Tribunale e non la Corte di giustizia, in virtù del riparto di competenze previsto dal sistema degli artt. 256 TFUE e 51 dello Statuto della Corte di giustizia¹⁸. Da un certo punto di vista, non appare irragionevole prospettare che dovrebbe essere la Corte di giustizia il "giudice naturale" delle controversie promosse dalle ONG in materia ambientale: l'ampiezza e la dimensione transfrontaliera degli interessi coinvolti, l'assenza di interessi "patrimoniali" della singola associazione, la natura spesso oggettivamente "istituzionale" della controversia quanto alla tipologia di argomentazioni più frequentemente addotte, vorrebbero fosse la Corte di giustizia, quale giudice supremo del sistema a conoscere delle relative controversie. D'altro lato, in un sistema relativamente "poco generoso" verso le istanze ambientali delle ONG, la competenza del Tribunale consente alle ONG, quanto meno, di avere un doppio grado di giudizio.

Anche al di là di tale considerazione, alla luce di quanto sopra, non si può che concludere che l'accesso alla CGUE per le ONG nel sistema previsto dai Trattati pare tuttora estremamente difficoltoso.

3. (segue): ...e nel Regolamento di Aarhus.

In materia ambientale, per le ONG è stato costruito un sistema di accesso alla giustizia – ed in particolare alla CGUE – discendente dalla necessità di garantire l'applicazione della Convenzione di Aarhus nell'ambito dell'Unione europea, il quale va ad integrare il sistema giurisdizionale previsto dai Trattati, pur senza colmarne del tutto le lacune.

Come noto, nel 2005 l'Unione europea ha aderito alla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale¹⁹. La

¹⁸ Cfr. C. AMALFITANO, *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, cit., par. 4.

¹⁹ Cfr. Decisione del Consiglio 2005/370/CE, del 17 febbraio 2005, relativa alla

Convenzione di Aarhus prevede tre pilastri, sostanzialmente corrispondenti a tre differenti diritti: (i) il diritto di accesso alle informazioni ambientali di cui dispongono le pubbliche autorità; (ii) il diritto di partecipare al processo decisionale in materia ambientale; (iii) il diritto di impugnare atti pubblici lesivi dell'ambiente²⁰. In particolare, con riferimento a quest'ultimo diritto, l'art. 9 prevede l'accesso alla giustizia, al primo paragrafo, in caso di diniego di accesso alle informazioni e al, secondo paragrafo, in caso di mancato rispetto dei diritti di partecipazione al processo decisionale. L'art. 9, par. 3 prevede, poi, per i membri del pubblico, l'accesso a procedure di ricorso di natura giurisdizionale e non, avverso gli atti e le omissioni dei privati e di pubbliche autorità che violano le norme di diritto ambientale («ciascuna Parte provvede affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale»). L'art. 2, par. 4 della Convenzione precisa che il termine «pubblico» comprende «una o più persone fisiche o giuridiche e, ai sensi della legislazione o della prassi nazionale, le associazioni, le organizzazioni o i gruppi costituiti da tali persone». Ai sensi dell'art. 2, par. 5, «le organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente e che soddisfano i requisiti prescritti dal diritto nazionale» si considerano titolari di un interesse da far valere nei processi decisionali in materia ambientale e quindi rientrano nell'ambito di applicazione del termine «*pubblico interessato*» contenuto in tale disposizione.

All'art. 9, par. 4, poi, la Convenzione sancisce che le procedure di ricorso contemplate da detto articolo «devono offrire rimedi adeguati ed effettivi, ivi compresi, eventualmente, provvedimenti ingiuntivi, e devono essere obiettive, eque, rapide e non eccessivamente onerose. Le deci-

conclusione, a nome della Comunità europea, della convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, in *GUUE*, L 124 del 17 maggio 2005, p. 1 ss.

²⁰ Per un quadro generale della Convenzione di Aarhus cfr. E. BARRIT, *The foundations of the Aarhus Convention, Environmental Democracy, Rights and Stewardship*, Oxford, 2020; A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011.

sioni prese in virtù del presente articolo sono emanate o registrate per iscritto. Le decisioni degli organi giurisdizionali e, ove possibile, degli altri organi devono essere accessibili al pubblico».

Il primo pilastro della Convenzione è stato attuato a livello europeo tramite la direttiva 2003/04/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale²¹; il secondo tramite la direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale²², dunque principalmente attraverso normative dirette agli Stati. Con riferimento al terzo pilastro della Convenzione, l'Unione europea ha adottato il già ricordato Regolamento di Aarhus, destinato, invece, alle istituzioni dell'Unione stessa²³. È poi possibile trovare specifiche disposizioni quanto all'accesso alla giustizia dei singoli in direttive settoriali, indipendentemente dall'attuazione della Convenzione, come ad esempio la direttiva 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 di-

²¹ Cfr. Direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale e che abroga la direttiva 90/313/CEE del Consiglio, in *GUUE* L 041 del 14 febbraio 2003, p. 26 ss.

²² Cfr. Direttiva 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 maggio 2003, che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale e modifica le direttive del Consiglio 85/337/CEE e 96/61/CE relativamente alla partecipazione del pubblico e all'accesso alla giustizia, in *GUUE* L 156 del 25 giugno 2003, p. 17 ss.

²³ Ulteriori precisazioni circa la presentazione del riesame interno sono contenuti nella Decisione della Commissione 2008/50/CE del 13 dicembre 2007 che stabilisce le modalità di applicazione del Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio sulla convenzione di Aarhus con riguardo alle richieste di riesame interno degli atti amministrativi, in *GUUE* L 13 del 16 gennaio 2008, p. 24 ss. e nella Decisione della Commissione 2008/401/CE, Euratom che modifica il suo regolamento interno per quanto riguarda le modalità di applicazione del Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, in *GUUE* L 140 del 30 maggio 2008, p. 22 ss. Per un'analisi della genesi del Regolamento di Aarhus v. T. MOOLENAAR E S. NÓBREGA, *Access to Justice: Environmental Non-Governmental Organizations according to the Aarhus Regulation*, in *Elni Review*, 2016, p. 76 ss.

cembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati²⁴ e la direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale²⁵ (su cui non è possibile, tuttavia, soffermarsi in questa sede).

Attuando la Convenzione, il Regolamento di Aarhus ha, quindi, aperto due vie di ricorso per le ONG, una di natura amministrativa e l'altra di natura giurisdizionale che si aggiungono alle possibilità offerte dal TFUE. Precisamente, tali vie sono riservate alle ONG che soddisfino i criteri di cui all'art. 11: deve, infatti, trattarsi di «una persona giuridica indipendente senza fini di lucro a norma del diritto nazionale o della prassi di uno Stato membro» (lett. a); che abbia come obiettivo primario quello di «promuovere la tutela dell'ambiente nell'ambito del diritto ambientale» (lett. b); sia «costituita da più di due anni e persegue attivamente l'obiettivo di cui alla lett. b» (lett. c); e la richiesta presentata alle istituzioni «rientri nel suo obiettivo e nelle sue finalità» (lett. d).

Secondo quanto disposto dall'art. 10, qualunque ONG rispetti detti criteri «può presentare una richiesta di riesame interno all'istituzione o all'organo comunitario che ha adottato un atto amministrativo ai sensi del diritto ambientale o, in caso di presunta omissione amministrativa, che avrebbe dovuto adottarlo». Dunque, il Regolamento di Aarhus prevede un ricorso di carattere amministrativo, diretto ad instaurare un dialogo tra l'ONG e l'istituzione o organo comunitario, diretto ad ottenere un riesame – e, eventualmente, una modifica – di un «atto amministrativo» ovvero «qualsiasi provvedimento di portata individuale nell'ambito del diritto ambientale adottato da un'istituzione o da un organo comunitari e avente effetti esterni e giuridicamente vincolanti», secondo la definizione di cui all'art. 2, par. 1, lett. g) del Regolamento di Aarhus²⁶.

Per il caso in cui il riesame amministrativo non abbia successo, l'art. 12 prevede che «l'ONG che ha formulato la richiesta di riesame interno

²⁴ In *GUUE* L 26 del 28 gennaio 2012, p. 1 ss. Cfr., in particolare, l'art. 11.

²⁵ In *GUUE* L 143 del 30 aprile 2004, p. 56 ss. Cfr., in particolare, l'art. 13.

²⁶ Per una ricostruzione della nozione di atto amministrativo nel contesto del Regolamento di Aarhus si veda G. LIGUGNANA, *Poteri giurisdizionali dell'amministrazione europea e decisioni in materia ambientale*, in *Federalismi*, 8 marzo 2017, p. 1 ss.

ai sensi dell'art. 10 può proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni del Trattato». Il riferimento è all'art. 263, comma 4, TFUE, prima parte, ovvero ove il Trattato prevede che una persona fisica possa impugnare gli atti ad esso destinati. Come sottolineato dalla Commissione «[t]he Aarhus Regulation therefore not only created a new remedy, the administrative review, it also established a means whereby environmental NGOs could use the first limb of Article 263(4) TFEU»²⁷: nella misura in cui il diniego di riesame amministrativo è indirizzato direttamente alla ONG in questione, non vi è necessità di dimostrare alcunché quanto alla legittimazione della stessa, essendo pacificamente un atto adottato nei suoi confronti. Il ricorso per annullamento promosso dalla ONG, però, riguarda unicamente la legittimità della decisione di diniego di riesame amministrativo da parte dell'istituzione in questione e non investe il merito dell'atto interessato dalla richiesta di riesame²⁸. La prassi mostra, inoltre, che dall'entrata in vigore del Regolamento di Aarhus 43 richieste di riesame sono state presentate alla Commissione europea e di queste 29 sono state dichiarate inammissibili; tra queste, solo 20 decisioni della Commissione sono state impuginate davanti al Tribunale, 4 ricorsi sono stati considerati ammissibili e solo una decisione è stata annullata²⁹.

Alla luce di questi dati, lo strumento non pare particolarmente efficace per il rispetto delle esigenze di tutela ambientale di cui le ONG sono portatrici.

²⁷ Commission Staff Working Document, *Report on European Union implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters*, 10 ottobre 2019, SWD(2019) 378 final, p. 6.

²⁸ *Ibidem*, p. 10, ove viene richiamata anche la pronuncia del Trib., 15 dicembre 2016, causa T-177/13, *TestBioTech eV*, ECLI:EU:T:2016:736, punto 56, che conferma tale considerazione. Si veda anche la sentenza della Corte che conferma la sentenza del Tribunale sul punto Corte giust., 12 settembre 2019, causa C-82/17 P, *TestBioTech eV*, ECLI:EU:C:2019:719, punti 37-40. Per una critica circa lo standard di revisione giudiziale delle decisioni di diniego di riesame delle istituzioni si v. G. LEONELLI, *Access to the EU Courts in Environmental and Public Health Cases and the Reform of the Aarhus Regulation: Systemic Vision, Pragmatism, and a Happy Ending*, in *Yearbook of European Law*, 2021, p. 230 ss. V. anche R. TAVARES LANCIERO, *ClientEarth v. Commission and ECHA (C-458/19 P): A lost opportunity to clarify the Aarhus Regulation*, in *EU Law Live*, 15 ottobre 2021.

²⁹ *Ibidem*, p. 11.

Allo stesso modo, il Regolamento di Aarhus prevede, all'art. 1, par. 2, che le ONG possano fare ricorso per censurare l'omissione di una istituzione, con riferimento alla mancata adozione di un atto amministrativo individuale: «[q]ualora l'istituzione o l'organo comunitario ometta di agire a norma dell'art. 10, paragrafo 2 o paragrafo 3, l'organizzazione non governativa ha il diritto di proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni del trattato».

Il sistema del Regolamento di Aarhus presenta, tuttavia, diversi limiti che si traducono in restrizioni alle nuove vie d'accesso alla giustizia. *In primis*, la stessa definizione di atto amministrativo di cui all'art. 2, par. 1, lett. g) rappresenta un significativo ostacolo: nella misura in cui il Regolamento – come sopra ricordato – considera tale «qualsiasi provvedimento di portata individuale nell'ambito del diritto ambientale adottato da un'istituzione o da un organo comunitari e avente effetti esterni e giuridicamente vincolanti» elimina ogni spazio per l'impugnazione di atti legislativi o amministrativi di portata generale, i quali sono principalmente oggetto dell'attenzione delle ONG, per definizione portatrici di interessi diffusi. Non solo: il Regolamento esclude anche gli atti adottati nell'ambito dell'esercizio di un potere di controllo da parte delle istituzioni. Il *Considerando 11* del Regolamento di Aarhus, infatti, afferma che: «[d]ato che gli atti adottati dalle istituzioni o dagli organi comunitari nell'esercizio del potere giudiziario possono essere esclusi, si dovrebbero egualmente escludere le procedure di inchiesta nelle quali le istituzioni o gli organi comunitari agiscono in qualità di organi di controllo amministrativo ai sensi delle disposizioni del trattato» e l'art. 2, par. 2 del Regolamento esclude espressamente gli atti e le omissioni adottati da istituzioni e organi in qualità di «organi di controllo amministrativo» in applicazione delle norme in tema di concorrenza, procedura di infrazione, ricorsi al mediatore e procedimenti dinanzi all'OLAF.

Specularmente, l'inerzia delle istituzioni può essere fatta valere solo se relativa alla mancata adozione di un atto di questo tipo, ai sensi della definizione di «omissione amministrativa» di cui all'art. 2, par. 2, lett. h). Inoltre, tali vie di accesso alla giustizia restano precluse agli individui, pur essendo anch'essi “membri del pubblico” ai sensi della Convenzione di Aarhus.

I limiti ed incongruenze del Regolamento di Aarhus hanno solleva-

to diversi interrogativi circa la compatibilità di detto regolamento con la stessa Convenzione di Aarhus, come descritto nel paragrafo successivo.

4. *I limiti delle vie di accesso alla giustizia dell'Unione europea per le ONG alla luce della Convenzione di Aarhus.*

La limitazione del novero degli atti impugnabili dalle ONG ha sollevato un tema di compatibilità del Regolamento di Aarhus con la stessa Convenzione. Come già ricordato, la definizione di atto amministrativo di cui all'art. 2, par. 1, lett. g), comporta l'esclusione degli atti legislativi e di quelli (non legislativi) di portata generale, ovvero quelli di maggiore interesse per l'azione delle ONG, in quanto ove si tratti di atti di portata individuale potrebbe risultare del tutto adeguata e sufficiente la legittimazione del singolo.

Se l'esclusione degli atti legislativi è stata pacificamente ritenuta compatibile con la Convenzione di Aarhus, non avendo introdotto tale convenzione una *actio popularis*, tale da consentire «la possibilità per chiunque di contestare qualsiasi decisione, atto od omissione in materia di ambiente»³⁰, è pur vero che la Convenzione ha inteso superare un approccio “minimalista” che consentisse un'azione (individuale) solo in presenza della lesione diretta e specifica del diritto di un singolo³¹.

Il Tribunale, a tal proposito, ha affermato che «l'articolo 10, paragrafo 1, del regolamento n. 1367/2006, non è compatibile con l'articolo 9, paragrafo 3, della convenzione di Aarhus in quanto limita la nozione di “atti” di cui all'articolo 9, paragrafo 3, della convenzione di Aarhus ai soli “att[i] amministrativ[i]”, definiti dall'articolo 2, paragrafo 1, lettera g), del medesimo regolamento come «provvedimenti di portata individuale», dovendo essere garantita l'impugnabilità degli atti amministrativi di ca-

³⁰ Come precisato dalla stessa Guida all'applicazione della Convenzione di Aarhus, p. 198 e ricordato dall'AG Sharpston nelle conclusioni del 12 ottobre 2017 relative alla causa Corte giust., C-664/15, *Protect Natur-, Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, ECLI:EU:C:2017:760, nota 75.

³¹ *Ibidem*, par. 81.

rattere generale, in conformità con una corretta interpretazione dell'art. 9, par. 3, della Convenzione³².

Successivamente però la Corte ha annullato detta pronuncia del Tribunale, sebbene sotto un diverso profilo, ritenendo che l'art. 9, par. 3, non fosse sufficientemente incondizionato e preciso per assurgere a parametro di validità del Regolamento di Aarhus, in conformità alla giurisprudenza *Inter-tanko* e *Fiamm*³³, ai sensi della quale le disposizioni di un accordo internazionale di cui l'Unione europea sia parte possono essere invocate a sostegno di un ricorso per annullamento di un atto di diritto derivato o di un'eccezione relativa all'illegittimità di tale atto unicamente a condizione che ciò non sia precluso né dalla natura né dalla struttura dell'accordo stesso e che tali disposizioni risultino incondizionate e sufficientemente precise. Secondo la Corte, l'art. 9, par. 3 della Convenzione di Aarhus non contiene alcun obbligo incondizionato e sufficientemente preciso tale da disciplinare direttamente la situazione giuridica dei singoli e non soddisfa, perciò, tali condizioni: «infatti, nella misura in cui solo “i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale” sono titolari dei diritti previsti dal suddetto articolo 9, paragrafo 3, tale disposizione è subordinata, nella sua esecuzione o nei suoi effetti, all'intervento di un atto ulteriore»³⁴. Del resto, tale conclusione era già stata raggiunta dalla stessa Grande sezione della Corte nella sentenza *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, ove pure era stata affermata la mancanza dei requisiti dell'effetto diretto per la medesima norma³⁵.

Come sopra ricordato, la prassi delle istanze di riesame amministrativo

³²Trib., 14 giugno 2012, causa T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu*, ECLI:EU:T:2012:300, spec. punto 78.

³³Cfr. Corte giust., grande sez., 13 gennaio 2015, cause riunite C-401/12 P e C-405/12 P, *Stichting Natuur en Milieu*, ECLI:EU:C:2015:4. Per un commento si veda B. PIRKER, *Access to Justice in Environmental Matters and the Aarhus Convention's Effects in the EU Legal Order: No Room for Nuanced Self-Executing Effect?*, in *RECIEL*, 2016, p. 81 ss. V. anche I. HADJIANNI, *The CJEU as the Gatekeeper of International Law: the Case of WTO and the Aarhus Convention*, in *ICLQ*, 2021, p. 895 ss.

³⁴Corte giust., grande sez., 13 gennaio 2015, cause riunite C-401/12 P e C-405/12 P, *Stichting Natuur en Milieu*, cit., punto 55.

³⁵Corte giust., grande sez., 8 marzo 2011, causa C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK*, ECLI:EU:C:2011:125, spec. punto 45.

ha confermato lo spazio limitato per il riesame degli atti contestati³⁶, essendo le richieste delle ONG per la maggior parte rigettate in quanto inammissibili.

Il Comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione di Aarhus (Aarhus Convention Compliance Committee, "ACCC") ha, quindi, rilevato la non conformità del Regolamento alle prescrizioni della Convenzione e, in generale, la mancanza di osservanza della stessa da parte dell'Unione europea³⁷.

Già nel 2011, sulla base del reclamo presentato da diverse ONG nel caso ACCC/C/2008/32, l'ACCC, pur senza statuire in maniera definitiva sulla prospettata violazione della Convenzione di Aarhus da parte dell'Unione europea, aveva invitato la Corte di giustizia a modificare il proprio orientamento quanto all'applicazione del test *Plaumann* alle ONG e associazioni operanti in materia ambientale per consentirne un reale accesso alla giustizia, considerando che gli interessi di cui si fanno portatori tali enti sono per definizione generali e diffusi³⁸.

Più recentemente, nella definizione del caso citato, l'ACCC è giunto alla conclusione che l'Unione europea viola la Convenzione di Aarhus, ed in particolare l'art. 9, parr. 3 e 4, nella misura in cui né il Regolamento di Aarhus, né la giurisprudenza della CGUE, risultano conformi alle prescrizioni di dette norme³⁹.

³⁶ Si veda la prassi della Commissione europea: <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/requests.htm>.

³⁷ Cfr. *Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part II) concerning compliance by the European Union*, 17 marzo 2017, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2008.32_european-union. Per un commento si veda B. PIRKER, *Implementation of the Aarhus Convention by the EU – An Inconvenient Truth from the Compliance Committee*, in *European Law Blog*, 24 aprile 2017, <https://europeanlawblog.eu/2017/04/24/implementation-of-the-aarhus-convention-by-the-eu-an-inconvenient-truth-from-the-compliance-committee/>.

³⁸ Cfr. *Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part I) concerning compliance by the European Union*, 24 agosto 2011, https://unece.org/env/pp/cc/acc.c.2008.32_european-union.

³⁹ Cfr. ancora, *Findings and recommendations of the Compliance Committee with regard to communication ACCC/C/2008/32 (part II) concerning compliance by the European Union*, 17 marzo 2017, cit.

In particolare, come ricordato dalla Commissione nella relazione relativa alla proposta di modifica del Regolamento di Aarhus, l'ACCC ha rilevato che: «(i) il regolamento dovrebbe applicarsi anche agli atti di portata generale e non solo a quelli di portata individuale; (ii) dovrebbero essere impugnabili tutti gli atti amministrativi che sono semplicemente “relativi” all'ambiente e non solo quelli che rientrano “nell'ambito” del diritto ambientale; (iii) il meccanismo di riesame amministrativo dovrebbe essere accessibile anche ad altri membri del pubblico e non solo alle ONG; (iv) dovrebbe essere possibile sottoporre a riesame anche gli atti che non hanno effetti esterni e giuridicamente vincolanti»⁴⁰. Il Consiglio ha, quindi, richiesto uno studio sulle opzioni dell'Unione per rispondere alle conclusioni dell'ACCC nel caso ACCC/C/2008/32⁴¹, poi realizzato da un consulente esterno su indicazione della Commissione europea⁴². Il Parlamento europeo ha, a sua volta, chiesto ripetutamente la modifica del Regolamento di Aarhus⁴³.

La Commissione europea ha, pertanto, presentato una proposta di

⁴⁰ Cfr. Relazione alla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla modifica del Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, COM(2020) 642 final, 14 ottobre 2020, p. 3.

⁴¹ Cfr. Decisione (UE) 2018/881 del Consiglio, del 18 giugno 2018, che invita la Commissione a presentare uno studio sulle opzioni dell'Unione per rispondere alle conclusioni del comitato di controllo dell'osservanza della Convenzione di Aarhus relative al caso ACCC/C/2008/32 e, se del caso tenendo conto dei risultati dello studio, una proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifichi il Regolamento (CE) n. 1367/2006, in *GUUE* L 155 del 19 giugno 2018, p. 6.

⁴² Cfr. *Study on EU implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters, Final Report*, 2019 e Commission staff working document, *Report on European Union implementation of the Aarhus Convention in the area of access to justice in environmental matters*, 10 ottobre 2019, SWD(2019) 378 final, entrambi reperibili al link <https://ec.europa.eu/environment/aarhus/studies.htm>.

⁴³ Cfr. Parlamento europeo, risoluzione del 15 novembre 2017 su un piano di azione per la natura, i cittadini e l'economia, in *GUUE* C 356 del 4 ottobre 2018, p. 38; risoluzione del 16 novembre 2017 sul riesame dell'attuazione delle politiche ambientali dell'UE, in *GUUE* C 356 del 4 ottobre 2018, p. 84; risoluzione del 15 gennaio 2020 sul *Green Deal* europeo, in *GUUE* C 270 del 7 luglio 2021, p. 2.

riforma del Regolamento Aarhus il 14 ottobre 2020⁴⁴, la quale è stata oggetto di viva discussione, sia nell'ambito della procedura legislativa ordinaria che nel contesto dell'interlocuzione con l'ACCC, il quale ha adottato un parere a proposito di tale proposta su espressa richiesta della Commissione⁴⁵, nonché del confronto con il mondo delle ONG⁴⁶. Il 17 dicembre 2020 il Consiglio ha adottato la propria posizione rispetto alla Proposta della Commissione, sulla base della quale è proseguito il negoziato con il Parlamento europeo. La procedura si è poi conclusa con l'adozione del già citato Regolamento (UE) 2021/1767 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2021 relativo alla modifica del Regolamento (CE) n. 1367/2006 sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, grazie all'accordo in sede di trilogio raggiunto il 12 luglio 2021⁴⁷.

5. *Il recente ampliamento delle vie di accesso alla giustizia operato dalla riforma del Regolamento di Aarhus.*

La riforma del Regolamento di Aarhus operata dal Regolamento (UE)

⁴⁴ Proposta di regolamento, COM(2020) 642 final, cit.

⁴⁵ Cfr. La richiesta di parere è stata presentata dalla Commissione il 5 novembre 2020 ed il parere dell'ACCC è stato trasmesso il 12 febbraio 2021: cfr. *Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3*, https://unece.org/sites/default/files/2021-02/M3_EU_advice_12.02.2021.pdf.

⁴⁶ Cfr. ClientEarth Position Paper, *Amending the Aarhus Regulation: an internal review mechanism that complies with international law*, 12 novembre 2020, <https://www.clientearth.org/latest/documents/position-paper-amending-the-aarhus-regulation-an-internal-review-mechanism-that-delivers-the-eu-green-deal/>.

⁴⁷ Cfr. Press Release, *Political agreement on the Aarhus Regulation: Commission welcomes increased public scrutiny of EU acts related to the environment*, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_3610. Per un primo commento alla riforma v. R. TAVARES LANCIERO, *A light at the end of the tunnel? The amendment of the Aarhus Regulation and EU compliance with the Aarhus Convention*, in *EU Law Live*, 18 settembre 2021.

n. 2021/1767 prende le mosse proprio dalle conclusioni del 2011 e del 2017 dell'ACCC nonché dal recente parere dello stesso, anche in considerazione degli ambiziosi obiettivi del *Green Deal*⁴⁸, per ampliare le vie di accesso alla giustizia per le ONG e, in generale, per i membri del pubblico, in materia ambientale.

5.1. *La modifica della definizione di atto amministrativo con riferimento alla sua portata.*

La prima importante modifica riguarda la nozione di «atto amministrativo»: il Regolamento (UE) n. 2021/1767, infatti, all'art. 1, par. 1, elimina la specificazione «di portata individuale» dalla definizione e chiarisce che per tale deve intendersi «qualsiasi atto non legislativo adottato da un'istituzione o da un organo dell'Unione, avente effetti giuridici ed esterni e contenente disposizioni che potrebbero configurare una violazione del diritto ambientale». Vengono, quindi, finalmente inclusi nel riasame anche gli atti di portata generale, sebbene sempre e solo di natura amministrativa, quali ad esempio i regolamenti di esecuzione adottati dalla Commissione⁴⁹ e gli atti regolamentari, ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE, ovvero tutti gli atti di portata generale, ad esclusione di quelli di natura legislativa⁵⁰. Tale modifica specularmente si riflette nella successiva definizione di «omissione amministrativa», di cui all'art. 2, par. 1, lett. h).

La proposta della Commissione europea aveva aggiunto alla nuova de-

⁴⁸ Cfr. C. SCISSA, *What Room for the 1998 Aarhus Convention in the European Green Deal? An analysis of the Possible Reluctance of the Court of Justice*, in *Rivista Quad. dir. amb.*, 2021, p. 94 ss.

⁴⁹ Si veda a tal proposito la sentenza della Corte giust., 3 settembre 2020, C-784/18 P, *Mellifera*, ove la Corte aveva confermato la statuizione del Tribunale secondo cui i regolamenti di esecuzione adottati dalla Commissione non potevano essere annoverati tra gli atti amministrativi di portata individuale e pertanto essere oggetto di riesame amministrativo ai sensi del Regolamento di Aarhus. Per un commento, si veda: C. PITEA, *Il caso Mellifera dinanzi alla Corte di giustizia e l'accesso alla giustizia ambientale nell'Unione europea: prime considerazioni in una prospettiva internazionalistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2020, p. 817 ss.

⁵⁰ Corte giust., 6 novembre 2018, cause riunite da C-622/16 P a C-624/16 P, *Montessori*, ECLI:EU:C:2018:873, punti 28 e 29.

finizione di atto amministrativo la precisazione che la richiesta di riesame non potesse, però, riguardare le disposizioni dell'atto in questione «per le quali il diritto dell'Unione prescrive esplicitamente misure di esecuzione a livello nazionale o dell'Unione»⁵¹. Secondo la prospettazione della Commissione, infatti, in caso di atto che prevedesse misure di esecuzione, l'ONG interessata all'impugnazione avrebbe dovuto attendere l'adozione di dette misure. A questo punto, ove le misure di esecuzione fossero state nazionali, la contestazione avrebbe dovuto spostarsi a tale livello (eventualmente con la possibilità di sollevare una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE). Ove invece, le misure di esecuzione fossero state rimesse all'adozione da parte delle istituzioni dell'Unione, esse avrebbero potuto divenire direttamente oggetto di una richiesta di riesame ai sensi del Regolamento di Aarhus e solo in tale sede si sarebbe potuto censurare anche l'atto di base: la proposta della Commissione prevedeva, infatti, di inserire all'art. 10 del Regolamento di Aarhus la previsione per cui «[q]ualora l'atto amministrativo sia una misura di esecuzione a livello dell'Unione prescritta da un altro atto non legislativo, nel presentare la richiesta di riesame della misura di esecuzione l'organizzazione non governativa può anche chiedere il riesame della disposizione dell'atto non legislativo che prescrive tale misura»⁵².

Tali precisazioni sono state, tuttavia, eliminate nel corso dell'*iter* legislativo: il parere dell'ACCC ha censurato tale limitazione, ritenendo che la stessa sarebbe risultata in una nuova e rilevante eccezione al novero degli atti amministrativi suscettibili di richiesta di riesame⁵³. L'ACCC ha, in particolare, criticato l'esclusione degli atti che comportassero misure di esecuzione nazionali: secondo la prospettazione dell'ACCC, infatti, in questo modo si sarebbe reso incerto il riesame dell'atto di base, essendo rimesso ad un

⁵¹ Per un'analisi della nozione di «*misure di esecuzione*» nel contesto dell'art. 263, comma 4, TFUE v. C. BURELLI, *Le misure di esecuzione ex articolo 263, quarto comma, TFUE a dieci anni da Lisbona. Effettivo ampliamento della legittimazione a impugnare dei soggetti privati?*, in *Federalismi*, 17 giugno 2020, p. 301 ss.

⁵² Relazione alla Proposta di Regolamento, COM(2020) 642 final, cit., pp. 17 e 18 e la Proposta, p. 22.

⁵³ Cfr. *Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3*, cit.

eventuale rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio nazionale instaurato a proposito delle misure di esecuzione (nazionali)⁵⁴. Meno problematica, secondo l'ACCC, l'esclusione degli atti aventi misure di esecuzione a livello europeo, trattandosi unicamente di posticipare il riesame dell'atto di base al momento della richiesta di riesame delle misure di esecuzione⁵⁵.

Anche la dottrina ha evidenziato i rischi di una tale esclusione, formulata in termini estremamente ampi: la proposta della Commissione, infatti, mirava ad escludere le disposizioni per le quali «il diritto dell'Unione», e non soltanto l'atto in questione, prescrive esplicitamente misure di esecuzione a livello nazionale o dell'Unione⁵⁶. Nel corso della procedura che ha portato alla pubblicazione del parere dell'ACCC, la ONG Client Earth ha indicato una serie di esempi di atti che sarebbero stati esclusi ove fosse stata accolta la nuova eccezione della Commissione europea, ad esempio con riferimento all'immissione sul mercato di pesticidi tramite l'interazione del Regolamento (CE) n. 1107/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, relativo all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari e del Regolamento di esecuzione (UE) n. 540/2011 della Commissione del 25 maggio 2011 recante disposizioni di attuazione del Regolamento (CE) n. 1107/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda l'elenco delle sostanze attive approvate⁵⁷, ove la procedura di autorizzazione all'immissione di una sostanza – a livello europeo – è separata da quella di approvazione del prodotto – a livello nazionale – e vi sono diverse misure di esecuzione che possono essere adottate “a cascata”, di fatto

⁵⁴ Cfr. *Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3*, cit., par. 67.

⁵⁵ *Ibidem*, par. 58.

⁵⁶ Cfr. T. PALONIITTY, P. LEINO-SANDBERG, *Watering down the Aarhus Regulation – time to deliver an “adequate and effective remedy”*, in *European Law Blog*, 11 marzo 2021, <https://europeanlawblog.eu/2021/03/11/watering-down-the-aarhus-regulation-time-to-deliver-an-adequate-and-effective-remedy/>.

⁵⁷ Cfr. ClientEarth, ACCC/M/2017/3 (EU): Examples requested by the Committee during the open session on 25 November 2020, 25 novembre 2020, https://unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/compliance/Requests_from_the_MOP/ACCC-M-2017-3_European_Union/Correspondence_with_the_communicants_observers/frCommM3_ClientEarth_25.11.2020/frCommM3_ClientEarth_25.11.2020_practical_examples.pdf.

rendendo impossibile l'eventuale censura del Regolamento (UE) n. 540/2011.

Nella versione finale del Regolamento tale espressa esclusione è, quindi, stata eliminata. Dunque, il riesame amministrativo potrà avere ad oggetto anche atti che comportino (successive) misure di esecuzione, a livello nazionale o dell'Unione europea, secondo quanto richiesto dalle ONG e dallo stesso ACCC, il quale ha richiesto espressamente la modifica dell'eccezione soprattutto con riferimento alle misure di diritto dell'Unione europea che richiedono misure di esecuzione a livello nazionale «so that such provisions are indeed immediately open to review»⁵⁸.

Dunque, sotto questo aspetto, una ONG avrà una legittimazione più ampia, nel contesto del Regolamento di Aarhus, rispetto a quella discendente dall'art. 263, comma 4, TFUE, il quale consente ai ricorrenti non privilegiati l'impugnazione di atti regolamentari solo ove questi li riguardino direttamente e non comportino alcuna misura di esecuzione. È pur vero che tale apertura riguarda il ricorso amministrativo e, dunque, per questo profilo, non si pone in contrasto con le prescrizioni del Trattato per i ricorrenti non privilegiati.

Un'eventuale, successiva, impugnazione in sede giudiziale dovrebbe tenere conto, in ogni caso, oltre che dei limiti previsti dal Trattato all'art. 263, comma 4, TFUE, anche di quelli inerenti allo stesso sistema di Aarhus, che di fatto limita il controllo da parte della CGUE alla legittimità del diniego di riesame amministrativo (senza entrare nel merito della legittimità dell'atto di cui si è chiesto il riesame).

Dunque, se da un lato il riesame amministrativo viene ampliato, in maniera significativa per effetto della riforma operata dal Regolamento (UE) 2021/1767, perché tale ampliamento riverberi i suoi effetti anche in sede di controllo giurisdizionale, appare, comunque, necessaria una radicale modifica dell'orientamento della stessa CGUE, sia con riferimento alla legittimazione delle ONG ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE che con riguardo all'ampiezza del controllo giurisdizionale successivo a quello amministrativo.

⁵⁸ Cfr. *Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3*, cit., par. 68.

5.2. (*segue*): e con riferimento agli effetti esterni.

La definizione di «atto amministrativo» è stata poi parzialmente modificata anche con riferimento ai (richiesti) effetti del medesimo. In precedenza, infatti, la definizione considerava come impugnabili unicamente gli atti «aventi [i] effetti esterni e giuridicamente vincolanti». Sul punto, la Commissione, nella propria proposta, aveva ritenuto di non modificare il contenuto della definizione, ritenendo che essa fosse coerente con il dettato dell'art. 263 TFUE, il quale esclude ugualmente (anche se con una terminologia differente) l'impugnabilità di atti non produttivi di effetti esterni e vincolanti, nella misura in cui indica atti «che non siano raccomandazioni o pareri» e «destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi». Del resto, secondo la Commissione, gli atti che non producono effetti giuridici non possono essere ritenuti in violazione del diritto ambientale, ai sensi dell'art. 9, par. 3 della Convenzione⁵⁹.

L'ACCC ha, tuttavia, evidenziato che la locuzione «giuridicamente vincolanti» è suscettibile di restringere, in maniera ingiustificata e non coerente con il dettato della Convenzione, il novero degli atti impugnabili: se è chiaro che un atto, per produrre una violazione del diritto ambientale, debba avere effetti giuridici, pretendere che esso sia, altresì, vincolante apparirebbe – secondo la prospettazione dell'ACCC – eccessivo⁶⁰. Il relatore presso la commissione giuridica competente per il Parlamento europeo, invece, proponeva di «parlare di atti amministrativi che sono “destinati a produrre effetti esterni e giuridicamente vincolanti” in quanto il riesame dovrebbe essere possibile non solo per gli atti che sono per loro natura giuridicamente vincolanti e che hanno effetti esterni, ma anche per gli atti che l'autore intendeva rendere in grado di produrre tali effetti»⁶¹, sebbene tale indicazione non sia del tutto chiarificatrice.

⁵⁹ Relazione alla Proposta, COM(2020) 642 final, cit., pp. 8 e 9.

⁶⁰ Cfr. *Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3*, cit., par. 47-55.

⁶¹ Cfr. Parlamento europeo, parere della commissione giuridica destinato alla commissione per l'ambiente, la sanità pubblica e la sicurezza alimentare sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla modifica del Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della

La versione finale del Regolamento (UE) 2021/1767, infine, accogliendo i rilievi dell'ACCC, modifica la definizione di atto amministrativo di cui all'art. 2, par. 1, lett. g) del Regolamento di Aarhus prescrivendo che lo stesso abbia «*effetti giuridici ed esterni*», eliminando la parola «*vincolanti*».

In questo modo, sebbene non appaia del tutto chiaro il confine tra la nozione di effetti giuridici ed esterni e quella di effetti esterni e giuridicamente vincolanti, si dovrebbe registrare un ampliamento della possibilità di riesame per gli atti di *soft law*, i quali possono avere – in linea di principio – un impatto negativo sulla tutela dell'ambiente, pur senza essere strettamente vincolanti per i destinatari. Del resto, la giurisprudenza, tradizionalmente orientata nel senso di considerare impugnabili ai sensi dell'art. 263 TFUE in ragione degli effetti, contenuti e portata degli atti, a prescindere dalla loro denominazione, purché capace di incidere sugli interessi del ricorrente⁶², ha sempre più spesso considerato l'incidenza di atti di *soft law* sulla sfera giuridica dei ricorrenti in alcuni settori, sebbene la tendenza ad ammetterne l'impugnabilità sia ancora piuttosto limitata⁶³.

5.3. (*segue*): e con riferimento alla violazione del diritto ambientale.

La riforma comporta l'allineamento dei riferimenti al diritto ambientale alle prescrizioni della Convenzione: nel regolamento modificato si precisa, infatti, sempre nella definizione di atto amministrativo, che l'impugnazione può riguardare qualsiasi atto amministrativo che potrebbe

convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale (COM(2020)0642 – C9-0321/2020 – 2020/0289(COD)), 23 marzo 2021, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/avis/2021/661912/JURI_AD\(2021\)661912_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/avis/2021/661912/JURI_AD(2021)661912_IT.pdf).

⁶² Cfr. Corte giust., 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*; 10 dicembre 1957, cause riunite 1/57 e 14/57, *Usines à tubes de la Sarre c. Alta autorità*; 9 febbraio 1984, cause riunite 316/82 e 40/83, *Kohler c. Corte dei conti*, tutte citate dalla Commissione nella propria relazione alla Relazione alla Proposta, COM(2020) 642 final, nota 31.

⁶³ Cfr. J. ALBERTI, *The justiciability of ECB “soft” measures against the financial crisis*, in *Federalismi*, 28 marzo 2018, p. 1 ss.

configurare una «violazione del diritto ambientale», mentre la precedente formulazione parlava di qualsiasi provvedimento «nell'ambito del diritto ambientale». Oggi, quindi, non sono più impugnabili solo gli atti amministrativi adottati nell'ambito della politica ambientale dell'Unione, ponendo, invece, l'impugnazione riguardare ogni atto adottato nell'ambito di qualsiasi politica dell'Unione, purché comporti una violazione del diritto ambientale. Si tratta di una modifica di non poco conto, in quanto la definizione precedente individuava gli atti impugnabili con riferimento alla loro origine (ovvero nell'ambito della politica ambientale) e non agli effetti.

Come rilevato dalla Commissione, inoltre, tale modifica è «in linea con l'integrazione delle considerazioni ambientali nelle altre politiche dell'UE allo stato dei fatti, conformemente all'art. 11 del TFUE, secondo il quale “[l]e esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile”»⁶⁴.

Specularmente, l'omissione di istituzioni e organi dell'Unione europea può essere censurata se riguarda «la mancata adozione di un atto non legislativo avente effetti giuridici ed esterni, qualora tale mancata adozione possa violare il diritto ambientale»⁶⁵.

5.4. *L'ampliamento del novero dei membri del pubblico legittimati alla richiesta di riesame.*

Un'altra modifica significativa del Regolamento di Aarhus riguarda l'ampliamento dei soggetti che possono avere accesso a questo peculiare sistema di riesame. Si tratta di una modifica non prevista dalla proposta della Commissione dell'ottobre 2020: nella propria relazione, la Commissione ha giustificato tale scelta, contrastante con le censure dell'ACCC, sulla base di diverse considerazioni, principalmente legate ad asserite esigenze di coerenza con il sistema del ricorso di annullamento, che mantiene dei limiti quanto all'impugnazione indiscriminata degli atti da

⁶⁴ Cfr. Relazione alla Proposta, COM(2020) 642 final, cit., p. 6.

⁶⁵ Cfr. Regolamento (UE) 2021/1767, art. 1, n. 1, lett. h).

parte delle persone fisiche e giuridiche⁶⁶. Tale limitazione è stata tuttavia censurata dal parere dell'ACCC, che ha evidenziato la necessità di allargare l'accesso ai membri del pubblico, in coerenza con le prescrizioni dell'art. 9, par. 3, della Convenzione, evitando al tempo stesso di istituire una *actio popularis*⁶⁷.

Oggi il riformato art. 10, al par. 1, prevede che la richiesta di riesame amministrativo o la denuncia dell'omissione possano essere presentati da «una qualsiasi organizzazione non governativa o altro membro del pubblico che soddisfi i criteri di cui all'art. 11». Il nuovo art. 11, a tal proposito, apre la possibilità di accesso ad altri membri del pubblico (e quindi, non più solo alle ONG), i quali, tuttavia, secondo quanto disposto dal nuovo par. 1-*bis* «a) sono tenuti a dimostrare che vi è un pregiudizio dei loro diritti causato dalla presunta violazione del diritto ambientale dell'Unione e che, diversamente dal pubblico in generale, sono direttamente interessati da tale pregiudizio; oppure b) sono tenuti a dimostrare che la richiesta è giustificata da un interesse pubblico sufficiente ed è sostenuta da almeno 4.000 membri del pubblico residenti o stabiliti in almeno cinque Stati membri, con almeno 250 membri del pubblico provenienti da ciascuno di tali Stati membri». L'articolo precisa che in tal caso, i membri del pubblico sono rappresentati da una ONG che soddisfi i requisiti del par. 1 oppure da un avvocato abilitato a patrocinare dinanzi a un tribunale di uno Stato membro.

La formulazione del nuovo paragrafo 1-*bis* appare frutto di un compromesso tra la necessità di allargare le vie di accesso al sistema di Aarhus e quella di mantenere l'impianto del Trattato quanto alla legittimazione attiva delle persone fisiche e giuridiche. Non ogni persona fisica/giuridica può, infatti, chiedere il riesame ai sensi dell'art. 10, ma soltanto chi possa in qualche modo dimostrare di essere in una posizione "caratterizzata" rispetto alla violazione ambientale o qualificarsi come portatore di interessi diffusi. Il nuovo art. 11, al par. 1-*bis*, innanzitutto parla di "altri membri del pubblico" che possano dimostrare la sussistenza di un pregiudizio ai propri diritti causato dalla presunta vio-

⁶⁶ Cfr. Relazione alla Proposta, COM(2020) 642 final, cit., p. 8.

⁶⁷ Cfr. *Advice by the Aarhus Convention Compliance Committee to the European Union concerning the implementation of request ACCC/M/2017/3*, cit., parr. 36-42.

lazione ambientale che li differenzi dal pubblico in generale (lett. a). Il considerando n. 18 del Regolamento (UE) 2021/1767 precisa che «nel dimostrare un pregiudizio ai loro diritti, i membri del pubblico dovrebbero dimostrare una violazione dei loro diritti. Ciò può includere una restrizione o un ostacolo ingiustificati all'esercizio di tali diritti». Il successivo considerando n. 19, inoltre, sottolinea che i membri del pubblico non devono essere direttamente e individualmente interessati ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE, ma – non senza ambiguità – indica che essi devono comunque dimostrare di essere in qualche modo «direttamente interessati» dall'atto in questione, in maniera differente rispetto alla generalità del pubblico: come esempio, il considerando indica una «minaccia imminente alla propria salute e sicurezza» o il caso di un «pregiudizio causato a un diritto spettante ai sensi della legislazione dell'Unione». In questo senso, il nuovo par. 1-*bis* dell'art. 11 pare rappresentare per le persone fisiche e giuridiche una vera e propria alternativa al ricorso giurisdizionale ai sensi dell'art. 263, comma 4, TFUE, peraltro non priva di rischi nella misura in cui la richiesta di riesame non sospende i termini per l'impugnazione dell'atto in sede giurisdizionale.

In alternativa, il nuovo Regolamento prevede che il riesame possa essere chiesto da altri membri del pubblico quando vi sia un interesse pubblico sufficiente e “transnazionale”, dovendo questa richiesta riguardare almeno 4.000 membri del pubblico residenti o stabiliti in almeno cinque Stati membri, con almeno 250 membri del pubblico provenienti da ciascuno di tali Stati (lett. b). Le prescrizioni geografiche e “quantitative” di tale disposizione appaiono non del tutto giustificate: se si comprende la volontà del legislatore comunitario di contenere l'apertura del sistema di Aarhus, i requisiti numerici restano quantomeno frutto di una scelta discrezionale (*rectius*, arbitraria) che potrebbe non corrispondere alla reale necessità ambientale.

La norma pare poi ridondante nella misura in cui si chiede, al secondo comma, che tali soggetti siano rappresentati da una ONG che rispecchi i requisiti di cui all'art. 11, par. 1, essendo già possibile per le ONG l'accesso al sistema di Aarhus, a prescindere dal pregiudizio o dalla provenienza dei soggetti rappresentati o assistiti. Del tutto innovativa, invece, la possibilità di essere rappresentati da un avvocato abilitato al patrocinio avanti a un organo giurisdizionale (“tribunale”) di uno Stato membro,

sebbene possa forse essere ritenuto eccessivo, trattandosi, almeno inizialmente, di un riesame amministrativo. Il considerando 21 del Regolamento giustifica questa scelta sostenendo che la rappresentanza tecnica dovrebbe garantire richieste di riesame rispettose dei requisiti del Regolamento (e, dunque, quanto meno ammissibili). È possibile che la Commissione fornisca precisazioni e ulteriori indicazioni a questo proposito, in virtù del riformato paragrafo 2, il quale conferisce a detta istituzione il potere di adottare «le disposizioni necessarie a garantire che i criteri e le condizioni di cui al paragrafo 1 e al paragrafo 1-*bis*, secondo comma, siano applicati in modo trasparente e coerente».

La portata innovativa dell'art. 11, par. 1-*bis*, è confermata anche dalla cautela del legislatore comunitario che solo per tale disposizione ha previsto, all'art. 2 del Regolamento (UE) 2021/1767, di posticiparne l'applicazione a decorrere dal 29 aprile 2023.

5.5. *La proroga dei termini e alcune modifiche relative al trattamento della richiesta di riesame*

Il Regolamento (UE) 2021/1767 ha, inoltre, prorogato sia i termini per la richiesta di riesame/denuncia di omissione da parte dei membri del pubblico, che passano da 6 a 8 settimane (a partire dalla data più recente tra quella di adozione, notifica o pubblicazione dell'atto amministrativo o dalla data in cui l'atto avrebbe dovuto essere adottato per il caso di omissione amministrativa), sia quelli per l'istituzione o organo interessato, che sono tenuti a rispondere entro 16 (e non più 12) settimane. Dunque, per i ricorrenti la proroga è solo di 2 settimane, mentre per le istituzioni è di 4. Inoltre, una possibile proroga per le istituzioni è implicitamente prevista nella modifica del *dies a quo*: la versione precedente dell'art. 10, par. 2, prevedeva che l'istituzione (o organo) competente dovesse agire entro 12 settimane «dal ricevimento della richiesta», mentre la versione riformata dispone che il termine (oggi 16 settimane) decorra «dalla scadenza del termine di 8 settimane stabilito al par. 1, secondo comma». Dunque, quando anche la richiesta all'istituzione pervenisse antecedentemente alla scadenza del termine di 8 settimane disposto per il ricorrente, essa avrebbe comunque a disposizione questo termine per intero prima che inizino a decorrere le 16 settimane.

Anche l'art. 10, par. 3, comma 2, prevede che, in ogni caso, l'istituzione o organo sia tenuto ad agire entro 22 (e non più 18) settimane dalla scadenza del termine di otto settimane stabilito al par. 1, comma 2.

Rimane l'impianto precedente per cui l'istituzione gode di un termine doppio rispetto ai ricorrenti per rispondere. Anche il diverso *dies a quo* risultante dalla modifica non pare in linea con il diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La Commissione motivava tale aumento differenziato affermando che in tal modo le ONG avrebbero avuto più tempo per migliorare la qualità delle richieste e le istituzioni per approfondire il riesame⁶⁸. Tali spiegazioni non appaiono, tuttavia, sufficientemente convincenti.

La nuova formulazione dell'art. 10, par. 2, primo periodo, prevede, inoltre, che la richiesta di riesame possa essere rigettata quando è «manifestamente infondata o palesemente ingiustificata», mentre la precedente versione riservava questa ipotesi ai casi in cui la richiesta fosse «chiaramente infondata». La versione francese parla di richiesta «manifestement non étayées ou infondées», mentre quella inglese «manifestly unfounded or clearly unsubstantiated»: la norma, così come modificata, sembra alludere ad una mancanza di elementi sostanziali e procedurali, ampliando – in buona sostanza – la possibilità di rigetto per le istituzioni.

Infine, si aggiunge la possibilità per le istituzioni di riunire le diverse richieste di riesame a propria discrezione: il secondo periodo dell'art. 10, par. 2, infatti, sancisce che in un caso di più richieste di riesame dello stesso atto o della stessa omissione amministrativa, l'istituzione o organo «può decidere di combinare le richieste e di trattarle come un'unica richiesta».

5.6. *La pubblicità delle richieste di riesame e delle decisioni delle istituzioni.*

L'ultima significativa modifica da considerare riguarda l'introduzione di un nuovo articolo, l'11-*bis*, diretto ad incrementare la trasparenza circa il processo di riesame: il primo paragrafo, infatti, precisa che le istituzioni

⁶⁸ Cfr. Relazione alla Proposta, COM(2020) 642 final, cit., p. 19.

e gli organi dell'Unione siano tenuti a pubblicare le richieste di riesame, non appena possibile dopo averle ricevute, nonché le decisioni finali. Al secondo paragrafo si prevede, inoltre, che le istituzioni e gli organi possano istituire sistemi online per la ricezione delle richieste di riesame. Anche tale articolo non era presente nella proposta originaria della Commissione, ma è stato inserito nel corso dell'*iter* legislativo.

6. *L'impugnabilità delle decisioni in materia di aiuti di Stato.*

Un punto che non è stato preso in esame dalla riforma del Regolamento di Aarhus riguarda l'esclusione degli atti adottati in materia di aiuto di Stato, tuttora prevista dall'art. 2, par. 2, lett. a). Come è stato rilevato dalle ONG, tuttavia, le decisioni circa gli aiuti di Stato in materia ambientale adottate dalla Commissione possono avere un significativo impatto sull'ambiente, tanto da incidere sul mercato dell'energia o sulla lotta all'inquinamento⁶⁹.

Sul punto, il 9 marzo 2015 le ONG *Global 2000* e *Oekobuero – Alliance of the Austrian Environmental Movement*, hanno presentato un reclamo all'ACCC lamentando il diniego di accesso alla giustizia con riferimento alla possibilità di impugnare una decisione della Commissione europea di autorizzazione di un aiuto di Stato per la realizzazione di un impianto nucleare. Il 17 marzo 2021, l'ACCC ha concluso che: (a) omettendo di garantire l'accesso a procedure amministrative o giudiziarie ai membri del pubblico per impugnare le decisioni sulle misure di aiuto di Stato adottate dalla Commissione ai sensi dell'art. 108, par. 2, TFUE che contravvengono al diritto dell'Unione europea relativo all'ambiente, l'Unione europea non rispetta l'art. 9, par. 3, della Convenzione e (b) non prevedendo alcuna procedura ai sensi dell'art. 9, par. 3 della Convenzione attraverso il quale i cittadini possano impugnare le decisioni sulle misure di aiuto di Stato adottate dalla Commissione europea *ex art.* 108, par. 2, TFUE che contravvengono alla normativa europea diritto dell'Unione in materia ambientale, l'Unione non garanti-

⁶⁹ *ClientEarth Position Paper, Amending the Aarhus Regulation: an internal review mechanism that complies with international law*, 12 novembre 2020, p. 3.

sce un ricorso effettivo in merito a tali decisioni, come richiesto dall'art. 9, par. 4, della Convenzione⁷⁰.

La Commissione ha dichiarato il proprio impegno per analizzare le implicazioni di tali conclusioni dell'ACCC e a valutare le opzioni disponibili, pubblicando i risultati di detta valutazione entro la fine del 2022 e che «se del caso, entro la fine del 2023 la Commissione presenterà misure per affrontare la questione alla luce degli obblighi che incombono all'UE e ai suoi Stati membri a norma della convenzione di Aarhus e tenendo conto delle norme del diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato»⁷¹.

Il Consiglio ha adottato recentemente una decisione in cui dichiara di non approvare le conclusioni dell'ACCC e di limitarsi a prendere atto delle preoccupazioni e conclusioni dello stesso. Di conseguenza, il Consiglio ha deciso di rinviare l'adozione della posizione sulle conclusioni relative tale caso alla prossima sessione della conferenza delle parti. Per il caso in cui le altre Parti della Convenzione non condividano tale posizione, il Consiglio ha, in ogni caso, dichiarato di opporsi all'adozione della decisione su tale caso e di rinviare ogni statuizione su tali conclusioni del comitato di controllo alla prossima sessione della conferenza delle parti⁷².

Sul punto il dialogo tra Unione e ACCC è ancora aperto e occorrerà monitorarne gli sviluppi.

⁷⁰ Cfr. *Findings and recommendations with regard to communication ACCC/C/2015/128 concerning compliance by the European Union*, 17 marzo 2021, https://unece.org/sites/default/files/2021-10/ECE_MP_PP_C.1_2021_21_E.pdf.

⁷¹ Cfr. la Dichiarazione della Commissione pubblicata in occasione dell'ultimo triloogo sulla revisione del Regolamento Aarhus del 12 luglio 2021 al link <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/07/12/council-and-parliament-reach-provisional-deal-on-access-to-justice-in-environmental-matters/>.

⁷² Cfr. Decisione (UE) 2021/2271 del Consiglio dell'11 ottobre 2021 relativa alla posizione da adottare a nome dell'Unione europea alla settima sessione della conferenza delle parti della convenzione di Aarhus in relazione ai casi ACCC/C/2008/32, ACCC/C/2015/128, ACCC/C/2013/96, ACCC/C/2014/121 e ACCC/C/2010/5, in *GUUE* L 457 del 21 dicembre 2021, p. 9 ss.

7. *Alcune riflessioni conclusive.*

Le recenti modifiche del Regolamento Aarhus ampliano solo in parte l'accesso alla giustizia in materia ambientale delle ONG, pur rappresentando un significativo passo avanti nella direzione indicata dall'ACCC. Gli ostacoli che ancora permangono appaiono principalmente legati alla necessità di preservare le caratteristiche proprie del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, e quindi, l'autonomia di tale ordinamento nonché di mantenere coerenza tra la Convenzione di Aarhus ed i Trattati.

La modifica più importante operata dal Regolamento (UE) 2021/1767 riguarda l'estensione del ricorso amministrativo agli atti (non legislativi) di portata generale. Sono, pertanto, ora impugnabili dalle ONG, in sede di riesame, tutti gli atti amministrativi di portata generale e, dunque, anche gli atti regolamentari, potendo la richiesta di riesame riguardare anche atti che implicano l'adozione di successive misure di esecuzione e, in ogni caso, a prescindere dall'incidenza individuale degli stessi. Come sopra illustrato, tuttavia, un vero progresso dell'accesso alla giustizia appare potersi realizzare unicamente con un parallelo ampliamento in sede giurisdizionale, ammettendo il superamento di tali limiti anche di fronte al Tribunale, sia per il tramite della combinazione dell'art. 263, comma 4, primo periodo, TFUE e del Regolamento di Aarhus (nella misura in cui la ONG in questione può impugnare la decisione di diniego del riesame amministrativo), consentendo il riesame anche del merito dell'atto impugnato, sia aprendo la via dell'art. 263, comma 4, TFUE, secondo e terzo periodo alle ONG, consentendo l'impugnazione di atti di portata generale anche al di fuori del sistema di Aarhus, ove sia accertato un pregiudizio per l'ambiente, superando la giurisprudenza *Plaumann*.

Non sfugge la problematicità di una tale soluzione: ove la CGUE prendesse in considerazione le peculiarità degli interessi di tutela ambientale al fine di ampliare la legittimazione ad agire delle ONG attive in tale settore, si creerebbe, inevitabilmente, una disparità di trattamento con le associazioni portatrici di altri interessi diffusi, ad esempio in materia sanitaria o in tema di tutela dei diritti fondamentali, difficilmente giustificabile. È pur vero che il *Green Deal* ha posto la tutela ambientale tra le priorità dell'Unione europea e questo potrebbe, in qualche modo, giustificare una particolare attenzione verso le ONG attive in questo settore.

Tra i risultati positivi dell'operata riforma pare annoverabile anche la modifica della nozione di atto amministrativo che ne consente il riesame in presenza di effetti esterni, senza la precisazione che questi debbano essere necessariamente «vincolanti». Tale modifica potrebbe in linea di principio aprire la strada all'impugnazione di atti di *soft law*, sebbene anche in tal caso l'ampliamento riguardi unicamente il riesame amministrativo, dovendo anche in tal caso tenere conto dei limiti sopra evidenziati con riferimento all'instaurazione di un ricorso per annullamento *ex art.* 263 TFUE.

Risulta, invece, piuttosto deludente l'ampliamento dei membri del pubblico abilitati alla richiesta di riesame: le cautele e i limiti (sopra illustrati) che circondano le modifiche sul punto fanno presagire uno scarso utilizzo di tali possibilità. Inoltre, il nuovo art. 11, par. 1-*bis*, come sopra evidenziato, lascia aperte diverse questioni quanto all'interpretazione delle nozioni di pregiudizio ai propri diritti e «interesse pubblico e sufficiente», su cui occorrerà attendere i chiarimenti della CGUE.

Rimane sullo sfondo il problema dei costi della giustizia: le ONG hanno da sempre espresso preoccupazioni con riferimento a questo tema, essendo piuttosto gravoso per tali enti portare avanti contenziosi particolarmente onerosi e con un elevato rischio di condanna alla rifusione delle spese legali delle istituzioni. È innegabile che anche il costo elevato possa rappresentare un ostacolo per l'accesso delle ONG alla giustizia. Il Regolamento (UE) 2021/1767 sul punto si limita a ricordare, al considerando 4, che i procedimenti giurisdizionali di cui al Regolamento di Aarhus non devono essere eccessivamente onerosi e pertanto «le istituzioni e gli organi dell'Unione si impegneranno soltanto a sostenere e quindi a chiedere il rimborso di spese ragionevoli relative a tali procedimenti»: tale impegno, tuttavia, non trova riscontro nell'articolato dell'atto.

Non si può, inoltre, dimenticare che la censura dell'ACCC del 17 marzo 2021 quanto all'impugnabilità delle decisioni in materia di aiuto di Stato ha evidenziato un altro punto di attrito tra il sistema dell'Unione e quello di Aarhus: anche su questo tema sarà necessario continuare a cercare un bilanciamento tra la necessità di garantire l'accesso alla giustizia per le ONG e quella di preservare il funzionamento dei Trattati. Come sopra ricordato, la Commissione si è impegnata ad esaminare le possibili opzioni e a pubblicare l'esito di tali valutazioni entro la fine del

2022: pare quindi piuttosto probabile un nuovo intervento di riforma legislativa del sistema di Aarhus.

Al di là di una nuova modifica del Regolamento di Aarhus, si potrebbe, forse, immaginare un ruolo diverso per le ONG, quali intervenienti o *amici curiae*, in modo da consentirne la partecipazione ai giudizi in materia di ambiente presso la CGUE senza i limiti derivanti dall'art. 263 TFUE.

Oggi le possibilità di un intervento presso la CGUE per le ONG sono estremamente limitate. Nell'ambito del rinvio pregiudiziale, la partecipazione delle ONG è possibile nei limiti di cui all'art. 23 dello Statuto e degli articoli 96 e 97 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia⁷³: è, infatti, consentito partecipare alla fase scritta e a quella (eventuale) orale solo alle parti nel procedimento principale, agli Stati membri, alla Commissione europea, all'istituzione che ha adottato l'atto della cui validità o interpretazione si controverte, agli Stati dell'accordo SEE e all'Autorità di vigilanza AELS ove la causa verta su tale accordo, agli Stati terzi aderenti ad un accordo concluso con il Consiglio ove sia espressamente previsto dall'accordo stesso. Dunque, in tale contesto, l'unica possibilità per le ONG di partecipare al procedimento pregiudiziale di fronte alla Corte è intervenire nel processo nazionale per acquisire lo *status* di parte. La Corte di giustizia, in linea di principio, non interviene per sindacare le ragioni di detto intervento, il quale può essere giustificato da un interesse diretto all'esito del giudizio, ma anche soltanto dal «desiderio di contribuire alla soluzione della questione di diritto che viene sottoposta all'esame del giudice dell'UE»⁷⁴. Tali limiti appaiono più evidenti se confrontati con la posizione della Commissione europea che, invece, può intervenire in ogni procedimento pregiudiziale unicamente in virtù dell'in-

⁷³ Cfr. il commento di R. MASTROIANNI e A. MAFFEO, *Art. 23*, e M. CONDINANZI, *Artt. 96 e 97*, in A. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, rispettivamente p. 125 ss. e p. 606 ss.

⁷⁴ M. CONDINANZI, *ibidem*, p. 607. Lo stesso Autore ricorda però un precedente di segno contrario, Corte giust., ord. 16 dicembre 2009, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e Murphy*, precisando che lo stesso non è stato in seguito riproposto.

teresse della legalità, nel suo ruolo di “guardiana dei trattati”, quasi assumendo il ruolo di *amicus curiae*⁷⁵. Tale forma di partecipazione al procedimento pregiudiziale, inoltre, consente alla ONG, eventualmente intervenuta nel procedimento nazionale, unicamente di presentare osservazioni nella fase scritta, senza possibilità di replica (scritta) a quelle avversarie, in virtù di quanto previsto da Statuto e Regolamento. Inoltre, essendo la fase orale solo eventuale, potrebbe non esservi alcun confronto con le altre parti.

Nei procedimenti diretti, l'intervento è disciplinato dall'art. 40 dello Statuto: tale norma oggi consente solo a Stati e istituzioni la possibilità di intervenire nelle controversie avanti alla Corte di giustizia e al Tribunale senza la necessità di dimostrare alcun interesse o legittimazione ad agire, unicamente in ragione di un presunto interesse alla legalità. La norma prevede poi, al secondo comma, la possibilità di intervenire per gli organi e gli organismi dell'Unione europea e per «ogni altra persona» ove possano dimostrare di avere «un interesse alla soluzione della controversia sottoposta alla Corte», precisando, però, che «le persone fisiche o giuridiche non possono intervenire nelle cause fra Stati membri, fra istituzioni dell'Unione, o fra Stati membri da una parte e istituzioni dell'Unione dall'altra».

Secondo l'interpretazione della Corte, l'interesse ad intervenire delle persone fisiche e giuridiche dovrebbe qualificarsi come un interesse diretto ed attuale all'esito della causa tra le parti, a seconda del tipo di controversia. Ad esempio, nel ricorso per annullamento, l'interveniente dovrebbe dimostrare di essere direttamente e individualmente interessato dall'atto per cui è causa⁷⁶. In linea di principio, le nuove ipotesi di legittimazione a richiedere il riesame interno per gli “altri membri del pubblico”, ovvero la sussistenza di un pregiudizio per i propri diritti (art. 11, par. 1 *bis*, lett. a) o di un “interesse pubblico sufficiente” (art. 11, par. 1-*bis*, lett. b) potrebbero legittimare anche un intervento ai sensi dell'art. 40 Statuto, essendo entrambe le ipotesi riconducibili ad un consistente interesse alla

⁷⁵ *Ibidem*, p. 610.

⁷⁶ Cfr. F. PILI, *Art. 40*, in A. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 197 ss. e giurisprudenza ivi citata.

soluzione della controversia. Ove fosse possibile concludere in questo senso, i nuovi legittimati al ricorso amministrativo parrebbero avere una maggiore legittimazione ad intervenire rispetto alle ONG, essendo il loro interesse difficilmente rientrante nelle strette maglie dell'art. 40 Statuto, anche se con riferimento ai membri del pubblico legittimati a presentare una richiesta di riesame ai sensi dell'art. 11, par. 1-*bis*, potrebbe sussistere un vero e proprio interesse ad agire, dovendo – come sopra ricordato – essere direttamente interessati dall'atto (o omissione) in questione.

Sarebbe opportuno consentire alle ONG una ampia facoltà di intervento, in ragione del loro ruolo per la tutela dell'ambiente. Spesso le ONG attive in questo settore sono alla base delle denunce che portano all'instaurazione di procedure di infrazione, ma poi non possono partecipare al relativo giudizio di fronte alla Corte di giustizia⁷⁷. Si potrebbe, quindi, pensare di eliminare il divieto di intervenire nelle cause tra Stati e istituzioni (nonché tra Stati e tra istituzioni), in presenza di un interesse ambientale, modificando in tal senso l'art. 40, comma 2.

È evidente che tale soluzione non sarebbe sufficiente a rimuovere gli evidenziati ostacoli per l'accesso alla giustizia, ma consentirebbe più facilmente alle ONG di portare gli interessi di tutela dell'ambiente all'interno dei processi, senza le difficoltà connesse all'instaurazione della causa.

Ancora, si potrebbe configurare per le ONG un vero e proprio ruolo di *amici curiae* presso la Corte di giustizia. Se tale figura è estranea al sistema giurisdizionale dell'Unione europea, è pur vero che – come sopra ricordato – vi sono alcuni casi in cui gli attori del processo assumono posizioni ad essa assimilabili, quale, ad esempio, la Commissione europea nei procedimenti pregiudiziali ai sensi dell'art. 23 Statuto. Nella prassi dei tribunali internazionali la figura dell'*amicus curiae* si è progressivamente affermata, proprio rispetto alle ONG, anche nelle ipotesi in cui tale possibilità di intervento non era espressamente disciplinata, talvolta consentendo l'acquisizione di un paper di una ONG nel fascicolo di causa⁷⁸. Recentemente, tale

⁷⁷ Cfr. M. ELIANTONIO, *The role of NGOs in environmental implementation conflicts: 'stuck in the middle' between infringement proceedings and preliminary rulings?*, in *Journal of European Integration*, 2018, p. 753 ss.

⁷⁸ Cfr. L. CREMA, *The Common Law (And Not Roman) Origins of Amicus Curiae in International Law – Debunking a Fake News Item*, in *Global Jurist*, 2020, p. 1 e ss.; ID,

figura è stata introdotta anche dalla Corte costituzionale italiana, mediante la delibera dell'8 gennaio 2020, la quale prevede che «entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta». Tale figura viene espressamente distinta dai terzi intervenienti e la riforma precisa che non acquisiscono la qualifica di parte del processo. Gli *amici curiae* possono unicamente inviare la propria opinione, di non più 25.000 caratteri, spazi inclusi, ed è inviata per posta elettronica alla cancelleria della Corte, che ne comunica l'avvenuta ricezione con posta elettronica: si tratta, tuttavia, di un'apertura verso la società civile⁷⁹.

Come il rinvio pregiudiziale nel sistema giurisdizionale comunitario è stato introdotto sul modello del giudizio di costituzionalità in via incidentale presso la Corte costituzionale italiana⁸⁰, forse anche per l'introduzione della figura di *amicus curiae* la Consulta potrebbe essere fonte di ispirazione, anche sulla base dell'esperienza dei tribunali internazionali, per dare legittimazione alle ONG in tale veste nei processi dinanzi al giudice comunitario.

La strada per accesso alla CGUE delle ONG in materia ambientale, seppure recentemente ampliata, pare ancora molto lunga.

Testing Amici Curiae in International Law Rules and Practice, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, p. 91 ss. e riferimenti bibliografici ivi indicati, ID., *Tracking the Origins and Testing the Fairness of the Instruments of Fairness: Amici Curiae in International Litigation*, Jean Monnet Working Paper 11/12.

⁷⁹ Cfr. *ex multis*, M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 122 ss; A. Vuolo, *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, 27 maggio 2020, p. 1 ss.

⁸⁰ Cfr. P. PESCATORE, *Les Travaux du «groupe juridique» dans la négociation des Traités de Rome*, in *Studia Diplomatica*, 1981, p. 159 ss., M. RASMUSSEN, *The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice*, in *Journal of European Integration History*, 2008, p. 77 ss., spec. p. 89.

Bibliografia

- AGRATI G., *I limiti della formula Plaumann in tema di diritto ambientale: brevi note alla sentenza della Corte di giustizia nella causa C-565/19 P, Carvalho e a. c. Parlamento e Consiglio*, in *Eurojus*, 23 maggio 2021.
- ALBERTI J., *The justiciability of ECB “soft” measures against the financial crisis*, in *Federalismi*, 28 marzo 2018, p. 1 ss.
- AMALFITANO C., *Standing (Locus Standi): Court of Justice of the European Union (CJEU)*, in *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2022 (in corso di pubblicazione).
- BARRIT E., *The foundations of the Aarhus Convention, Environmental Democracy, Rights and Stewardship*, Oxford, 2020.
- BURELLI C., *Le misure di esecuzione ex articolo 263, quarto comma, TFUE a dieci anni da Lisbona. Effettivo ampliamento della legittimazione a impugnare dei soggetti privati?*, in *Federalismi*, 17 giugno 2020, p. 301 ss.
- CONDINANZI M., *Il ricorso diretto ai giudici europei: quadro giurisprudenziale e costituzione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2004, p. 628 ss.
- CONDINANZI M., *Il contenzioso dell’Unione europea*, Torino, 2009, p. 109 ss.
- CONDINANZI M., *Artt. 96 e 97*, in AMALFITANO A., CONDINANZI M., IANNUCELLI P. (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell’Unione europea*, Napoli, 2017, p. 606 ss.
- D’AMICO M., *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 2020, p. 122 ss.
- CREMA L., *The Common Law (And Not Roman) Origins of Amicus Curiae in International Law—Debunking a Fake News Item*, in *Global Jurist*, 2020, p. 1 e ss.
- CREMA L., *Testing Amici Curiae in International Law Rules and Practice*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2013, p. 91 ss.
- CREMA L., *Tracking the Origins and Testing the Fairness of the Instruments of Fairness: Amici Curiae*, in *International Litigation*, Jean Monnet Working Paper 11/12.
- ELIANTONIO M., *Collective Redress in Environmental Matters in the EU: A Role Model or a “Problem Child”?*, in *Legal Issues of European Integration*, 2014, p. 257 ss.
- ELIANTONIO M., *The role of NGOs in environmental implementation conflicts: “stuck in the middle” between infringement proceedings and preliminary rulings?*, in *Journal of European Integration*, 2018, p. 753 ss.
- HADJIYIANNI I., *The CJEU as the Gatekeeper of International Law: the Case of WTO and the Aarhus Convention*, in *ICLQ*, 2021, p. 895 ss.
- HORNKOHL L., *The CJEU dismissed the People’s Climate Case as inadmissible: the limit of Plaumann is Plaumann*, in *European Law Blog*, 6 aprile 2021,

- <https://europeanlawblog.eu/2021/04/06/the-cjeu-dismissed-the-peoples-climate-case-as-inadmissible-the-limit-of-plaumann-is-plaumann/>.
- LEONELLI G., *Access to the EU Courts in Environmental and Public Health Cases and the Reform of the Aarhus Regulation: Systemic Vision, Pragmatism, and a Happy Ending*, in *Yearbook of European Law*, 2021, p. 230 ss.
- LIGUGNANA G., *Poteri giustiziali dell'amministrazione europea e decisioni in materia ambientale*, in *Federalismi*, 8 marzo 2017, p. 1 ss.
- MASTROIANNI R., MAFFEO A., *Art. 23*, in AMALFITANO A., CONDINANZI M., IANNUCELLI P. (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 125 ss.
- MOOLENAAR T., NÓBREGA S., *Access to Justice: Environmental Non-Governmental Organisations according to the Aarhus Regulation*, in *Elni Review*, 2016, p. 76 ss.
- PALONITTY T., LEINO-SANDBERG P., *Watering down the Aarhus Regulation – time to deliver an “adequate and effective remedy”*, in *European Law Blog*, 11 marzo 2021.
- PESCATORE P., *Les Travaux du «groupe juridique» dans la negotiation des Traités de Rome*, in *Studia Diplomatica*, 1981, p. 159 ss.
- PILI F., *Art. 40*, in AMALFITANO A., CONDINANZI M., IANNUCELLI P. (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, p. 197.
- PIRKER B., *Access to Justice in Environmental Matters and the Aarhus Convention's Effects in the EU Legal Order: No Room for Nuanced Self-Executing Effect?*, in *RECIEL*, 2016, p. 81 ss.
- PITEA C., *Il caso Mellifera dinanzi alla Corte di giustizia e l'accesso alla giustizia ambientale nell'Unione europea: prime considerazioni in una prospettiva internazionalistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2020, p. 817 ss.
- RASMUSSEN M., *The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice*, in *Journal of European Integration History*, 2008, p. 77 ss., spec. p. 89.
- SCISSA C., *What Room for the 1998 Aarhus Convention in the European Green Deal? An analysis of the Possible Reluctance of the Court of Justice*, in *Riv. Quad. di dir. dell'ambiente*, 2021, p. 94 ss.
- TAVARES LANCIERO R., *ClientEarth v. Commission and ECHA (C-458/19 P): A lost opportunity to clarify the Aarhus Regulation*, in *EU Law Live*, 15 ottobre 2021.
- TAVARES LANCIERO R., *A light at the end of the tunnel? The amendment of the Aarhus Regulation and EU compliance with the Aarhus Convention*, in *EU Law Live*, 18 settembre 2021.

TANZI A., FASOLI E., IAPICHINO L. (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, 2011.

VUOLO A., *Il contraddittorio nei giudizi costituzionali alla luce delle recenti modifiche alle Norme integrative*, in *Federalismi*, 27 maggio 2020, p. 1 ss.

CAPITOLO 5

L'ACCESSO ALLA CORTE DI STRASBURGO E IL NUOVO MECCANISMO CONSULTIVO PREVISTO DAL PROTOCOLLO 16 CEDU: UN BILANCIO PROVVISORIO*

Elisabetta Crivelli

SOMMARIO: 1. Un breve inquadramento del nuovo meccanismo consultivo. – 2. Le due ragioni all'origine dell'elaborazione del Protocollo n. 16 CEDU. – 3. Un bilancio provvisorio rispetto agli obiettivi iniziali. – 4. La mancata ratifica da parte dell'Italia. – 5. Riflessioni conclusive: uno strumento – fino ad oggi – poco utile, ma non pericoloso. – Bibliografia.

1. Un breve inquadramento del nuovo meccanismo consultivo.

Il Protocollo n. 16 CEDU è un protocollo opzionale le cui disposizioni non hanno l'effetto di modificare il testo della Convenzione, ma operano solo per gli Stati che decidono di ratificarlo.

È stato aperto alla firma nel 2013 ed è entrato in vigore cinque anni dopo, il 1° agosto 2018, al raggiungimento della decima ratifica depositata dalla Francia, che – tra i grandi paesi – è quello che ha dimostrato di credere di più in questo strumento. L'Italia ha firmato, ma non ancora ratificato il Protocollo.

* Lo scritto è il testo rielaborato della relazione tenuta il 29 ottobre 2021 al Convegno *L'accesso alla giustizia nel quadro del SD Goal 1*, presso l'Università degli Studi di Milano.

Questo protocollo introduce una nuova competenza consultiva in capo alla Corte europea, che si aggiunge a quella già prevista e disciplinata dall'art. 47 CEDU¹.

In particolare, l'art. 1 del Protocollo prevede che gli Stati membri potranno indicare le corti supreme o i tribunali interni legittimati a chiedere alla grande Camera un parere sull'interpretazione o sull'applicazione di una norma convenzionale.

La richiesta dovrà superare il filtro di un Panel di 5 giudici della Grande Camera, dovrà essere motivata e non potrà riguardare un dubbio astratto, ma dovrà sorgere all'interno di giudizi concreti.

Un aspetto da sottolineare è quello per cui, ai sensi dell'art. 5 del Protocollo, i pareri adottati dalla Grande Camera non saranno vincolanti: da

¹ La nuova competenza si aggiunge infatti a quella già conferita alla Corte dal Protocollo n. 2 alla CEDU, le cui previsioni sono attualmente recepite dagli artt. 47-49 CEDU: il comma 1 dell'art. 47 CEDU prevede che la Corte possa «*su richiesta del Comitato dei Ministri, fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi Protocolli*».

Il comma successivo specifica che tali pareri non devono riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei Protocolli, né su altre questioni su cui la Corte o il Comitato dei Ministri potrebbero doversi pronunciare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione.

Questa competenza era stata pensata, ed è stata concretamente applicata come “residuale” rispetto a quella contenziosa: i requisiti previsti dall'art. 47 CEDU hanno eretto un muro all'effettivo impiego della competenza, che è rimasta inutilizzata per oltre 30 anni, fino al 2 giugno 2004, data della prima decisione resa dalla Corte in sede consultiva. Cfr. Corte Edu, Decisione 2 giugno 2004 sulla competenza consultiva della Corte, § 33, tradotta e pubblicata in *Diritti dell'Uomo e Libertà Fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, a cura di M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, vol. III, Milano, 2006-2008, p. 792. Per un commento alla decisione v. L. SEMINARA, *La prima decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla competenza consultiva*, in *Rivista AIC*, 21 luglio 2004.

Gli altri due pareri adottati *ex art. 47 CEDU* risalgono al 2008 e al 2010: cfr. il parere adottato il 12 febbraio 2008, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights* e quello adottato il 22 gennaio 2010, *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights*.

qui nasce uno degli aspetti più problematici di questa nuova via di accesso, ovvero la necessaria convivenza dell'oggetto del parere su una «*questione di principio*» con l'origine concreta del dubbio, che deve incardinarsi in una causa pendente, ferma restando la necessità di non pregiudicare la possibilità per il singolo insoddisfatto di adire successivamente la Corte di Strasburgo tramite la via contenziosa.

2. *Le due ragioni all'origine dell'elaborazione del Protocollo n. 16 CEDU.*

Appare interessante richiamare i due obiettivi che furono all'origine dell'elaborazione di questo strumento: quello deflattivo e quello volto a voler rafforzare il ruolo della Corte di Strasburgo nel dialogo con i giudici nazionali².

Per quanto riguarda il primo, va sottolineato che tale strumento fu pensato ormai 15 anni orsono, in una fase di profonda crisi della Corte di Strasburgo che veniva additata a «*vittima del suo successo*», in riferimento al sovraccarico di lavoro seguito all'entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla CEDU³.

² Per una bibliografia essenziale sull'origine dei Protocolli n. 15 e n. 16 CEDU cfr., almeno, V. ZAGREBELSKY, *Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 4, 2012; G. RAIMONDI, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3, 2012; C. ZANGHÌ, *I progetti di protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 2013, p. 24 ss.; N. POSENATO, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, p. 1421 ss.; *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. LAMARQUE, Torino, 2015 e, volendo E. CRIVELLI, *Il contributo dei Protocolli nn. 15 e 16 al processo di riforma della Corte di Strasburgo*, Torino, 2021.

³ Dal 1998, anno di entrata in vigore del Protocollo n. 11, il nuovo meccanismo europeo per la protezione dei diritti umani ha dovuto affrontare molte prove, a partire da quella posta dall'esplosione del numero di ricorsi che nel 2011 ha raggiunto la cifra record di 160.000, innescando la necessità di un processo di riforma che provasse a garantire la tenuta complessiva del sistema. Questo percorso riformatore è iniziato con la fir-

Tale peso stava mettendo a rischio l'effettività delle funzioni della Corte, se non la sua stessa sopravvivenza: allora, in un periodo precedente all'avvio del sistema delle c.d. Alte Conferenze, una commissione di studio denominata "Gruppo dei Saggi", all'interno di una più ampia riflessione sulla sostenibilità di lungo periodo del meccanismo di tutela della CEDU, avanzò per la prima volta l'idea di introdurre un simile strumento consultivo⁴.

L'obiettivo deflativo era dunque molto sentito, anche se la narrazione successiva della genesi dello strumento lo rimarcherà meno a livello comunicativo: da questo punto di vista, il parere rilasciato dalla Corte Edu nella fase di progettazione del Protocollo nel 2012 al Comitato dei Ministri è interessante perché consente di far emergere la presenza di opinioni differenti tra i giudici europei.

In quella sede, furono presentate due obiezioni all'introduzione del nuovo meccanismo consultivo: la prima e più consistente era quella per cui una nuova competenza avrebbe, quanto meno nel breve termine, inevitabilmente aumentato, anziché diminuito, il carico di lavoro della Corte.

La seconda obiezione riguardava invece la possibile compromissione dell'autorevolezza della Corte nell'ipotesi improbabile, ma non impossibile, che un giudice nazionale, dopo aver richiesto il chiarimento, decidesse di non attenersi: il rischio di un mancato seguito spinse alcuni a suggerire di prevedere che il parere avesse un'efficacia vincolante, mentre, come prima detto, la soluzione che prevalse nel testo finale fu quella in favore della facoltatività dello stesso⁵.

ma nel 2004 del Protocollo n. 14 CEDU ed è poi proseguito con le Conferenze inter-governative di Interlaken nel 2010, di Izmir nel 2011, di Brighton nel 2012, di Oslo nel 2014, di Bruxelles nel 2015 e, da ultimo, di Copenaghen nel 2018.

⁴ Cfr. il Report del *Group of Wise Persons* al Comitato dei Ministri del 15 Novembre 2006, doc. CM(2006)203, § 81, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7893, § 81, dove si afferma che «il Gruppo ritiene che sarebbe utile introdurre un sistema in base al quale i giudici nazionali potrebbero rivolgersi alla Corte per pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. Si tratta di un'innovazione che favorirebbe il dialogo tra i tribunali e rafforzerebbe il ruolo costituzionale della Corte».

⁵ Cfr. *Reflection paper on the proposal to extend the Court's advisory jurisdiction*, in https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf.

Questo rilievo ci conduce al secondo obiettivo, più retoricamente celebrato, e cioè quello di introdurre un nuovo meccanismo di dialogo per comporre i problemi di coerenza delle giurisprudenze nazionali con quella di Strasburgo. Nello stesso rapporto esplicativo al Protocollo n. 16 si fornisce un'«*interpretazione autentica*» dell'utilità del nuovo strumento, pensato per promuovere il dialogo tra le autorità giudiziarie e di potenziare il ruolo «*costituzionale*» della Corte⁶.

3. *Un bilancio provvisorio rispetto agli obiettivi iniziali.*

A distanza di 15 anni dall'avvio della progettazione di questo meccanismo, e di poco più di 3 anni dalla sua entrata in vigore, possiamo tentare un bilancio, necessariamente provvisorio, relativo al conseguimento dei due iniziali obiettivi appena illustrati.

L'alleggerimento dell'arretrato presupponeva di vincere «*la scommessa*»⁷ per cui, attraverso l'emanazione di pareri in una fase preventiva, la Corte sarebbe riuscita ad evitare o limitare possibili successive violazioni dei diritti convenzionali e quindi anche contenere il numero dei ricorsi. Ma questa aspirazione ha dovuto misurarsi ed inserirsi in un sistema di tutela che vede il «*normale*» intervento della Corte in una fase successiva, quando viene chiamata a decidere ricorsi individuali volti a riparare una violazione che si ipotizza essere già avvenuta.

L'altro documento che riflette il punto di vista della Corte è il parere sulla bozza elaborata dal Comitato direttivo per i diritti umani (CDDH), pubblicato il 6 maggio 2013 e denominato *Opinion of the Court on Draft Protocol No. 16 to the Convention extending its competence to give advisory opinions on the interpretation of the Convention*, ma si tratta di un contributo meno interessante, perché si inserisce in uno stadio più avanzato di elaborazione del progetto, presupponendo già risolta positivamente la questione dell'*an* della nuova competenza consultiva e la configurazione dei suoi principali caratteri.

⁶ Cfr. il Rapporto esplicativo al Protocollo n. 16, § 1, in https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ITA.pdf.

⁷ La definisce tale G. RAIMONDI, nella sua audizione dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Esteri nell'ambito dell'esame del disegno di legge sulla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16, 9 gennaio 2020, in <https://webtv.camera.it/evento/15730>, minuto 21.

La logica dell'intervento consultivo e di quello contenzioso è diversa per finalità ed attori coinvolti, e la competenza contenziosa spinge, forse inevitabilmente, per mettere in ombra e ridurre gli obiettivi deflattivi di quella consultiva.

Ciò premesso, per quanto riguarda in generale la riduzione del numero dei casi pendenti, ci sono stati negli ultimi anni dei progressi significativi, ma le misure che hanno consentito di diminuire, sotto un profilo sistemico, il carico della Corte di Strasburgo, sono l'utilizzo – in tutte le sue potenzialità – della procedura del Giudice unico e l'attribuzione ad un Comitato di tre giudici dei ricorsi del nodo dei ricorsi ripetitivi⁸.

Si tratta di strumenti che si stanno rivelando efficaci, ma che, secondo alcuni, spingerebbero il sistema di tutela CEDU verso risposte di tipo formalistico. A questa logica efficientista è ascrivibile anche la previsione contenuta nel Protocollo n. 15 CEDU di una riduzione del termine da 6 a 4 mesi per il deposito del ricorso *ex art. 34 CEDU*⁹: l'innovazione rischia infatti di nascondere anche un poco nobile obiettivo, configurandosi come una «una piccola “trappola” processuale per fare aumentare ulteriormente le percentuali dell'irricevibilità»¹⁰.

Assai più difficile invece è tentare una previsione sugli effetti deflattivi in relazione all'utilizzo del meccanismo dell'*advisory opinion* registrata fi-

⁸ Per un quadro delle misure che hanno consentito la riduzione delle pendenze e i tempi di decisione della Corte di Strasburgo, cfr. F. DE SANTIS NICOLA, *Délai raisonnable del processo innanzi alle Corti di Lussemburgo e Strasburgo: tutela rimediabile, efficienza e qualità della giustizia*, in *Questione giustizia*, 1, 2017, *Obiettivo 1. Il diritto di Crono*, p. 93 ss., spec. p. 101 ss.

⁹ Il protocollo n. 15 CEDU è stato firmato il 24 giugno 2013 ed è entrato in vigore il primo agosto 2021: oltre a introdurre nel Preambolo della Convenzione un espresso riferimento al principio di sussidiarietà e al margine di apprezzamento di cui godono gli Stati, come elaborato dalla giurisprudenza della Corte, contiene una serie di modifiche tese di garantire una maggiore efficienza e speditezza nella risoluzione dei ricorsi.

Tra queste, una delle più rilevanti, è quella che prevede una riduzione da sei a quattro mesi, a partire dalla decisione interna definitiva, del termine per proporre ricorso alla Corte, ai sensi dell'art. 35, § 1, CEDU, in considerazione del progresso tecnologico che oggi permette comunicazioni assai più rapide rispetto al passato.

¹⁰ Così V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, in *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, cit., p. 92.

no ad oggi: la limitata esperienza applicativa, consistente nell'emanazione di due soli pareri e di sei richieste in tre anni, pare però confermare la scarsa incidenza di questo strumento sul traguardo di una riduzione del contenzioso¹¹.

Per quanto riguarda invece il secondo obiettivo, che propone l'*advisory opinion* come strumento per arricchire il confronto tra Corte di Strasburgo e giurisdizioni nazionali e per formare soluzioni condivise, specialmente rispetto a temi giuridici emergenti (come, ad esempio, quello relativo alla maternità surrogata, che ha riguardato la prima richiesta pervenuta alla Corte da parte della Cassazione francese), il bilancio è più interessante, ma obbliga a qualche precisazione.

Infatti, la nuova competenza consultiva presuppone, almeno in parte,

¹¹ Il testo dei 2 pareri e delle 6 richieste è rinvenibile all'indirizzo https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/advisoryopinions&c=#n16117470544134546839403_pointer.

La prima richiesta è stata sollevata poco dopo l'entrata in vigore del Protocollo su iniziativa della Corte di Cassazione francese, che ha chiesto un chiarimento sulla possibilità del riconoscimento dell'atto straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il "genitore d'intenzione" di un paese in cui viga il divieto di ricorrere a tale pratica.

Un anno dopo, nell'ottobre 2019, la Corte costituzionale armena, muovendo dalla vicenda processuale legata all'incriminazione dell'ex Presidente della Repubblica armena Robert Kocharyan, ha chiesto un chiarimento sulla portata della nozione di legge rilevante ai sensi dell'art. 7 della CEDU, che sancisce il principio di irretroattività del diritto penale.

La terza richiesta è stata sollevata dalla Corte suprema slovacca, per appurare se la procedura di indagine sui reclami contro la polizia, facente capo al Ministero dell'Interno, rispondesse ai criteri di indipendenza e imparzialità, con riferimento agli artt. 2, 3 e 6, par. 1, della CEDU.

La quarta richiesta è stata sollevata il 5 novembre 2020 dalla Corte suprema amministrativa della Lituania, che ha posto un chiarimento sulla corretta interpretazione dell'articolo 3 del Protocollo n. 1 della CEDU, che assicura il diritto a libere elezioni, a partire da una vicenda relativa al rifiuto della commissione elettorale lituana di permettere la candidatura di un ex deputato che era stato destituito.

L'ultima richiesta – nel momento in cui si scrive a novembre 2021 – proviene nuovamente dalla Francia: il 21 aprile 2021, il *Conseil d'Etat* ha interrogato la Corte Edu sui criteri rilevanti per valutare la compatibilità con la CEDU di una disposizione legislativa interna che limitava il diritto delle associazioni di proprietari terrieri di escludere i propri terreni dal territorio di un'associazione venatoria.

un approccio diverso da parte dei giudici di Strasburgo, perché ciò che viene chiesto alla Corte non è di applicare i principi della Convenzione ad uno specifico fatto, ma di argomentare su una questione di principio che le viene posta da «*un'alta giurisdizione nazionale*», e non dal ricorrente che descrive in prima persona la sua vicenda.

Per recuperare il punto di vista della parte del giudizio che pende davanti al giudice che attiva il meccanismo consultivo, potrebbe essere utile un suo coinvolgimento nella redazione della richiesta del parere: l'integrazione della prospettiva della parte ridurrebbe il rischio che questa, dopo l'emanazione del parere e l'applicazione dello stesso nel giudizio nazionale, non scelga di rivolgersi ugualmente a Strasburgo, tramite la via contenziosa.

In tale ricorso individuale, che resta un'opzione possibile¹², il ricorrente lamenterebbe non tanto una possibile diversa interpretazione della Convenzione – perché difficilmente la Corte sposterà una lettura dei principi convenzionali differente da quella fornita poco prima in un suo parere – quanto la denuncia, a carico del giudice nazionale, di non aver tenuto in conto e riferito alla Corte, nella procedura consultiva, un aspetto specifico della sua vicenda.

Se dunque, nell'esercizio della funzione giurisdizionale, la Corte Edu è chiamata a dare risposte ai casi concreti che le vengono sottoposti dai ricorrenti, nell'esercizio della funzione consultiva, che pure deve muovere da una causa pendente, si trova a formulare affermazioni più generali ed astratte: il rischio è che vengano resi chiarimenti vaghi e nella sostanza simili a quelli che già rinvenibili nella parte delle sentenze dedicata alla ricostruzione dei «*principi generali*» della giurisprudenza della Corte, e

¹² Il § 26 del Rapporto esplicativo al Protocollo 16, commentando l'art. 5 il quale prevede che i pareri consultivi non siano vincolanti, specifica che «*il fatto che la Corte abbia emesso un parere consultivo su una questione sollevata nell'ambito di una causa pendente dinanzi a una autorità giudiziaria di una Alta Parte contraente, non impedisce a una parte di tale causa di esercitare successivamente il suo diritto a un ricorso individuale ai sensi dell'articolo 34 della Convenzione, vale a dire che essa può comunque portare la causa dinanzi alla Corte. Tuttavia, laddove un ricorso venga proposto successivamente all'emissione di un parere consultivo della Corte che sia stato effettivamente osservato, si ritiene che tali elementi del ricorso che riguardano le questioni affrontate nel parere consultivo debbano essere dichiarati irricevibili o debbano essere stralciati*».

che precede la parte in cui questi stessi principi vengono applicati al caso di specie.

La – pur limitata – prassi registrata fino ad oggi, conferma questa prognosi: la Corte Edu, nei suoi primi pareri, non ha fornito indicazioni inedite, che non fossero già rintracciabili nella sua giurisprudenza. Al più, le ha riformulate adattandole alle specificità dell'ordinamento a cui appartiene l'alta giurisdizione che ha chiesto il chiarimento.

Tale giurisdizione, come più volte sottolineato dalla Corte, decide poi sugli effetti del parere consultivo nel procedimento nazionale e resta libera di adattare le osservazioni ricevute da Strasburgo al caso concreto, come dimostrato dal seguito dato dalla Cassazione francese alla prima *advisory opinion*.

In quella prima richiesta la Corte di Cassazione francese aveva interrogato i giudici di Strasburgo sulla possibilità del riconoscimento dell'atto straniero con cui sia stato accertato il rapporto di filiazione tra un minore nato all'estero mediante il ricorso alla maternità surrogata ed il «*genitore d'intenzione*» di un paese in cui viga il divieto di ricorrere a tale pratica¹³.

Nel suo parere la Corte aveva ribadito che l'art. 8 della CEDU non obbliga al riconoscimento di una simile relazione fin dall'inizio tramite la via della trascrizione del certificato, nel senso che gli Stati ben possono

¹³ Più precisamente, la *Cour de Cassation*, chiamata a riesaminare il giudicato interno contrastante con la pronuncia della Corte Edu nel procedimento *Mennesson*, aveva posto alla Corte di Strasburgo un duplice quesito: con il primo quesito chiedeva se, rifiutando di trascrivere nei registri dello stato civile il certificato di nascita di un bambino nato all'estero a seguito di una maternità surrogata in quanto designa come sua madre legale la “madre intenzionale”, e ammettendo la trascrizione dell'atto del “padre intenzionale”, in quanto padre biologico del bambino, uno Stato ecceda il margine di apprezzamento consentitogli dall'art. 8 CEDU. A questo riguardo, si chiede anche se sia necessario distinguere a seconda che il bambino sia stato concepito con i gameti della “madre intenzionale” o meno.

Il secondo quesito chiede alla Grande Camera se, in caso di risposta positiva a una delle due domande precedenti, la possibilità per la “madre intenzionale” di adottare il figlio del coniuge, padre biologico, soddisfi i requisiti dell'art. 8 della Convenzione: cfr. *Cour de cassation – Assemblée plénière, Arrêt n° 638 del 5 ottobre 2018*, rinvenibile all'indirizzo https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html.

prevedere altri meccanismi di tutela, come il ricorso all'adozione del bambino, sempre che questa procedura avvenga in tempi rapidi.

I giudici francesi, dopo aver ricevuto il parere della Grande Camera, con un «*colpo di scena*» finale¹⁴ decidono di non avvalersi della soluzione che avevano ipotizzato e cioè la strada dell'adozione, ritenendola in contrasto con un legame stabilitosi ormai da molto tempo e basato su uno *status* comunque riconosciuto in un certificato, anche se non trascritto, e preferiscono riconoscere la maternità legale della «*madre d'intenzione*», rigettando la domanda di annullamento della trascrizione dell'atto di nascita dei bambini¹⁵.

Questo seguito è stato additato a «*perfetto esempio dell'approccio basato sul dialogo su cui è fondato il Protocollo n. 16*» dal Presidente della Corte Edu¹⁶, ma è lecito darne anche una lettura meno celebrativa, e concludere che è stato scritto un epilogo rispetto al quale i chiarimenti resi nel parere europeo sono stati tutt'altro che indispensabili.

¹⁴La definizione è di R. SABATO, *Riflessioni sulla ratifica dei protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistemapenale.it*, 2019, p. 12.

¹⁵Cfr. *Cour de cassation, Arrêt n° 648 du 4 octobre 2019*, 10-19.053. Sul seguito della vicenda *Mennesson* cfr. R. RUSSO, *Il caso Mennesson, vent'anni dopo. Divieto di maternità surrogata e interesse del minore. Nota a Arrêt n° 648 du 4 octobre 2019 (10-19.053)* – *Cour de Cassation Assemblée plénière*, in *Giustizia insieme*, 20 novembre 2019; R. CONTI, *Il parere preventivo della Corte Edu (post- Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019 e, volendo, E. CRIVELLI, *Il primo parere in attuazione del Protocollo n. 16 Cedu: alcuni chiarimenti in tema di maternità surrogata*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 709 ss.

¹⁶Cfr. il discorso tenuto il 31 gennaio 2020 in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario dall'ex Presidente Siciliano, che osservò «*our advisory opinion stated that the right to respect for the child's private life required domestic law to provide for the possibility of recognising the legal parent-child relationship with the intended mother. Such recognition could be achieved by means of adoption. A few months after our advisory opinion, the Court of Cassation, sitting as a full court, finally opted for having foreign birth certificates registered in France in order to establish the parent-child relationship between such children and their intended mothers*». Una conclusione della vicenda giudiziaria dunque che andava oltre alle aspettative della stessa Corte e rappresentava un perfetto esempio di dialogo: «*it thus went even further than our opinion. This is a perfect example of the dialogue-based approach established under Protocol No. 16*», in https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20200131_Sicilianos_JY_ENG.pdf, p. 2.

4. *La mancata ratifica da parte dell'Italia.*

Da ultimo, si intende dedicare qualche riflessione sulle ragioni che hanno ostacolato il recepimento del Protocollo n. 16 in Italia, sottolineando innanzitutto la condotta poco lineare di uno Stato che accantona per molti anni la ratifica di un trattato firmato immediatamente dopo la sua apertura: tale atteggiamento instilla il dubbio di una limitata consapevolezza nella fase della firma e della mancata verifica dell'esistenza di una volontà politica di dare esecuzione al Protocollo¹⁷.

I due principali argomenti che sono stati spesi nel Parlamento italiano per ostacolarne la ratifica¹⁸ sono il rischio di un allungamento dei tempi processuali e quello di un possibile indebolimento della Corte costituzionale.

¹⁷L'Italia ha sottoscritto il Protocollo fin dal giorno in cui è stato aperto alla firma, il 2 ottobre 2013: tra gli Stati che non l'hanno firmato troviamo paesi come la Germania, la Spagna o il Regno Unito, mentre non sono molti quelli che, dopo averlo sottoscritto, hanno deciso di non ratificarlo.

Per il quadro cronologico delle ratifiche degli altri Stati è consultabile all'indirizzo https://www.coe.int/it/web/conventions/search-on-treaties/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=mpV98Mer.

¹⁸Le audizioni informali, che si sono svolte tra febbraio 2019 e febbraio 2020 dinanzi alle Commissioni riunite Giustizia e Esteri nell'ambito dell'esame dei disegni di legge sulla ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 15 e del Protocollo n. 16 CEDU, sembrano aver giocato un ruolo di un certo rilievo nell'arresto del disegno di autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU: sono stati auditi il 2 febbraio 2019 Ginevra Cerrina Feroni, e Francesco Farri in <https://webtv.camera.it/evento/13735>; il 5 novembre 2019 Anton Giulio Lana, Filippo Vari, Michele De Salvia in <https://webtv.camera.it/evento/15304>; il 19 novembre 2019 Michele Giacomelli, Raffaele Sabato, Paola Rubini, Vladimiro Zagrebelsky, Agatino Cariola, e Andrea Cannone in <https://webtv.camera.it/evento/15423>; il 26 novembre 2019 Massimo Luciani, Mario Esposito, e Beniamino Caravita di Toritto in <https://webtv.camera.it/evento/15485>; il 9 gennaio 2020 Giovanni Mammone e Guido Raimondi, in <https://webtv.camera.it/evento/15730>; il 4 febbraio 2020 Angelo Buscema in <https://webtv.camera.it/evento/15859>; l'11 febbraio 2020 Andrea Saccucci, Filippo Patroni Griffi e Franco Frattini, in <https://webtv.camera.it/evento/15898>.

Per ulteriori indicazioni bibliografiche sia consentivo rinviare a E. CRIVELLI, *Il contrastato recepimento in Italia del Protocollo n. 16 alla Cedu: cronaca di un rinvio*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021.

Il primo rappresenta un timore fondato¹⁹, sia se considerato dal punto di vista dell'ordinamento interno, sia da quello europeo: non è un caso se, come si è prima ricordato, una delle obiezioni dei giudici europei a questo meccanismo all'epoca della sua progettazione fu proprio «*che al posto di risolvere il sovraccarico di lavoro, viene dato del lavoro in più*»²⁰.

Anche in un'ottica interna, l'impatto sulla durata dei processi è probabile: coglie nel senso chi osserva che, sebbene il Protocollo n. 16 CEDU non imponga la sospensione del processo interno, è poco ragionevole che il giudice nazionale, una volta determinatosi a presentare la richiesta, non attenda poi la risposta della Grande Camera²¹.

Vi sono però due rilievi che ridimensionano la portata di tale preoccupazione: il primo fa leva sull'impegno che la Corte Edu metterà nel rendere i pareri entro tempi rapidi. Così è stato finora, dal momento che la Grande Camera ha impiegato meno di sei mesi a rispondere alla richiesta sollevata dalla Corte di cassazione francese e meno di nove per la seconda richiesta sollevata dalla Corte costituzionale armena.

Il secondo argomento si fonda sulla convinzione che l'allungamento inevitabile dei tempi di definizione del giudizio interno sia un costo che verrà ripagato nel medio termine: l'auspicio, infatti, è che i chiarimenti resi riducano le eventuali frizioni esistenti tra la tutela giudiziaria interna e la protezione internazionale dei diritti fondamentali²².

L'altro nodo scoperto che ha frenato la ratifica italiana riguarda il rischio di un depotenziamento della Corte costituzionale, fondato sul rile-

¹⁹ Si tratta di un'osservazione condivisa anche da chi ha diverse posizioni sull'opportunità di una ratifica del Protocollo n. 16: cfr. G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16*, in *Federalismi*, 5, del 2019, p. 2; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU, Appunti per l'audizione innanzi la 2ª Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sist. pen.*, 2019, p. 7; ma anche A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Diritticomparati.it*, 1/2020, 5 gennaio 2020, p. 21.

²⁰ Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera e falsa sussidiarietà*, cit., p. 93, alla luce della tensione sull'attribuzione delle risorse tra Comitato dei Ministri e Corte europea.

²¹ Altrimenti, come osserva M. LUCIANI, «*avrebbe compiuto un atto processuale inutile*», *Note critiche sui disegni di legge*, cit., p. 5.

²² Cfr. A. RUGGERI, *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., p. 21.

vo che l'interpretazione della Corte europea «*non potrà non pesare*» sulla risposta della Corte costituzionale successiva al parere: questa osservazione, a nostro avviso, non tiene conto dell'autonomia interpretativa che il nostro giudice costituzionale, così come le altre giurisdizioni apicali, mantengono nell'applicare il chiarimento reso, come confermato dall'epilogo della vicenda francese sopra ricordato.

Inoltre, la scelta di non includere, nella prima versione del testo del disegno di legge di ratifica, la Corte costituzionale tra le giurisdizioni legittimate a richiedere il parere, e poi quella di reinserirla in una successiva confusa formulazione²³, mette a nudo la visione di una Corte di Strasburgo che si porrebbe in concorrenza con le giurisdizioni costituzionali e di supreme magistrature che fanno un uso dei chiarimenti ricevuti contrario ai principi propri dell'esercizio della funzione giurisdizionale²⁴.

Inoltre, sia la Corte costituzionale sia quella di Cassazione hanno già attinto dai chiarimenti resi nel primo parere in tema di maternità surrogata in risposta ai quesiti posti dalla Cassazione francese.

La prima citazione la ritroviamo nella sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2020, in cui il giudice costituzionale dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'impossibilità per coppie di donne omosessuali unite civilmente di essere indicate, entrambe, quali genitori nell'atto di nascita formato in Italia, quando hanno fat-

²³ Nel testo originario dell'art. 3 del d.d.l. C. 2801 della scorsa legislatura, la Corte costituzionale non era inclusa tra le alte giurisdizioni legittimate ad attivare il meccanismo consultivo. Fu inserita solo con un successivo emendamento approvato in Assemblea, che aggiunse un terzo comma all'articolo, disponendo che «*la Corte costituzionale può provvedere con proprio regolamento sull'applicazione del Protocollo di cui al comma 1 in conformità agli articoli 14, primo comma, e 22, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87*».

Tale formula veniva modificata nel d.d.l. della XVIII legislatura in corso, con un più generico riferimento alla possibilità per la Corte costituzionale di «*provvedere con proprie disposizioni all'applicazione del Protocollo 16*»: cfr. il disegno di legge di iniziativa governativa C. 1124 presentato il 10 agosto 2018.

Sulla vicenda cfr. l'accurata ricostruzione di E. ALBANESI, *Corte costituzionale e parere della Corte Edu tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, 2021, spec. p. 187 ss.

²⁴ Così S. BARTOLE *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, in *Giustizia insieme*, 13 gennaio 2021, p. 2.

to ricorso all'estero alla procreazione medicalmente assistita, vietata in Italia: nel motivare l'inammissibilità della questione, ritenendo che il riconoscimento dello *status* di genitore alla "madre intenzionale" non implichi una scelta costituzionalmente imposta, e quindi rappresenti un obiettivo perseguibile solo per via legislativa, la Corte ha impiegato come argomento anche un passaggio del parere reso dalla Grande Camera in risposta alla Cassazione francese²⁵.

Ed ancora, come si è accennato, anche la prima sezione della Corte di Cassazione ha evocato l'*advisory opinion* adottata in risposta al quesito francese come argomento per discostarsi dal diritto vivente della Corte di Cassazione e rivolgersi alla Corte costituzionale, affermando di non poter «*prescindere dal predetto parere della Grande Camera che, sebbene non direttamente vincolante, impone scelte ermeneutiche differenti da quelle adottate dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2019*»²⁶.

5. *Riflessioni conclusive: uno strumento – fino ad oggi – poco utile, ma non pericoloso.*

Tra le numerose e animate voci che hanno espresso forti perplessità o ampio sostegno nei confronti di questo strumento, ci sembra da preferire quella che lo inquadra come un meccanismo non pericoloso, sulla base

²⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2020, punto 6 del *Considerato in diritto*.

²⁶ Cfr. l'ordinanza n. 8325 del 2020 che solleva la questione di costituzionalità dell'art. 12, comma 6, della legge n. 40/2004, degli artt. 18 del d.p.r. n. 396/2000 e 64, comma 1, lett. g), della legge n. 218/1995, nella parte in cui non consentono, secondo il diritto vivente, che possa essere riconosciuto e dichiarato esecutivo, per contrasto con l'ordine pubblico, il provvedimento giudiziario straniero relativo all'inserimento nell'atto di stato civile di un minore procreato con le modalità della gestazione per altri del c.d. "genitore d'intenzione" non biologico, per contrasto con gli artt. 2, 3, 30, 31, 117, comma 1, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 8 della CEDU, 2, 3, 7, 8, 9 e 18 della Convenzione ONU sui diritti dei minori, e 24 della Carta dei Diritti dell'UE.

Sull'utilizzo del parere come norma interposta in relazione all'art. 117, comma 1, Cost. cfr. E. ALBANESI, *Un parere della Corte Edu ex protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il protocollo stesso?*, in *www.giurcost.org*, 1, 2021, 29 marzo 2021, spec. pp. 233-234.

della non obbligatorietà della sua attivazione e della non vincolatività del parere reso²⁷, ma – ad oggi – neppure particolarmente utile.

Gli argomenti di deriva europeista o quelli che paventano rischi di dequotazione della Corte costituzionale²⁸ paiono privi di reale consistenza, ma sono comunque in grado di determinare ricadute negative sotto il profilo della credibilità internazionale del nostro ordinamento.

La logica che ha ispirato l'approvazione del Protocollo n. 16 si fonda su una responsabilità condivisa tra giudici europei e giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali e presuppone che il giudice più importante nell'affermazione dei valori convenzionali sia il giudice comune nazionale.

Come ha recentemente ribadito Valerio Onida, «*si giudici comuni non hanno più soltanto la Costituzione come loro riferimento fondamentale, ma devono confrontarsi anche con la Cedu e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*»²⁹: in questa logica, anche il nuovo meccanismo consultivo può essere valutato come uno strumento potenzialmente interessante.

Ed allora l'eventuale – a nostro avviso auspicabile – ingresso della Corte costituzionale in questo meccanismo consultivo richiederà che il nostro giudice costituzionale tenga conto, ancora più di quanto non sia già stato fatto a seguito della svolta delle sentenze gemelle, di una giurisprudenza casistica: se resta valida la «*fondamentale la distinzione tra una Corte che difende i diritti e una che giudica sulle leggi*»³⁰, nel senso che nel nostro ordinamento la tutela dei diritti può derivare solo come conseguenza in-

²⁷ Cfr. quanto affermato da V. ZAGREBELSKY nella sua audizione del 19 novembre, confermando alcune riflessioni già emerse nell'intervista a R. CONTI, *Intervista di R. Conti a Guido Raimondi e Vladimiro Zagrebelsky*, in *Giustizia insieme*, 19 dicembre 2019, p. 14.

²⁸ Come è stato recentemente osservato, temere che questi giudici «*si assoggettino acriticamente e supinamente ai pareri della Corte di Strasburgo significa mettere in discussione la credibilità di quelle supreme magistrature nel momento stesso in cui si pretende di difenderne l'integrità e indipendenza*»: cfr. così S. BARTOLE *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine*, cit., p. 2.

²⁹ Cfr. V. ONIDA, intervista a cura di E. Lamarque e A. Roccella, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021, <https://www.giustizaiinsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-insiemel/1645-intervista-di-elisabetta-lamarque-e-alberto-roccella-al-prof-valerio-onida>.

³⁰ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale italiana*, in *Come decidono le Corti costituzionali*, Atti del Convegno internazionale, Milano 25-26 maggio 2007, a cura di B. RANDAZZO e P. PASQUINO, Milano, 2008, p. 59 ss., cit. di p. 60.

diretta del giudizio sulla validità delle leggi, è probabile che la valorizzazione di una giurisprudenza attenta al fatto, propria del sistema della CEDU, possa aiutare i nostri giudici costituzionali a comprendere meglio le ricadute pratiche delle normative della cui costituzionalità devono giudicare.

In conclusione, restando salda nelle mani dei giudici interni la decisione sul se chiedere il chiarimento e stabilire poi come applicarlo, pare ragionevole riconsiderare i vantaggi di diventare una parte attiva e dialogante di questo meccanismo, anziché attingere da pareri tagliati sulle specificità di altri ordinamenti.

Bibliografia

- ALBANESI E., *Corte costituzionale e parere della Corte Edu tra questioni di principio e concretezza del giudizio costituzionale*, Torino, 2021.
- BARNABÒ M., *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, 20 dicembre 2013, in *Federalismi.it*.
- BARTOLE S., *Le opinabili paure di pur autorevoli dottrine a proposito della ratifica del protocollo n. 16 alla CEDU e i reali danni dell'inerzia parlamentare*, in *Giustizia insieme*, 13 gennaio 2021.
- CANNIZZARO E., *La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n. 16*, in *Giustizia Insieme*, 8 dicembre 2020.
- CONTI R., *Il parere preventivo della Corte Edu (post- Prot. 16) in tema di maternità surrogata*, in *Questione giustizia*, 28 maggio 2019.
- DE SENA P., *Caratteri e prospettive del Protocollo 16 nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo in Diritti umani e diritto internazionale*, 3, 2014.
- LAMARQUE E. (a cura di), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali, Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 2015.
- LUCIANI M., *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU, Appunti per l'audizione innanzi la 2^a Commissione – Giustizia della Camera dei Deputati (26 novembre 2019)*, in *Sistema penale*, 2019.

- NASCIMBENE B., *La mancata ratifica del Protocollo n. 16. Rinvio consultivo e rinvio pregiudiziale a confronto*, in *Giustizia insieme*, 29 gennaio 2021.
- ONIDA V., intervista a cura di E. Lamarque e A. Roccella, in *Giustizia insieme*, 30 marzo 2021, <https://www.giustiziainsieme.it/>.
- RAIMONDI G., *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, 3, 2012.
- RUGGERI A., *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Diritticomparati.it*, 1, 2020, 5 gennaio 2020.
- RUGGERI A., *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, in *Giustizia insieme*, 22 ottobre 2020.
- SABATO R., *Sulla ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 della CEDU*, in *Sistema penale*, 2019.
- ZAGREBELSKY V., *La conferenza di Interlaken per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 309.
- ZAGREBELSKY V., *La Corte Edu vista dai suoi giudici*, Intervista di R. Conti a Guido Raimondi e Vladimiro Zagrebelsky, in *Giustizia insieme*, 19 dicembre 2019.

CAPITOLO 6
ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E TUTELA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI.
RELAZIONE DI SINTESI

Giuseppe Arconzo

SOMMARIO: 1. Note preliminari: accesso al giudice e tutela dei diritti fondamentali nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. – 2. La dimensione organizzativa dell'accesso alla giustizia: le nuove prospettive a confronto con la storia repubblicana. – 3. La dimensione sociale e la natura di bene pubblico del diritto all'accesso alla giustizia. – 4. La dimensione processuale del diritto all'accesso alla giustizia nel rapporto tra Corti nazionali e sovranazionali. – 5. La dimensione processuale del diritto all'accesso alla Corte Edu e alla Corte di giustizia dell'Unione europea. – Bibliografia.

1. *Note preliminari: accesso al giudice e tutela dei diritti fondamentali nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale.*

Tutte le relazioni della seconda sessione del Convegno affrontano il tema del rapporto tra l'accesso al giudice e il riconoscimento e il godimento dei diritti fondamentali. Richiamando qui l'opera fondamentale di Mauro Cappelletti, le relazioni si soffermano, secondo le diverse competenze giuridiche proprie delle relatrici e del relatore, sulle tre dimensioni necessarie per rendere concreto l'accesso al giudice: la dimensione organizzativa, quella sociale e quella processuale¹.

¹ M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, 1994, p. 81, individuava proprio negli aspetti economici,

Per meglio inquadrare le diverse questioni che sono state esaminate nelle citate relazioni, è utile ricordare due recenti pronunce della Corte costituzionale – le sentenze n. 48 e n. 157 del 2021 – con cui la stessa Corte si è ampiamente soffermata proprio sul tema del diritto al giudice.

Con la sentenza n. 48 del 2021 – chiamata a giudicare della legittimità costituzionale delle previsioni che richiedono, ai fini della partecipazione alla competizione elettorale per il Parlamento italiano, la raccolta di un numero minimo di firme a sostegno delle candidature² – la Corte, evocando le sentenze n. 182 del 2014 e n. 119 del 2013, ha ribadito che «una tutela dei diritti effettiva richiede l'accesso a un giudice», circostanza ancora più evidente quando «il presidio della tutela giurisdizionale deve assistere un diritto inviolabile». Altrimenti detto, «[p]revisione del diritto inviolabile e garanzia del ricorso al giudice per assicurarne la tutela devono insomma coesistere e sorreggersi reciprocamente».

Il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, ricorda la Corte citando le sentenze n. 238 del 2014, n. 82 del 1996 e n. 18 del 1982, costituisce uno dei «grandi principi di civiltà giuridica in ogni sistema democratico del nostro tempo» che non può conoscere eccezioni: esso è dunque da annoverarsi anche «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»³.

organizzativi e processuali gli ostacoli all'accesso alla giustizia. Sul punto cfr. anche V. FERRARIS, *I diritti di accesso alla giustizia*, in S. ANASTASIA, V. CALDERONE, L. FANOLI (a cura di), *L'articolo 3. Primo rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma, 2014, p. 107 ss.

²Non è ovviamente questa la sede per entrare nel merito né della disciplina che regola questa peculiare fase pre-elettorale, né della sentenza della Corte: si vedano sul punto, *ex multis*, M. CECCHETTI, *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale. Atti del Seminario svoltosi a Firenze*, 16 novembre 2012, Napoli, 2013, p. 5 ss.; L. TRUCCO, *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)*, in *Giurcost.org*, I, 2021, p. 283; G. TARLI BARBIERI, *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in *Giurcost.org*, II, 2021, p. 601 ss.; M. ARMANNO, *La garanzia dell'elettorato passivo: Corte costituzionale e Parlamento (ancora) alla ricerca di strumenti adeguati di tutela giurisdizionale*, in *Dirittifondamentali.it*, III, 2021, p. 103 ss.

³Come si legge nel contributo di Alessandra Osti, in modo non dissimile la *Uk Su-*

La titolarità dei diritti richiede pertanto, se di tali diritti vuole predicarsi l'effettività, «*il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale*». Non casualmente, infatti, «*l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 Cost., da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto*».

Non sono dunque accettabili, in uno Stato di diritto, zone franche, né dalla giustizia costituzionale, né dalla giustizia *tout-court*, «*quantomeno nella sua dimensione effettiva e tempestiva*», circostanza che la Corte ha rilevato invece con riferimento proprio alla fase elettorale preparatoria.

Con la di poco successiva sentenza n. 157 del 2021, la Corte ha ritenuto incostituzionale la previsione che non consentiva ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea richiedenti il gratuito patrocinio per i processi civile, amministrativo, contabile e tributario di produrre, nei casi di impossibile produzione della documentazione consolare attestante la veridicità della situazione reddituale, «*forme sostitutive di certificazione*»⁴. Si tratta di una sentenza importante, che si sofferma nuovamente su uno degli aspetti decisivi – quello del gratuito patrocinio – per rendere effettivo il diritto fondamentale dell'accesso al giudice⁵.

preme Court nella sentenza *R (Unison) v Lord Chancellor* del 2017 ha affermato che «*the right of access to justice is not an idea recently imported from the continent of Europe, but has long been deeply embadded in our constitutional law*».

⁴ Si trattava dell'art. 74 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, recante “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)”.

⁵ La giurisprudenza costituzionale in tema di patrocinio a spese dello Stato è ormai molto ampia. In estrema sintesi, può dirsi che, secondo la giurisprudenza costituzionale, tale istituto è volto a dare attuazione all'art. 24, comma 3, Cost., secondo cui devono essere assicurati «*ai non abbienti [...] i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione*» ed è quindi destinato a rimuovere «*le difficoltà di ordine economico che possono opporsi al concreto esercizio del diritto di difesa*» (sent. n. 46 del 1957, di seguito citata dalla sent. n. 149 del 1983; in senso analogo, le sentt. n. 35 del 2019, n. 175 del 1996 e n. 127 del 1979), assicurando l'effettività del diritto ad agire e a difendersi in giudizio, che il secondo comma del medesimo art. 24 Cost. espressamente qualifica come diritto inviolabile (sent. n. 80 del 2020, n. 178 del 2017, n. 101 del 2012 e n. 139 del 2010; ord. n. 458 del 2002).

Inoltre, va rilevato come, nelle sentt. n. 16 del 2018, n. 47 del 2020 e n. 157 del 2021, la Corte abbia evidenziato come, «*in tema di patrocinio a spese dello Stato, è crucia-*

Ebbene, in tale pronuncia la Corte ha aggiunto un ulteriore tassello al quadro appena delineato, evidenziando che il diritto di cui agli artt. 24 e 113 Cost. «è riconosciuto a tutti, dal primo comma dell'art. 24 Cost., e a tutti spetta, com'è proprio dei diritti ascrivibili all'alveo dell'art. 2 Cost., riferito in maniera cristallina all'uomo». Anche in questa pronuncia la Corte ribadisce in più passaggi la necessità che l'accesso alla giustizia sia caratterizzato da effettività.

Se questo è il punto di partenza da cui dobbiamo muovere, cosa ci dicono le relazioni ascoltate al convegno e che si possono leggere nelle pagine che precedono? Siamo davvero in presenza di un principio che trova accoglimento effettivo nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, oppure ci troviamo di fronte ad un obiettivo non ancora raggiunto in modo soddisfacente? Si può anticipare che le ricerche che sono state svolte, come sinteticamente si illustrerà, sembrano far propendere per questa seconda ipotesi: l'accesso alla giustizia incontra ancora numerosi ostacoli, di non semplice risoluzione e la cui progressiva eliminazione richiede costante attenzione da parte dei decisori politici.

2. La dimensione organizzativa dell'accesso alla giustizia: le nuove prospettive a confronto con la storia repubblicana.

Le considerazioni contenute nella relazione di Raffaella Bianchi Riva e di Filippo Rossi mettono in evidenza come in realtà l'affermazione del diritto all'accesso ad una giustizia rapida, e dunque realmente soddisfacente ed effettiva, sconti, sin dall'inizio della nostra storia repubblicana, gravi problemi.

Problemi ai quali – lo evidenzia bene la relazione – non esistono risposte semplici.

Non è stato ad esempio sufficiente ampliare ripetutamente, nel corso degli anni, gli organici della magistratura.

Non è stato neppure sufficiente ricorrere in modo sempre più esteso ai giudici onorari, la cui utilità è oggi comunque talmente evidente da avere

le l'individuazione di un punto di equilibrio tra garanzia del diritto di difesa per i non abbienti e necessità di contenimento della spesa pubblica in materia di giustizia».

portato la Corte costituzionale, con la criticatissima sentenza n. 41 del 2021, persino a stravolgere uno dei cardini della giustizia costituzionale⁶. Con la citata sentenza, infatti, la Corte, facendo uso dell'inedito concetto di «*temporanea tollerabilità costituzionale*», ha deciso di lasciare in vigore per più di quattro anni, e di rinviarne così la caducazione, norme che la stessa Corte ha comunque ritenuto contrarie a Costituzione.

L'immediata perdita di effetto delle previsioni che consentono ai giudici onorari di far parte delle Corti di Appello, pur non conformi a quanto previsto dall'art. 106, comma 2, Cost., avrebbe infatti determinato un «*un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia, tanto più nella situazione attuale, che vede come urgente l'esigenza di riduzione dei tempi della giustizia, e quindi anche di quella civile, dove hanno operato e operano i giudici ausiliari presso le corti d'appello*»⁷. Non solo: se, come si è notato, la Corte in questo modo disattende le aspettative di chi aveva eccepito le questioni di legittimità costituzionale⁸, siamo di fronte ad un ulteriore paradosso. Per salvaguardare l'amministrazione della giustizia, la Corte costituzionale infatti finisce per incidere *in peius* sull'effettività del diritto all'accesso al giudizio costituzionale che non ha più alcuna utilità per il giudizio *a quo*.

Vedremo se la riforma dell'ufficio del processo prevista, in attuazione del Piano Nazionale di ripresa e resilienza, dagli artt. 11 ss. del d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (*Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionali all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia*) riuscirà quanto meno a «*limitare*», secondo quanto auspicano Bianchi Riva e Rossi, la crisi della giustizia, che alimenta inesorabilmente anche la sfiducia dei cittadini nel sistema giudiziario.

⁶ Per tutti, V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *OsservatorioAIC.it*, 2, 2021, p. 130 ss.; A. RUGGERI, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo "bilanciamento" tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)*, in *GiustiziaInsieme.it*.

⁷ In proposito si veda anche N. FIANO, *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos*, 1, 2021.

⁸ R. PINARDI, *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Giurcost.org*, I, 2021, p. 293.

In verità, può già osservarsi che il sistema prescelto presenta in partenza alcune criticità⁹: basti pensare che si prevede l'innesto, in un sistema già da tempo in sofferenza, di giovani risorse "a supporto" dell'attività giurisdizionale. Tali risorse, che richiedono certamente una formazione iniziale – evidentemente a cura degli stessi magistrati che i nuovi ausiliari andranno a supportare – potrebbe erodere il limitato periodo di tempo previsto per il loro impiego ordinario. Ciò, senza alcuna garanzia che le energie inizialmente (e paradossalmente) distolte dall'attività ordinaria dei magistrati siano controbilanciate da un aumento di produttività. Inoltre, resta aperta l'incognita della qualità di tale supporto: occorre chiedersi se un legislatore attento all'importanza del servizio giustizia non avrebbe dovuto organizzare percorsi di seria formazione al di fuori del sistema che si punta a supportare e prima dell'inserimento in quest'ultimo. Infine, non è da escludere, sulla falsariga delle vicende che hanno coinvolto la magistratura onoraria, il sorgere – allo scadere del tempo determinato d'impiego degli addetti all'ufficio del processo – di contenziosi volti ad assecondare le inevitabili aspettative di stabilizzazione che nasceranno.

3. *La dimensione sociale e la natura di bene pubblico del diritto all'accesso alla giustizia.*

La difficoltà di adottare soluzioni che riescano a garantire in modo soddisfacente il diritto al giudice è messa bene in evidenza anche grazie alla prospettiva comparata offerta dalla relazione di Alessandra Osti, che consente di ragionare soprattutto sulla difficoltà di svolgere un ragionevole bilanciamento nei casi in cui il diritto all'accesso al giudice deve fare i conti con altri interessi, pure meritevoli di considerazione.

D'altra parte, nella già citata sentenza n. 157 del 2021, la Corte costituzionale ha ribadito come «*la natura inviolabile del diritto ad accedere ad una tutela effettiva, ai sensi dell'art. 24, terzo comma, Cost., non lo sottrae al bilanciamento di interessi che, per effetto della scarsità delle risorse, si rende necessario*

⁹ Cfr. M. MORGIA, *Ufficio per il processo, una opportunità o un rischio per la Giustizia?*, in *GiustiziaInsieme.it*; A. SCARPA, *L'attuazione dell'Ufficio per il processo (di cassazione): panacea o utopia?*, in *GiustiziaInsieme.it*.

rispetto alla molteplicità dei diritti che ambiscono alla medesima tutela»¹⁰.

Il caso deciso dalla *Supreme Court* del Regno Unito – analizzato nella relazione di Osti – originava dalla scelta del governo inglese di introdurre, per far fronte all’esigenza di deflazionare il contenzioso in materia di diritto del lavoro, consistenti oneri fiscali a carico di quanti intendessero agire in giudizio. Si tratta di una vicenda particolarmente significativa perché consente, oltre a quanto messo in luce già nella relazione, di muovere qualche osservazione su due diverse questioni.

La prima è relativa alle discriminazioni che possono incontrare i meno abbienti nell’accesso al giudice. Si tratta della cosiddetta dimensione sociale del diritto all’accesso alla giustizia, secondo i celebri studi di Cappelletti volti a sottolineare l’importanza di garantire che anche i soggetti deboli possano far valere i loro diritti¹¹.

A differenza di quanto si deduce dalla vicenda inglese, può osservarsi che, nel nostro ordinamento è ben vero che, secondo quanto previsto dagli artt. 11, 131 e 134 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, recante «*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)*», il contributo unificato, per quanti sono ammessi al patrocinio dello Stato, è “prenotato a debito”¹², ciò che comporta che esso verrà versato “soltanto” nel caso in cui la vittoria della causa o la composizione della lite metteranno la parte ammessa al gratuito patrocinio in condizione di poter versare l’importo del contributo.

È altrettanto vero però che il limite di reddito annuo previsto per poter accedere al gratuito patrocinio è, senza timore di smentite, particolarmente basso: secondo quanto previsto dall’art. 76 del citato d.p.r. n. 115/2002, esso ammonta oggi¹³ a meno di 12.000 euro, dovendosi tener

¹⁰ Sulla necessità di procedere al bilanciamento del diritto di agire in giudizio cfr. anche, di recente, sent. n. 128 del 2021, con riferimento alla normativa in merito alla proroga della sospensione delle esecuzioni aventi ad oggetto l’abitazione principale del debitore esecutato durante l’emergenza pandemica.

¹¹ M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, cit., p. 71 ss.

¹² Secondo quanto previsto dall’art. 3, lett. s), del citato d.p.r. n. 115/2002, la «*prenotazione a debito è l’iscrizione a futura memoria di una voce di spesa, per la quale non vi è pagamento, ai fini dell’eventuale successivo recupero*».

¹³ Ai sensi dell’art. 77 del d.p.r. n. 115/2002, «*i limiti di reddito sono adeguati ogni*

conto, per la determinazione dello stesso, anche di eventuali redditi che per legge sono esenti dall'IRPEF.

In questa prospettiva, allora, il ragionamento mosso dalla Corte Suprema britannica, che si interroga sul tempo che una persona dal reddito medio-basso potrebbe impiegare per accumulare in concreto la somma necessaria per poter agire in quel determinato giudizio, appare particolarmente interessante e foriero di sviluppi non soltanto con riferimento al pagamento del contributo unificato, ma anche con riferimento ai citati limiti per l'accesso al gratuito patrocinio.

Il secondo spunto che può essere importante sottolineare concerne invece il tema del rilievo che il diritto all'accesso al giudice determina non soltanto per il singolo ma per l'intera collettività. Esiste cioè un pubblico interesse, che trascende l'interesse del singolo, a che il diritto ad agire in giudizio possa essere garantito anche ai meno abbienti e che sia caratterizzato da effettività e rapidità.

È questa una dimensione del diritto all'accesso al giudice che rischia di essere sottovalutata, ma che invece deve essere tenuta in opportuna considerazione perché foriera di importanti conseguenze sul piano economico e sociale¹⁴. Come si legge ad esempio in uno studio tematico realizzato dall'Ufficio parlamentare di bilancio del luglio 2016¹⁵, condizioni eque di accesso alla giustizia costituiscono elementi essenziali per poter parlare di un sistema di giustizia efficiente il che, a sua volta, favorisce l'accesso al credito, incrementa il tasso di natalità delle imprese, determina un aumento degli investimenti interni e del flusso di investimenti esteri nel nostro Paese. Ma non solo: la possibilità per tutti di accedere ad una giustizia capace di dare risposte rapide ed effettive consentirebbe probabilmen-

due anni in relazione alla variazione, accertata dall'ISTAT, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, verificatesi nel biennio precedente, con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze». Il limite oggi vigente è stato determinato dall'art. unico, comma 1, del d.m. del 23 luglio 2020.

¹⁴ Sul punto cfr. le considerazioni di V. FERRARI, *La giustizia come bene comune*, in <https://www.areadg.it/congresso2017/intervento/relazione-introductiva-la-justizia-come-bene-comune>.

¹⁵ https://www.upbilancio.it/wp-content/uploads/2016/07/Focus_5.pdf.

te una maggior condivisione delle regole del vivere civile a beneficio della collettività intera.

4. *La dimensione processuale del diritto all'accesso alla giustizia nel rapporto tra Corti nazionali e sovranazionali.*

La densa relazione di Stefania Leone e Costanza Nardocci consente di soffermarsi sulla cosiddetta dimensione processuale dell'accesso alla giustizia, con riflessioni che spaziano dal processo costituzionale ai rapporti tra i giudici comuni, la Corte costituzionale e le Corti sovranazionali.

Cominciando dal tema dei rapporti tra Corti, Leone e Nardocci mettono in primo luogo in evidenza come la relazione tra la Corte Edu e la Corte costituzionale sia difficilmente inquadrabile in modo univoco: in ogni caso, tale rapporto, caratterizzato nel tempo da fasi e momenti diversi, vedrebbe oggi una più spiccata tendenza all'accentramento da parte di entrambe le Corti, maggiormente restie ad un vero e proprio dialogo.

Un simile approccio, se guardato dal lato della Corte costituzionale italiana, potrebbe finire per marginalizzare l'apporto della Corte Edu. Circonstanza, questa, che a sua volta potrebbe rendere maggiormente rilevanti gli ostacoli all'accesso al giudice costituzionale e conseguentemente tradursi nel rischio di una tutela meno efficace dei diritti.

Tale conclusione deve tenere conto però, come ricordano le stesse autrici, della recente prassi della Corte costituzionale, la cui giurisprudenza appare ormai meno rigorosa nell'esaminare i requisiti di accesso delle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei giudizi in via incidentale.

Inoltre, va anche rilevato che, pur nella tendenza all'accentramento fatta propria dalle due Corti¹⁶, non mancano casi in cui il confronto e il dia-

¹⁶ Ancora di recente, appare molto interessante la sentenza della Corte costituzionale n. 203 del 2021, sulla insussistenza del diritto all'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo penale in capo alla vittima di reato che sia in attesa di costituirsi parte civile. La Corte infatti, ribadendo quanto da essa già affermato nella sentenza n. 249 del 2020, ha evidenziato – così ponendosi in contrasto con quanto affermato dalla Cor-

logo con la giurisprudenza della Corte Edu si è rivelato particolarmente proficuo: basti qui fare cenno alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che prevedeva la pena detentiva per la diffamazione a mezzo stampa (ord. n. 132 del 2020 e sent. n. 152 del 2021), il cui percorso argomentativo, soprattutto nell'ordinanza n. 132 del 2020, è densissimo di riferimenti proprio alla giurisprudenza della CEDU.

Certo, resta innegabile che sussistono evidenti difficoltà di accesso al giudizio di fronte alla Corte costituzionale: ad esempio, tali strettoie hanno fatto sì che, nel corso dei primi drammatici mesi del 2020, quando le risposte dei decisori politici alle problematiche dell'emergenza sanitaria avevano sottoposto a fortissima tensione numerosi principi costituzionali, l'organo di giustizia costituzionale, nel nostro Paese, sia stato sostanzialmente pretermesso dal dibattito. Solo dopo molti mesi la Corte costituzionale è potuta finalmente intervenire: nel frattempo, però, come dimostra la sentenza n. 198 del 2021, alcune importanti questioni che avevano caratterizzato la prima fase dell'emergenza avevano perso di attualità e non sempre i giudici comuni sono riusciti a sollecitare la Corte in modo adeguato.

La relazione di Leone e Nardocci si sofferma poi, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale sui casi di “doppia pregiudizialità” (cfr., in particolare, le sentenze n. 269 del 2017, n. 20, n. 63 e n. 117 del 2019), sui rapporti tra Corte costituzionale e CGUE, interrogandosi sugli effetti che tale orientamento determina in merito al diritto all'accesso al giudice.

Sul punto va preliminarmente segnalato che, ancor più che riguardo ai rapporti tra Corte Edu e Corte costituzionale, siamo di fronte ad una giurisprudenza che deve con ogni probabilità ancora trovare un suo definitivo assetto e consolidamento (si veda da ultimo la sentenza n. 67/2022). Ciò premesso, è interessante evidenziare come da tale giurisprudenza emerga in modo significativo quella dimensione collettiva che – secondo quanto si è già visto nel paragrafo precedente – caratterizza il diritto all'accesso al giudice.

È certamente vero che l'orientamento inaugurato dalla Corte costi-

te Edu nella sentenza *Arnoldi c. Italia* del 2017 – che la vittima del reato nel corso delle indagini preliminari non riveste una posizione identica a quella di chi si sia già costituito parte civile.

tuzionale con la sentenza n. 269 del 2017 (pur ampiamente temperata dalla giurisprudenza successiva: da ultimo, cfr. sentenza n. 182 del 2021, che richiama le precedenti sentenze n. 11 del 2020, n. 63 e n. 20 del 2019) può determinare il venir meno del dialogo diretto tra il giudice comune e la CGUE, con ciò causando una minor rapidità nella decisione del caso concreto. Ma, allo stesso tempo, è altrettanto vero che la scelta fatta della Corte costituzionale – volta a fornire una risposta alle questioni che coinvolgono diritti fondamentali tutelati sia da previsioni del diritto europeo che da parametri costituzionali interni – consente di assicurare maggior certezza ai rapporti giuridici, proprio in virtù dell'effetto *erga omnes* delle pronunce dello stesso Giudice costituzionale nazionale¹⁷.

A ciò si aggiunga – come opportunamente messo in evidenza dalla relazione – che la svolta della Corte costituzionale non ha fin qui in realtà affatto prodotto la fuoriuscita della CGUE dal circuito decisionale. Sia perché il giudice comune, può comunque rivolgersi al giudice europeo (senza qui soffermarsi sulla più problematica ipotesi del contemporaneo rinvio alla Corte costituzionale e alla CGUE, come nel caso deciso dalla sentenza n. 254 del 2020), sia perché la stessa Corte costituzionale ha in più occasioni coinvolto la CGUE, con lo strumento del rinvio pregiudiziale, così creando i presupposti per un effettivo dialogo, in grado di assicurare in modo ottimale la tutela dei diritti¹⁸.

A fronte di queste due osservazioni, può dunque dirsi che la giurisprudenza costituzionale in tema di doppia pregiudizialità non solo non ha avuto nessun impatto negativo sul diritto all'accesso al giudice, ma, anzi, si rileva in grado di garantire in modo più efficiente proprio la dimensione di bene e interesse pubblico che è propria di tale diritto.

¹⁷ Secondo G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021, 261, «l'interesse individual-soggettivo all'incremento di protezione giuridica deve essere infatti bilanciato con principi istituzional-organizzativi che possono opporsi a tale incremento di tutela».

¹⁸ Lo sottolinea N. ZANON, *Introduzione generale*, in M. D'AMICO, C. AMALFITANO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a vent'anni dalla sua approvazione*, Giappichelli, Torino, 2022.

5. *La dimensione processuale del diritto all'accesso alla Corte Edu e alla Corte di giustizia dell'Unione europea.*

Anche le relazioni di Elisabetta Crivelli e di Ilaria Anrò consentono di ragionare sulla dimensione processuale dell'accesso alla giustizia: in questi casi si tratta di riflessioni relative ai processi che si svolgono, rispettivamente, di fronte alla Corte Edu e alla CGUE.

Vero che la ricerca di Crivelli, soffermandosi sul meccanismo consultivo previsto dal Protocollo n. 16 alla CEDU, sembrerebbe a prima vista riguardare un istituto che non concerne direttamente l'accesso al giudice. In realtà, così non è, in quanto la puntuale ricostruzione delle ragioni che hanno portato all'elaborazione di tale Protocollo offre lo spunto per interrogarsi proprio sull'effettività, con particolare riferimento alla tempestività delle decisioni, dell'accesso al giudice sovranazionale.

Come ricorda Crivelli, una delle motivazioni che hanno determinato l'istituzione del meccanismo consultivo è stata infatti quella di ridurre il carico di lavoro della Corte Edu; carico di lavoro che ha finito per determinare, nel corso degli anni, un notevole ritardo nelle decisioni.

In effetti, nel 2019 Vladimiro Zagrebelsky¹⁹ autorevolmente segnalava come il tempo dell'attesa della sentenza della Corte Edu fosse «*incredibilmente lungo [...] ma anche imprevedibile e casuale*». Così, nel luglio del 2018 venivano pubblicate sentenze relative a ricorsi introdotti nel corso dei precedenti due anni, ma anche relative a ricorsi depositati oltre dieci anni prima, addirittura nel 2004 o nel 2006. A distanza di oltre tre anni, le cose non sono ancora cambiate: anche a dicembre del 2021 la Corte Edu ha deciso questioni sorte ben dieci anni prima, tra il 2010 e il 2011.

È evidente che tempi così lunghi, come del resto la stessa ben nota giurisprudenza della Corte Edu sulla ragionevole durata del processo insegna, significano di fatto che l'accesso al giudice è tutto tranne che effettivo: come ancora V. Zagrebelsky evidenziava, siamo di fronte ad una «*crisi della Corte, grave e non reversibile [che] riguarda la capacità della Corte*

¹⁹V. ZAGREBELSKY, *Nove anni come giudice italiano a Strasburgo*, in *Questione giustizia*, 2019.

di incidere realmente, in particolare assicurando quello che si continua a dire essere pilastro del sistema: il ricorso individuale e il diritto dell'individuo di ottenere tutela».

D'altra parte, certamente non può essere il meccanismo consultivo di cui al Protocollo n. 16, a incidere positivamente su quanto sopra: i soli due pareri adottati dall'agosto del 2018 ad oggi narrano eloquentemente, come evidenzia la relazione di Crivelli, della scarsa capacità dello strumento di ridurre i tempi delle decisioni della Corte Edu.

In un'ottica più generale, e a prescindere dal discorso legato alla tempestività delle decisioni della Corte Edu, occorre evidenziare che proprio lo scarso numero di pareri fin qui resi impedisce di procedere con ulteriori valutazioni sugli effetti che il Protocollo può determinare sul diritto all'accesso alla giustizia.

Certo, assumendo la prospettiva del dialogo tra le Corti di cui si è detto nel paragrafo precedente, un qualche rilievo potrebbe forse darsi al fatto che la Corte costituzionale italiana abbia, in un paio di pronunce, evocato il parere adottato dalla Corte Edu sullo *status filiationis* nel caso di maternità surrogata posto dalla Corte di cassazione francese. Anche sotto questo versante, però, è difficile spingersi a una qualche conclusione, proprio in ragione dello scarso utilizzo dello strumento in esame.

Da ultimo, la relazione di Ilaria Anrò si sofferma su un tema che consente di muovere alcune riflessioni sul tema dell'accesso al giudice nella prospettiva della tutela degli interessi collettivi.

La disciplina esaminata, relativa alla possibilità per le ONG di accedere alla CGUE per contestare atti e decisioni in materia ambientale, è stata oggetto di riforma nel luglio del 2021 in ragione della scarsa effettività che l'accesso alla giustizia, in questa peculiare prospettiva, aveva fino ad allora dimostrato.

Nonostante, infatti, il rilievo che da tempo ormai hanno assunto le tematiche ambientali per l'Unione europea – basti pensare alla ratifica dell'Accordo di Parigi del 2016, al *Green Deal* europeo del dicembre 2019, e, più di recente, all'importanza che la «*transizione verde*» ha assunto nell'ambito del programma *Next Generation UE*, nonché al Regolamento 2021/1119 sulla neutralità climatica – le vie di accesso alla giustizia per le ONG in materia ambientale, e, più in generale, le possibilità di far valere la tutela dei beni ambientali, secondo quanto previsto dal co-

siddetto Regolamento di Aarhus (Regolamento UE n. 1367/2006), sono state fin qui particolarmente strette.

Considerando che il Regolamento UE n. 2021/1767, che modifica il citato Regolamento di Aarhus, è entrato in vigore soltanto ad ottobre 2021 (ma il termine è fissato al 2023 per la previsione che amplia il novero dei soggetti legittimati all'accesso alla CGUE), non è ovviamente ancora possibile dire se le diverse novità apportate dalla riforma del 2021 determineranno realmente un ampliamento dell'effettività dell'accesso alla giustizia in materia ambientale.

Anzi, le numerose questioni interpretative e le perplessità che la relazione di Anrò pone lasciano presupporre che un risultato del genere non sarà affatto scontato.

Quello della tutela degli interessi e dei diritti tipicamente collettivi, quali quelli ambientali, era un tema che già negli anni '70 Cappelletti individuava come centrale per rendere effettivo l'accesso alla giustizia²⁰, tanto che lo stesso Autore – descrivendo questa situazione come un «*fenomeno [...] della povertà organizzativa*»²¹ – riteneva necessario «*consentire e perfino incoraggiare e aiutare l'accesso a rappresentanti (pubblici e privati) [...] che staranno pertanto in giudizio non per se stessi, ma per l'intera classe o categoria dei portatori dell'interesse diffuso di cui si fanno difensori*»²².

In effetti, alcuni passi in avanti da questo punto di vista sono stati fatti, anche grazie alla normativa dell'Unione europea: si pensi ad esempio alla possibilità – originata dalla direttiva 2000/43/CE e oggi disciplinata da una serie di normative ad hoc – per i sindacati e le associazioni che tutelano i diritti delle persone vittime di discriminazione (per ragioni legate alla disabilità, al genere, alla diversa nazionalità) di esercitare l'azione collettiva antidiscriminatoria.

Le difficoltà di cui parla la relazione di Anrò, anche a seguito della ri-

²⁰ M. CAPPELLETTI, *Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study*, in *Michigan law review*, LXXIII, 1975, p. 793 ss.

²¹ M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia*, cit., p. 166.

²² M. CAPPELLETTI, *Giustizia, accesso alla*, voce in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/.

forma adottata dall'Unione europea, testimoniano però che la strada indicata da Cappelletti – quanto meno in tema di tutela dell'ambiente – è ancora in buona parte da compiere.

Bibliografia

- ARMANNO M., *La garanzia dell'elettorato passivo: Corte costituzionale e Parlamento (ancora) alla ricerca di strumenti adeguati di tutela giurisdizionale*, in *Dirittifondamentali.it*, III, 2021, p. 103 ss.
- CAPPELLETTI M., *Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study*, in *Michigan law review*, LXXIII, 1975, p. 793 ss.
- CAPPELLETTI M., *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, 1994.
- CAPPELLETTI M., *Giustizia, accesso alla*, voce in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 1994, ora in https://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla-giustizia_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29.
- CECCHETTI M., *Il contenzioso pre-elettorale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di), *La giustizia elettorale. Atti del Seminario svoltosi a Firenze*, 16 novembre 2012, Napoli, 2013, p. 5 ss.
- FERRARIS V., *I diritti di accesso alla giustizia*, in S. ANASTASIA, V. CALDERONE, L. FANOLI (a cura di), *L'articolo 3. Primo rapporto sullo stato dei diritti in Italia*, Roma, 2014.
- FERRARI V., *La giustizia come bene comune*, in <https://www.areadg.it/congresso2017/intervento/relazione-introductiva-la-giustizia-come-bene-comune>.
- FIANO N., *Una nuova frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos*, 1, 2021.
- MORGIA M., *Ufficio per il processo, una opportunità o un rischio per la Giustizia?*, in *GiustiziaInsieme.it*.
- ONIDA V., *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *OsservatorioAIC.it*, 2, 2021, p. 130 ss.
- PINARDI R., *Costituzionalità "a termine" di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sent. n. 41 del 2021)*, in *Giurcost.org*, I, 2021.
- RUGGERI A., *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi*

con un anomalo “bilanciamento” tra un bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all’art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021), in GiustiziaInsieme.it.

SCACCIA G., *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2021.

SCARPA A., *L’attuazione dell’Ufficio per il processo (di cassazione): panacea o utopia?*, in *GiustiziaInsieme.it*.

TARLI BARBIERI G., *La necessaria ed auspicabile riforma della disciplina del contenzioso elettorale preparatorio riferito alle elezioni politiche a seguito della sent. 48/2021 della Corte costituzionale*, in *Giurcost.org*, II, 2021, p. 601 ss.

TRUCCO L., *Diritti politici fondamentali: la Corte spinge per ampliare ulteriormente la tutela (a margine della sent. n. 48 del 2021)*, in *Giurcost.org*, I, 2021.

ZAGREBELSKY V., *Nove anni come giudice italiano a Strasburgo*, in *Questione Giustizia*, 2019.

ZANON N., *Introduzione generale*, in M. D’AMICO, C. AMALFITANO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell’Università degli Studi di Milano a vent’anni dalla sua approvazione*, Giappichelli, Torino, 2022.

PARTE III

NUOVE SFIDE NELL'ACCESSO
ALLA GIUSTIZIA

INTRODUZIONE AL PANEL III
NUOVE SFIDE NELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

Nerina Boschiero

Il SD *Goal 16* dell'*Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile*, adottata nel 2015 da tutti gli Stati membri delle Nazioni Unite, e volto in generale a promuovere società pacifiche ed inclusive per lo sviluppo sostenibile del pianeta, espressamente menziona tra gli obbiettivi da raggiungere entro il 2030 quello universalmente condiviso di “*provide access to justice for all*”¹.

Recenti ricerche, iniziate nel 2019 sotto l’egida di alcuni governi, hanno evidenziato alcuni dati su cui è importante riflettere: sono più di 5 miliardi le persone nel mondo le cui esigenze di “giustizia” restano ancora ad oggi totalmente insoddisfatte. Questo impressionante *gap* nel panorama della “giustizia globale” riguarda, in particolare, 2 miliardi di persone impiegate nella c.d “informal economy”; 2.3 miliardi di persone che non possono provare di avere i necessari “titoli” giuridici attestanti la proprietà delle proprie abitazioni o delle terre che coltivano; 1 miliardo di persone private dei propri documenti di identità, cui si aggiungono infine circa 1.4 miliardi di persone che a vario titolo non riescono a soddisfare il fondamentale bisogno di proteggere i propri diritti civili e amministrativi, in particolare coloro cui è attribuito l’assai incerto status di “migrante”².

Quello di *accesso alla giustizia* è un concetto assai complesso e ampio, giustamente concepito dalle costituzioni degli Stati e dal diritto interna-

¹ <https://sdgs.un.org/goals>.

² <https://worldjusticeproject.org/world-justice-challenge-2021/access-justice-all>.

zionale contemporaneo come il *necessario* complemento processuale ai *diritti sostanziali* garantiti dai numerosi strumenti interni ed internazionali in materia di diritti dell'uomo. Nella sua specifica forma di "protezione giudiziaria", questo diritto si è evoluto nel senso di accogliere una nozione "ampia" che comprende due *distinte* forme di protezione per le vittime: il diritto a una *forma equa di processo* e il diritto a *rimedi effettivi*³.

Due precisazioni sono necessarie: il convegno organizzato dal Dipartimento di Eccellenza dell'Università degli Studi di Milano si concentra principalmente sul primo aspetto di questo diritto, inteso *in senso stretto* come il diritto ad un giudice, o a forme alternative di risoluzione dei contenziosi, in grado di rimediare a violazioni dei diritti individuali o collettivi risarcendo le vittime dei danni sofferti; in secondo luogo il panel che mi è stato chiesto di introdurre è specificamente volto a enucleare le "nuove sfide" ad un diritto tanto fondamentale da essere qualificato a livello del diritto internazionale generale addirittura come di natura cogente, come tale inderogabile.

A nostro avviso, accanto ai classici problemi che da sempre affliggono i sistemi giudiziari degli Stati (quali l'eccessiva lunghezza dei processi, gli alti costi da sopportare per portare all'attenzione di una corte le proprie istanze, norme procedurali restrittive che non consentono alle vittime di avvalersi dell'aiuto di organizzazioni non governative, sindacati o altri enti nazionali che possono concretamente aiutare in particolare le comunità storicamente sotto-rappresentate), le attuali nuove sfide che la comunità internazionale è chiamata a fronteggiare sono essenzialmente legate ad una triplice crisi che ha investito praticamente tutti i sistemi giuridici del mondo.

Si tratta *in primis* della crescente erosione a livello globale della *rule of law*, espressione con la quale comunemente ci si riferisce ad un sistema solido e "durevole" di leggi, istituzioni, norme e impegni comuni, idoneo a "responsabilizzare" sia i governi che gli attori privati con riguardo alla

³ Per una recente indagine sul tema dell'accesso alla giustizia, ci sia consentito rinviare a N. BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù. Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'Agenda delle Nazioni Unite 2030*, Torino, 2021, p. 66 ss.

protezione dei diritti fondamentali dell'uomo. Un sistema che, necessariamente, richiede istituzioni effettive, trasparenti e responsabili, in grado di difendere le libertà fondamentali, provvedere alla sicurezza pubblica, inclusa la salute pubblica, votate a favorire lo sviluppo e la prosperità delle comunità nazionali. Una delle condizioni più importanti per lo stabilimento della “*rule of law*” consiste nell’*effettivo* accesso alla giustizia, che interessa trasversalmente il diritto civile, penale e amministrativo⁴.

Il *Goal 16* dell’Agenda 2030 è precisamente frutto della diffusa, e difficilmente refutabile, convinzione che nei paesi in cui maggiore è il rispetto per la *rule of law* e l’aderenza a forme di *good governance*, minore è l’incidenza di mortalità (materna ed infantile in particolare) così come l’incidenza di malattie croniche, corruzione, frodi e sprechi di pubbliche risorse. Negli ultimi due anni, *The World Justice Project Rule of Law Index*⁵, la più autorevole fonte di dati originali e indipendenti sulla *rule of law*, ricavati da indagini condotte su 139 paesi e giurisdizioni, ha evidenziato un consistente declino nei punteggi assegnati a fattori chiave, quali la “limitazioni ai poteri governativi”, i “diritti fondamentali” e l’“assenza di corruzione”. Tre aree di indagine particolarmente suscettibili di erosione durante situazioni di crisi e di emergenza⁵.

Emergenza è la parola chiave che ci introduce alle altre due crisi, strettamente interconnesse alla prima sopra richiamata. Si tratta precisamente della pandemia di Covid-19 che ha colpito il mondo intero, determinando una crisi globale della salute pubblica (senza precedenti negli ultimi decenni), che ha largamente minato la capacità degli Stati di reagire prontamente ed efficacemente con adeguate misure di recupero, e che in alcuni casi ha addirittura portato alla drammatica rottura del contratto sociale con i cittadini e alla perdita di fiducia nelle istituzioni. Ci sono pochi dubbi sul fatto che la recente pandemia abbia influito negativamente su poteri legislativi già debilitati e su infrastrutture inadeguate, rafforzando trend negativi che a loro volta hanno reso ancora più difficile

⁴ Effective access to justice, 2017, Directorate General for Internal Policies Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU\(2017\)596818_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/596818/IPOL_STU(2017)596818_EN.pdf).

⁵ WJP Rule of Law Index 2021, <https://worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2021>.

superare la crisi sanitaria stessa. All'intersezione di queste due crisi (della *rule of law* e della salute pubblica) se ne è inserita una terza: la peggior crisi economica globale a far data dalla grande depressione dei primi decenni del secolo scorso.

Fedeli, come siamo, ad un approccio basato sui diritti umani e alla connessa promessa fatta con l'Agenda 2030 "*of leaving no one behind*", ci pare incontrovertibile osservare come questa imponente crisi economica, aggravata da pesanti incertezze sugli approvvigionamenti energetici necessari per muovere il commercio del mondo, abbia sospinto di nuovo milioni di persone nella povertà, talvolta estrema, privandole delle sicurezze di base per una vita dignitosa (una casa/rifugio, un impiego non precario, le cure necessarie per restare in vita). La recente pandemia e la pesantissima recessione economica che l'ha accompagnata non hanno solo messo a dura prova la capacità dei sistemi giudiziari (tanto dei paesi sotto sviluppati quanto di quelli in via di sviluppo o pienamente sviluppati) di farsi carico dei problemi e dei diritti delle persone, in più di un caso minacciati da misure legislative o decreti di emergenza, o dal fatto che molte di queste istituzioni giudiziarie hanno funzionato e continuano funzionare a capacità molto ridotta, causa pandemia o cronico sotto-finanziamento. A nostro modesto avviso, queste crisi interconnesse hanno anche sollevato un problema più grande: come e con quali strumenti affrontare la crescente domanda di accesso ad una "giustizia economica" avanzata da quella consistente parte della popolazione del mondo che ancora vive in condizioni di estrema insicurezza e fragilità, sovente peggiorata dal fatto di essere costretta a vivere in ambienti altamente insalubri, caratterizzati da un alto degrado ambientale.

Povertà ed esclusione sono intimamente correlate. E questo vale anche per l'accesso alla giustizia, che dovrebbe in ultima analisi garantire protezione normativa e rimedi adeguati a tutti. In aggiunta il diritto di accesso alla giustizia è essenziale per sradicare la povertà (il primo *Goal* dell'Agenda 2030) e promuovere lo sviluppo umano. Per rendere tale diritto effettivo, e superare le numerose sfide che ne minano il pieno godimento, occorre *in primis* eliminare le discriminazioni che affliggono i poveri e le parti più svantaggiate e vulnerabili della popolazione, le prime vittime di violazioni anche gravissime (sfruttamento economico e sessuale, violenze, torture, uccisioni). L'accesso alla giustizia ci pare infatti potersi qualifica-

re come il *primo strumento* per difendere tutti gli altri diritti fondamentali delle persone.

Solo rispondendo alle domande di giustizia, predisponendo meccanismi di *accountability* e procedure semplici mediante le quali consentire a tutti di far valere i propri diritti, si può rafforzare la democrazia, rendendola davvero funzionante, eliminare le diseguaglianze e gli squilibri di potere spesso alla base di politiche commerciali, economiche o di salute, che mirano a proteggere determinati settori della società a scapito di altri. Certo, non si tratta solo di assicurare una doverosa protezione giuridica per restituire alla parola “giustizia” il suo significato più pregnante. Altri rimedi si rendono spesso necessari, di carattere sia amministrativo che politico o sociale. Ciò implica la necessità di adottare oltre ad approccio “*human rights-based*”⁶, anche un approccio multidisciplinare che tenga conto di tutte le barriere (oltre che giuridiche, istituzionali, politiche o socio-culturali) che si frappongono alla *accessibilità* a sistemi giudiziari indipendenti e imparziali e all’opportunità di avere, tutti, un processo giusto ed equo (*fair and just trial*). L’accessibilità è il necessario pre-requisito della giustizia.

Sullo sfondo di questo ragionamento resta, inoltre, sempre lo spettro peggiore: quello dato da situazioni di conflitto, o di minaccia di imminenti conflitti armati. Non si tratta solo dell’ovvia constatazione che spesso molti dei conflitti che funestano ampie zone del globo trovano la propria ragione, o quanto meno una delle principali ragioni, nel collasso (reale o percepito) dei sistemi di giustizia dei paesi interessati, dai quali tanto gli individui che gruppi non riescono ad ottenere rimedi per le violazioni subite. Laddove, la politica, le istituzioni o la giustizia marginalizzano segmenti, anche importanti, della popolazione il ricorso alla violenza diventa una opzione a disposizione per realizzare coercitivamente i propri diritti negati. E anche laddove il malfunzionamento del sistema giuridico non sia di per sé la causa principale del conflitto, è indubbio che in tempo di guerra il sistema giudiziario e giuridico dei paesi interessati è

⁶ United Nations Development Programme (UNDP) and Commission for the Legal Empowerment of the Poor, *Making the Law Work for Everyone*, 2008, vol 1, pp. 4–6; UNDP, *Programming for Justice: Access for All A Practitioner’s Guide to a Human Rights-Based Approach to Access to Justice*, 2003.

inevitabilmente destinato progressivamente a non essere più in grado di far fronte efficacemente alle numerose ingiustizie che porta la guerra. Tra le principali sfide che incontra l'accesso alla giustizia restano, sempre e sommamente, il perseguimento della pace e tutti gli sforzi necessari per scongiurare ulteriori scenari di guerra, quali quelli che purtroppo in questo preciso momento si affacciano pericolosamente anche alle porte dell'Europa. Non c'è giustizia senza pace. Non c'è pace senza giustizia.

I contributi di questo panel si concentrano su alcuni profili di questa amplissima tematica. Virginia Cecchini Manara affronta il problema dell'accesso alla giustizia dopo l'introduzione nel nostro ordinamento del Jobs Act che ha introdotto la determinazione "certa" dell'indennità monetaria in caso di licenziamento illegittimo dei lavoratori mediante un sistema rigido di calcolo forfettario. Il suo contributo si sviluppa sulle coordinate teoriche dell'analisi economica del diritto, attraverso la cui lente l'Autrice propone una lettura della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale italiana. Con questa decisione, il più importante organo di garanzia costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge nel nostro paese, senza per altro arrivare a ripristinare una tutela restitutoria, ha tuttavia sancito l'illegittimità incostituzionale del rigido sistema di calcolo dell'indennità forfettaria prevista a favore del lavoratore licenziato dal decreto del 2015. In questo modo, la Corte ha restituito sostituito un costo "certo" del licenziamento illegittimo con un costo "incerto", restituendo discrezionalità al giudice, operando un opportuno ribilanciamento degli interessi in gioco che, lungi dal configurarsi come "fonte di inefficienza", è giudicato dall'Autrice idoneo a garantire una più equa composizione delle controversie, se non addirittura un più alto livello di investimenti in capitale umano.

Giada Ragone analizza la portata innovativa dell'istituto dell'*amicus curiae* recentemente introdotto (nel gennaio 2021) dalla Corte costituzionale italiana, in virtù del novellato art. 4-ter delle Norme integrative per i giudici davanti alla medesima Corte, sottolineandone la portata positiva, in quanto strumento che consente alla Corte di valorizzare il ruolo delle parti in via incidentale e di aprire la stessa al dialogo con il mondo esterno. Il nuovo articolo consente alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali portatori di interessi diffusi o collettivi attinenti alla questione portata in giudizio, di presentare brevi opinioni scritte che

possano aiutare la Corte a meglio comprendere o valutare il caso a lei sottoposto. Gli amici *curiae* hanno uno *status* processuale diverso da quello dei terzi intervenienti nel processo, differendo la *ratio* del loro coinvolgimento nel processo. L'Autrice traccia un primo bilancio della prassi attuativa dell'istituto, rilevando come le opinioni ammesse provengano da soggetti disparati (dal Garante nazionale delle persone private della loro libertà nazionale, da associazioni di categoria, associazioni di giuristi, onlus, sindacati, comitati di zona, e così via); ma, anche, come al momento non siano ancora emersi dati certi rilevabili da questa prassi dai quali poter desumere i criteri in base ai quali la Corte ha escluso (per contro) numerosi altri soggetti, ritenuti "non idonei" o portatori di "argomenti inadeguati". Ne risulta un'incertezza quanto all'ammissibilità degli *amici curiae* ammissibili. L'autrice inquadra poi l'istituto in questione mettendo giustamente in luce la sua idoneità a dare una "relativa" rappresentanza a diritti e interessi che, presentandosi come "diffusi" o "frammentati" (quali sono tipicamente i diritti dei consumatori e quelli relativi alla conservazione dell'ambiente), resterebbero completamente esclusi dalla tutela giurisdizionale ove si negasse l'accesso alla giustizia ai soggetti "collettivi" portatori o titolari di tali interessi. L'autrice correttamente rileva come l'istituto dell'*amicus curiae* si distingua nettamente da altri strumenti, ben più efficaci (come le class actions o il riconoscimento del diritto di azione in alcuni ambiti ad organizzazioni non governative, associazioni di categoria o altri soggetti collettivi). Gli "amici" infatti non sono ammessi come parti processuali, essendo loro solo concesso di mettere agli atti la propria sintetica opinione scritta. Ciò nondimeno l'Autrice esattamente conclude nel senso che la scelta operata dal legislatore italiano di attribuire tale facoltà a soggetti portatori di interessi collettivi e diffusi, vada nell'opportuna direzione di dare visibilità in giudizio anche a queste categorie di interessi, che diversamente non avrebbero alcuno spazio di visibilità nel sindacato di costituzionalità.

Pasquale Pantalone, commentando una decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del febbraio 2020, analizza un principio molto interessante espresso dalla giurisprudenza amministrativa italiana: l'ammissibilità della tutela di interessi collettivi e diffusi, dunque appartenenti ad una pluralità indistinta di soggetti ed attinenti a beni non suscettibili di fruizione differenziata. L'Autore applica il principio dell'accesso alla

giustizia amministrativa allo specifico interesse diffuso alla tutela dell'ambiente, traendone conclusioni molto convincenti in relazione allo spinoso problema della proiezione "intergenerazionale" della problematica ambientale. La tendenza a valorizzare una dimensione "oggettiva" della tutela ambientale, piuttosto che il soggetto legittimato ad agire in giudizio, rende in effetti molto più facilmente *giustiziabili* i doveri di protezione ambientale, da parte di soggetti esistenti, finalizzati al soddisfacimento degli interessi delle generazioni future. Questo principio, letto unitamente al principio dello Sviluppo Sostenibile, è suscettibile di rendere concreto il concetto di giustizia intergenerazionale (la giustizia per le generazioni future), evitando forzature giuridiche quali quelle consistenti nel prevedere diritti in capo alla "natura" o a soggetti non ancora venuti ad esistenza.

Giulia Vallar analizza dal punto di vista del diritto internazionale privato vigente in Italia il problema della giurisdizione internazionale in materia di *Corporate Social Responsibility*, consistente nell'insieme di obblighi gravanti sulle imprese al fine di imporre loro il rispetto dell'ambiente e dei diritti umani. L'analisi prende l'abbrivio dalla descrizione delle norme in materia di giurisdizione contenute nel regolamento Bruxelles I-bis, nella convenzione di Lugano del 2007, e nella legge italiana n. 218/1995, per concludere (come pacificamente riconosciuto in dottrina) che tali norme non prendono in adeguata considerazione la struttura delle imprese multinazionali, offrendo pertanto una tutela inadeguata alle vittime di violazioni commesse da tali imprese. Il contributo prosegue con l'analisi di alcune recenti iniziative legislative volte a rafforzare la responsabilità delle imprese e la loro diligenza dovuta. L'autrice analizza quindi l'iniziale proposta formulata dal Parlamento europeo nel settembre 2020 volta a promuovere l'adozione di un futuro strumento europeo (che potrebbe assumere la forma di una direttiva o di un regolamento) sul dovere di diligenza e responsabilità delle imprese, e le modifiche ivi suggerite da apportare tanto al regolamento Bruxelles I-bis che al regolamento Roma II, per scongiurare il rischio di un diniego di giustizia alle vittime di violazioni di diritti umani. Questa proposta iniziale è stata successivamente modificata e riformulata nella Risoluzione del Parlamento europeo del marzo 2021, per altro ancora al vaglio della Commissione europea. La seconda iniziativa esaminata riguarda una Raccomandazione avanzata dal

Gruppo Europeo di Diritto Internazionale Privato (GEDIP) nell'ottobre 2021, alla Commissione europea, sugli aspetti internazionalprivatistici del futuro strumento europeo sul dovere di diligenza e responsabilità delle imprese volta ad allargare la possibilità di convenire in giudizio davanti alle corti europee le imprese che si sono rese responsabili di violazioni di diritti umani. Il terzo strumento analizzato, sotto il profilo della giurisdizione, riguarda la versione più recente di un progetto (la cui origine data al giugno del 2014) di un trattato delle Nazioni Unite (dunque uno strumento internazionale giuridicamente vincolante per gli Stati) volto a disciplinare le attività delle società e delle imprese transnazionali. Il contributo utilmente evidenzia l'importanza delle norme di diritto internazionale privato e processuale al fine di assicurare una tutela efficace ai diritti sostanziali protetti⁷.

Luigi Crema parimenti analizza nel proprio contributo il problema del diniego di giustizia dato dal parziale o mancato accesso a rimedi giudiziari o quasi giudiziari che caratterizza il diritto internazionale degli investimenti. Il ragionamento svolto dall'Autore riguarda l'inadeguatezza tanto dell'ordinamento nazionale che dell'ordinamento internazionale a garantire giustizia per gli investimenti transnazionali, e si struttura in due parti in cui vengono brevemente analizzate due specifiche controversie: il recente caso ICSID *Lion v. Messico*, decisione resa nel 2021, e il ben noto caso *Chevron/Texaco* che ha dato origine a innumerevoli procedimenti giudiziari. Il primo arbitrato si segnala per l'affermazione che il diniego di giustizia nel diritto internazionale degli investimenti debba sempre intendersi come "procedurale", non potendo la giustizia internazionale configurarsi come un appello "sul merito" dell'operato del giudice interno. Ne risulta una sorprendente disconnessione tra ingiustizia "procedurale" e tutela "sostanziale". Commentando la seconda controversia, il caso *Chevron/Texaco*, l'Autore mette in luce il limite intrinseco della giurisdizione arbitrale, chiamata solo a giudicare della violazione (o non violazione) delle norme pattizie poste a tutela degli investitori privati, essendole per contro preclusa la possibilità di sanzionare l'illecita condotta dei privati coinvolti in una controversia relativa alla violazione di altre norme del diritto internazionale, quali ad esempio quelle poste a protezione del diritto dell'am-

⁷ Sul punto vedi da ultimo N. BOSCHIERO, *op. cit.*, pp. 224-305.

biente. Il lodo reso nel caso *Chevron* risulta emblematico sotto questo profilo, posto che il tribunale arbitrale ha sì condannato lo Stato dell'investimento per violazione delle norme poste a tutela dell'investitore privato ma, al contempo, non ha potuto entrare nel merito del danno provocato dalla stessa impresa transnazionale che ha gravemente inquinato la foresta amazzonica, perforandola e scavandola per decenni al fine di realizzare pozzi petroliferi e bacini di smaltimento, con ingentissimi danni all'ambiente e alla popolazione indigena locale. Il contributo si chiude con alcune brevi riflessioni sull'apparente impossibilità di uscire dal paradosso di avere giurisdizioni arbitrali impossibilitate a giudicare, oltre che il presunto diniego di giustizia lamentato dall'investitore, anche le gravissime violazioni dal medesimo commesse ai danni dell'ambiente e delle popolazioni indigene interessate.

CAPITOLO 1

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E TUTELA DEI LAVORATORI DOPO IL *JOBS ACT*: LA *RATIO* ECONOMICA DELLA SENTENZA N. 194 DEL 2018 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Virginia Cecchini Manara

SOMMARIO: 1. Introduzione: la sentenza n. 194 del 2018 nel contesto della riforma italiana. – 2. Un cambio di prospettiva: il contratto di lavoro all'interno dell'impresa e non come una relazione di mercato. – 3. Differenze tra mercato e impresa: la lezione di Coase. – 4. Caratteristiche degli agenti e delle transazioni. – 4.1. La razionalità limitata. – 4.2. L'opportunità. – 4.3. La specificità delle risorse. – 5. Allocazione dei diritti di decisione, ricontrattazione e incentivi all'investimento. – 6. Licenziamento e ricontrattazione: il ruolo della discrezionalità del giudice. – Bibliografia.

1. Introduzione: la sentenza n. 194 del 2018 nel contesto della riforma italiana.

Nell'ultimo decennio, una grande ondata di deregolamentazione ha trasformato il panorama europeo della protezione del lavoro, che era considerato troppo rigido¹, anche in risposta alla crisi finanziaria ed economica, come evidenziato tra gli altri da Muller² e da Heyes e Lewis³.

¹ Per una rassegna, si veda I. SCHÖMANN, *Labour law reforms in Europe: adjusting employment protection legislation for the worse?*, Working Paper 2014/02, European Trade Union Institute.

² A. MULLER, *Employment protection legislation tested by the economic crisis. A global review of the regulation of collective dismissals for economic reasons*, Dialogue in Brief No. 3, Geneva, International Labour Office (2011).

³ J. HEYES, P. LEWIS, *Relied upon for the heavy lifting: can employment protection legis-*

La logica di queste riforme può essere trovata nella tesi che un alto livello di protezione dell'occupazione fosse la causa della disoccupazione e della segmentazione del mercato, poiché i datori di lavoro evitano di assumere nuovi dipendenti con contratti a tempo indeterminato in conseguenza di costi del licenziamento alti e incerti. Ne consegue che ridurre i costi di licenziamento e renderli più prevedibili per i datori di lavoro dovrebbe avere effetti benefici in termini di occupazione.

Anche se le evidenze relative a questa affermazione non sono univoche e non vi sono, ad oggi, dati empirici incontrastati a favore di queste tesi, la narrazione secondo la quale le protezioni dei lavoratori erano la causa principale di un alto tasso di disoccupazione ha guadagnato un crescente consenso e ha ispirato diverse riforme in tutta Europa, soprattutto alla luce della teoria di alcuni esponenti della *Law and Economics*, tra cui Blanchard e Tirole⁴ e Pietro Ichino in Italia⁵.

La retorica che ha portato alla riforma italiana corrisponde esattamente alla tesi secondo cui era necessario indebolire le protezioni dal licenziamento illegittimo per «rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell'art. 1, comma 7, legge n. 183 del 2014).

In quest'ottica il legislatore italiano è intervenuto più volte, nel quinquennio 2010-2015, a scoraggiare il ricorso in giudizio in caso di licenziamento illegittimo, come ricostruito, tra gli altri, da Martelloni⁶.

In particolare, la protezione dei lavoratori licenziati ingiustamente, iconicamente rappresentata dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970) che prevedeva una tutela reale con la reintegrazione nel posto di lavoro, è stata indebolita dapprima con la "Riforma Fornero"

lation reforms lead the EU out of the jobs crisis?, in *Industrial Relations Journal*, 46(2), 2015, pp. 81-99.

⁴ O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement. La documentation française* [English version: O. BLANCHARD J. TIROLE, *Contours of employment protection reform*, MIT Working Paper, Nov. 2003].

⁵ P. ICHINO, *Last Labour Reforms in Italy*, CESifo DICE Report, 14(3), 2016, pp. 52-58.

⁶ F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *Lav. e dir.*, 2, 2019, p. 263 ss.

(legge n. 92/2012) che ha circoscritto la reintegrazione a ipotesi determinate e ridimensionato la tutela risarcitoria, e infine attraverso il “*Jobs Act*” (legge n. 183/2014, d.lgs. n. 23/2015) che ha limitato la tutela reintegratoria a ipotesi eccezionali, ha diminuito l’importo della compensazione economica, affidandola a un calcolo automatico e non al giudice, e ha inoltre offerto la possibilità di un accordo conciliativo più conveniente per entrambe le parti⁷. Il “Decreto Dignità” (d.l. n. 87/2018, legge n. 96/2018) è intervenuto in favore dei lavoratori elevando le misure minima e massima dell’indennità prevista, ma senza modificarne il sistema di calcolo forfettario e rigidamente predeterminato in base all’anzianità di servizio.

Come evidenziato da Del Punta⁸, nel disegno del legislatore era importante che l’importo dell’indennità risarcitoria fosse reso più certo e predeterminabile dal datore di lavoro, tramite l’applicazione di un criterio automatico di risarcimento.

Su questo è infine intervenuta la Sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale del rigido sistema di calcolo dell’indennità forfettaria previsto dal decreto del 2015⁹, restituendo al giudice il potere di decidere discrezionalmente sull’entità dell’indennizzo: i giudici dovranno tenere conto «*innanzitutto dell’anzianità di servizio*», ma anche di altri criteri, «*desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell’attività economica, comportamento e condizioni delle parti)*».

La sentenza in esame non ha dunque ripristinato la tutela restitutoria ma ha restituito discrezionalità al giudice, sostituendo il costo certo del licenziamento illegittimo con un costo variabile e dunque incerto¹⁰.

⁷ Per una discussione completa, si faccia riferimento a R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, XI ed., Milano, 2019, cap. XI.

⁸ R. DEL PUNTA, *op. cit.*, pp. 690-691.

⁹ La sentenza ha dichiarato incostituzionale l’art. 3 comma 1 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 – sia nel testo originario sia nel testo modificato dal d.l. 12 luglio 2018, n. 87 – limitatamente alle parole «*di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio*».

¹⁰ Su questo si veda in particolare M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. e dir.*, 2, 2019.

In questo modo non viene meno il passaggio dalla reintegrazione (tutela restitutoria) alla tutela risarcitoria-monetaria, ma cade il meccanismo automatico dell'indennizzo, che era stato giustificato dell'idea che un costo certo del licenziamento (*firing cost*) aiutasse le imprese ad assumere di più: come ha sottolineato tra gli altri Martelloni¹¹, il *Jobs Act* era una normativa espressamente orientata a incentivare nuove assunzioni, tramite la predeterminazione del costo di un licenziamento illegittimo.

La Corte ha riconosciuto che, in relazione ai licenziamenti ingiustificati, gli artt. 4 e 35 Cost. possono avere diversi paradigmi attuativi, e sono quindi compatibili sia con la reintegrazione che con il rimedio economico; ha tuttavia dichiarato incostituzionale la rigida previsione di una indennità fissa e crescente solo in base all'anzianità di servizio, ribadendo l'esigenza di bilanciare i contrapposti interessi in gioco e ristabilendo a tal fine la "prudente discrezionale valutazione del giudice" basata su molteplici criteri.

Questo ritorno alla discrezionalità del giudice ripristina un'incertezza che potrebbe sembrare contraria a ragioni di efficienza economica, e tuttavia essa comporta un *bilanciamento degli interessi in gioco*¹² che può condurre a un miglioramento non solo dell'equità ma anche dell'efficienza. Garantire l'accesso al giudice in caso di licenziamento ingiusto non costituisce infatti un mero miglioramento in termini di giustizia, ma induce le parti in gioco a una contrattazione più equa, che si traduce in un maggiore incentivo a investire in capitale umano da parte dei lavoratori. In sintesi, l'argomento che intendo proporre è che il ricorso al giudice può funzionare in questo contesto come una credibile minaccia che induce le parti a rivelare le informazioni in loro possesso, con la conseguenza che il processo di ricontrattazione in caso di licenziamento conduce a un esito più equo ed efficiente.

¹¹ F. MARTELLONI, *op. cit.*

¹² Proprio in questa direzione, la Corte ha riconosciuto «*che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro*» (9.1); che «*il risarcimento, dunque, ancorché non necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, deve essere necessariamente equilibrato*» (12.1); e infine che «*la disposizione censurata comprime l'interesse del lavoratore in misura eccessiva, al punto da risultare incompatibile con il principio di ragionevolezza*» (12.3).

2. *Un cambio di prospettiva: il contratto di lavoro all'interno dell'impresa e non come una relazione di mercato.*

Per affermare questo, è necessario un cambio di prospettiva che consenta di considerare la disciplina del licenziamento non come un problema di relazioni di mercato, ma come una questione che riguarda relazioni di lungo periodo all'interno di organizzazione gerarchiche (imprese) dove gli investimenti specifici hanno un valore, come già suggerito con un'analoga interpretazione da Lorenzo Sacconi¹³.

Se infatti da un lato numerosi modelli e alcuni studi empirici sostengono che vi sia una relazione tra regolamentazione dei licenziamenti e riduzione dei flussi occupazionali¹⁴, dall'altro lato una maggiore protezione dei lavoratori non sembra avere effetti sul tasso di occupazione e disoccupazione e potrebbe perfino determinare effetti negativi sulla crescita e lo sviluppo economico in quanto ostacolerebbe la riallocazione dei lavoratori da imprese a bassa produttività a imprese ad alta produttività.

Inoltre, come è stato recentemente evidenziato dall'OCSE¹⁵, la produttività del lavoro non è solo determinata dalla riallocazione dei lavoratori sul mercato ma anche dalla crescita della produttività *all'interno* dell'azienda, che dipende da investimenti specifici e innovazione in una data azienda ed è quindi collegata a relazioni di lungo periodo.

Esistono invero studi che dimostrano come gli investimenti specifici in capitale umano siano collegati con il livello di protezione dell'occupazione: i lavoratori investono in competenze specifiche per il loro lavoro in una determinata impresa o relazione contrattuale quando il regime di

¹³ L. SACCONI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act: (non)equità e (in)efficienza dell'impresa*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino 2015.

¹⁴ S. BENTOLILA, G. BERTOLA, *Firing costs and labour demand: How bad is Euro sclerosis?*, in *Review of Economic Studies*, vol. 57/3, 1990, pp. 381-402; P. GARIBALDI, *Job flow dynamics and firing restrictions*, in *European Economic Review*, vol. 42/2, 1998, pp. 245-275; D. MORTENSEN, C. PISSARIDES, *Job creation and job destruction in the theory of unemployment*, in *Review of Economic Studies*, vol. 61/3, 1994, pp. 397-415; S. NICKELL, *Fixed costs, employment and labour demand over the cycle*, in *Economica*, vol. 45/180, 1978, pp. 329-345.

¹⁵ OECD Employment Outlook 2020.

protezione dell'occupazione è abbastanza alto (come accadeva in Europa continentale), mentre nei contesti in cui tale protezione è bassa (ad es. negli Stati Uniti) i lavoratori preferiscono investire in competenze generali e non specifiche¹⁶.

L'attenzione agli investimenti specifici in capitale umano conduce a prendere in esame le riflessioni degli studiosi di *New Institutional Economics* che hanno ripensato al contratto di lavoro non solo in termini di "mercato" ma come un'istituzione interna all'impresa, caratterizzata da contratti incompleti, investimenti specifici e allocazione di autorità.

Organizzare la produzione tramite un'impresa può rivelarsi più efficiente rispetto alla scelta del mercato in contesti determinati dalla presenza di costi transattivi, la cui rilevanza è stata approfondita dall'*economia dei costi di transazione*¹⁷. La *teoria dei diritti di proprietà*¹⁸ ha poi sottolineato come la proprietà delle risorse fisiche dell'impresa ne determini il potere di controllo nelle decisioni non definite contrattualmente (diritti residuali di controllo), influenzando sugli incentivi dei contraenti a realizzare investimenti specifici. Assegnare la proprietà delle risorse fisiche a un contraente aumenta i suoi incentivi ad investire, riducendo al tempo stesso quelli dell'altra parte contrattuale: tale *trade-off* determina l'allocazione efficiente delle risorse fisiche, cioè i "confini" ottimali dell'impresa.

In questo capitolo intendiamo offrire una breve panoramica sui principali risultati di questa ampia letteratura, con particolare enfasi sui concetti relativi agli investimenti specifici in capitale umano, a partire dall'intuizione originaria di Ronald Coase sulla natura dell'impresa.

I passaggi logici più salienti sono i seguenti: in ragione dei costi di contrattazione di mercato, gli agenti economici sono portati a rinunciare a

¹⁶M. ESTEVEZ, T. IVERSEN, D. SOSKICE, *Social Protection and the Formation of Skills: A Reinterpretation of the Welfare State*, in P. HALL, D. SOSKICE (a cura di), *Varieties of capitalism: The institutional foundations of comparative advantage*, Oxford, 2001, pp. 145-83; E. WASMER, *General versus Specific Skills in Labor Markets with Search Frictions and Firing Costs*, in *American Economic Review*, 96(3), 2006, pp. 811-831.

¹⁷*Transaction Cost Economics* (TCE): per un'introduzione, si veda O. WILLIAMSON, S. MASTEN, *Transaction Cost Economics*, Aldershot, UK, 1995.

¹⁸La "*Property Rights Theory of the Firm*" comprende in particolare il cosiddetto "modello GHM" sviluppato da Grossman, Hart e Moore.

transazioni mutuamente vantaggiose per proteggersi dallo sfruttamento potenzialmente attuato dalla controparte. Poiché non è possibile scrivere contratti completi per disciplinare queste transazioni, diventa rilevante l'allocazione dei diritti di decisione per tutti i casi non contemplati dai contratti.

3. *Differenze tra mercato e impresa: la lezione di Coase.*

Nell'ambito della teoria economica neoclassica «*l'impresa è un'entità individuale*», con «*una funzione obiettivo, il profitto, [da] massimizzare sotto i vincoli imposti dalle sue capacità tecnologiche*»¹⁹. Rispetto a questa concezione *tecnologica* dell'impresa come "scatola nera", la teoria di stampo neo-istituzionalista ha cercato di dare una spiegazione più approfondita ed analitica, intendendo tale istituzione piuttosto come una struttura di governo delle transazioni economiche.

L'impresa è stata infatti studiata non solo come un attore economico che svolge la funzione produttiva, e i cui confini sono determinati dalla tecnologia, ma come un'istituzione alternativa al mercato, ovvero uno strumento di organizzazione economica che può rivelarsi più efficiente in determinati contesti.

L'intuizione originaria che ha portato ad approfondire la natura dell'impresa è stata espressa da Coase nell'articolo "*The Nature of the Firm*", nel quale egli intendeva indagare le ragioni per le quali in un'economia avanzata emerge l'impresa²⁰: poiché il corretto funzionamento del meccanismo dei prezzi, cioè del mercato, comporta dei costi, può essere profittevole istituire un'impresa, cioè un'organizzazione gerarchica fondata sulla pianificazione e sull'autorità.

I costi per organizzare la produzione attraverso il meccanismo dei prezzi comprendono anzitutto il costo per scoprire quali sono i prezzi rilevanti, in quanto una delle ipotesi dell'equilibrio di mercato è che tutti i prezzi rilevanti siano conosciuti da tutti gli individui.

¹⁹ D. KREPS, *A course in microeconomic theory*, Princeton, 1990, p. 279.

²⁰ "Our task is to attempt to discover why a firm emerges at all in a specialised exchange economy", R. COASE, *The Nature of the Firm in Economica*, New Series, vol. 4, No. 16 (Nov. 19379), p. 390.

In secondo luogo, vi sono i costi di negoziazione e di conclusione di un contratto separato per ogni singola transazione di scambio che avviene sul mercato. Quando c'è un'impresa, i contratti non vengono eliminati ma vengono largamente ridotti: numerosi contratti vengono sostituiti da uno solo, in cui il fattore di produzione accetta, per una determinata remunerazione (fissa o variabile), di obbedire alle direttive di un imprenditore *entro certi limiti*. L'essenza del contratto è che esso deve solo fissare i limiti ai poteri dell'imprenditore. All'interno di questi limiti, egli può quindi dirigere gli altri fattori della produzione.

Un ulteriore svantaggio del meccanismo dei prezzi è legato ai limiti dei contratti di breve periodo rispetto a determinati scopi: si potrebbe infatti desiderare un contratto di lunga durata per la fornitura di un bene o servizio, in quanto un unico contratto per un periodo più lungo, al posto di molti contratti più brevi, consente di evitare i costi di concludere ciascun contratto. Oppure perché, a causa dell'attitudine al rischio delle persone coinvolte, esse potrebbero preferire un contratto di lungo termine piuttosto di uno di breve termine. Ora, a causa della difficoltà di fare previsioni, *«più lungo è il periodo contrattuale di fornitura della merce o del servizio, meno possibile e in verità desiderabile è per l'acquirente specificare cosa ci si aspetta dall'altra parte contrattuale. [...] Quando la destinazione delle risorse (entro certi limiti del contratto) dipende dal compratore nel modo descritto, si ottiene una relazione che io chiamo un' "impresa"»*²¹.

L'impresa è quindi un'organizzazione produttiva alternativa al mercato, costituita da relazioni fra diversi agenti economici che in presenza di alti costi di transazione connessi con l'uso del mercato costituiscono un sistema più efficiente di quest'ultimo. D'altra parte, gestire le transazioni all'interno dell'impresa comporta dei costi di organizzazione.

Coase vede, quindi, la produzione come un problema di scelta tra differenti forme di coordinamento dei fattori produttivi (ed ambienti istituzionali): il meccanismo dei prezzi, cioè delle transazioni di mercato (rappresentato da contratti a breve termine) e l'impresa. I contratti sono affetti dai costi d'uso del meccanismo di mercato (costi transattivi); l'impresa riduce i costi delle transazioni di mercato, grazie alla sua più rilevante caratteristica, cioè l'autorità, ma comporta costi di organizzazione.

²¹ R. COASE, *op. cit.*, p. 392.

4. *Caratteristiche degli agenti e delle transazioni.*

Per comprendere quali differenze ci sono tra transazioni nel contesto di un'impresa e di un mercato è necessario approfondire gli attributi delle transazioni (in particolare la condizione di specificità delle risorse) e degli agenti coinvolti (caratterizzati da razionalità limitata e opportunismo).

La scelta della struttura di governo delle transazioni risulta fortemente influenzata da queste ipotesi, in quanto mira a scegliere il modo di organizzazione economica che può economizzare sulla razionalità limitata salvaguardando contemporaneamente le transazioni dai rischi di opportunismo.

4.1. *La razionalità limitata.*

La visione tradizionale dell'impresa come funzione di produzione ammette tipicamente l'ipotesi non realistica di agenti perfettamente razionali. Appare tuttavia più interessante sviluppare modelli che tengano in conto la limitatezza della capacità di raccogliere informazioni e della capacità computazionale degli esseri umani in situazioni reali di notevole complessità. La teoria neo-istituzionalista accetta l'assunzione che il comportamento degli individui sia razionale, nelle intenzioni, ma di fatto limitatamente tale, come suggerito dai lavori di Herbert Simon: le teorie della razionalità limitata descrivono agenti caratterizzati da limiti nel formulare e risolvere problemi complessi e anche nel ricevere, elaborare, immagazzinare, recuperare e trasmettere informazioni.

La *Transaction Cost Economics*²² ha elaborato l'implicazione per cui, a causa della razionalità limitata degli agenti, tutti i contratti complessi sono inevitabilmente incompleti, cioè non indicano le obbligazioni delle parti in alcuni stati del mondo e specificano queste obbligazioni in modo vago o ambiguo in altri stati del mondo.

Scrivere un contratto completo, cioè che contenga clausole dettagliate rispetto a tutte le possibili contingenze future, risulta infatti troppo costoso.

I contratti nella realtà non sono completi in conseguenza di tre ele-

²²In particolare O. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, 1975.

menti: *contingenze impreviste* (le parti non sono in grado di prevedere *ex ante* gli stati del mondo futuri, in quanto non si preoccupano di eventi lontani oppure non hanno conoscenza sufficiente o hanno limitate capacità logiche per fare deduzioni a partire dalla loro base di conoscenza); *costi di scrittura dei contratti* (anche se fosse possibile prevedere tutte le contingenze, potrebbe risultare troppo oneroso negoziare rispetto ad esse e scriverle in un contratto); *costi di applicazione (enforcement) dei contratti* (anche ammettendo che le parti possano pianificare e negoziare su eventi futuri, è molto difficile che esse giungano a scrivere contratti tali da rendere le contingenze e le azioni contrattate verificabili *ex post* da terzi, in caso di un'eventuale contesa successiva).

Per effetto di queste tre tipologie di costi di contrattazione, le parti stipulano contratti incompleti, che saranno oggetto di modifica e/o rinegoziazione.

Poiché con il procedere del tempo l'incertezza scompare e le parti possono osservare gli stati del mondo che si verificano effettivamente, modificando di conseguenza i termini del contratto, ci si potrebbe domandare per quale motivo l'incompletezza contrattuale sia rilevante. La risposta è che il processo di rinegoziazione è costoso, non solo per la perdita di tempo e di risorse connessa alla ricontrattazione e per le inefficienze derivanti da asimmetrie informative, ma soprattutto per le ipotesi aggiuntive di opportunismo e specificità delle risorse.

4.2. *L'opportunismo.*

La seconda assunzione sul comportamento degli agenti economici è rappresentata dall'opportunismo, che estende la tradizionale ipotesi di auto-interesse e generalizza il concetto di azzardo morale proposto da Knight²³, comprendendo un ampio insieme di comportamenti economici di cui la selezione avversa e l'azzardo morale sono casi particolari. Gli agenti sono opportunisti in quanto perseguono finalità egoistiche con astuzia: ciò significa che qualora sia possibile e vantaggioso venire meno a un accordo, gli individui sfrutteranno questa opportunità.

L'opportunismo discende da due ipotesi: da un lato, le decisioni indi-

²³ F.H. KNIGHT, *Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston, 1921.

viduali avvengono in contesti strategici (i risultati ottenuti da ciascun agente dipendono anche dalle decisioni degli altri ed essi scelgono quindi le proprie azioni prevedendo il comportamento altrui; vi è inoltre conoscenza comune di tale interdipendenza e reciproca previsione); dall'altro, l'ambito in cui avvengono le transazioni ammette la possibilità di venire meno agli accordi presi, in quanto non esiste un potere esterno in grado di imporli, ed essi saranno effettivamente rispettati solo se ciò è nell'interesse degli agenti²⁴.

A questo riguardo Williamson²⁵ parla di «*incertezza di tipo strategico*», in quanto l'opportunismo costituisce una causa di incertezze «*di comportamento*» nelle transazioni economiche. Klein, Crawford e Alchian²⁶ hanno analizzato la possibilità di comportamento opportunistico post-contrattuale come un particolare costo di utilizzo del mercato da tenere in considerazione.

4.3. *La specificità delle risorse.*

Per comprendere la rilevanza dell'impresa come forma di organizzazione economica, è necessario considerare le situazioni in cui la razionalità limitata e l'opportunismo si presentano congiuntamente alla condizione di specificità delle risorse (o *idiosincronicità*).

Una risorsa si dice *specifica* quando, usata congiuntamente a un'altra risorsa particolare, ha una produttività maggiore di quella che avrebbe se fosse associata a una risorsa diversa.

La specificità delle risorse ha origine in un contesto intertemporale. Gli agenti possono scegliere fra investimenti specifici e investimenti poli-

²⁴ «Poiché gli agenti non manifestano le proprie informazioni con veracità e non rispettano le promesse spontaneamente, i contratti sono mere promesse: se non sono supportati da impegni credibili, risulteranno *non self-enforcing*». O.E. WILLIAMSON, *The New Institutional Economics: taking stock, looking ahead*, in *Journal of Economic Literature*, 38(3), 2000, pp. 595-613.

²⁵ O.E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985.

²⁶ B. KLEIN, R.G. CRAWFORD, A. ALCHIAN, *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 21, No. 2 (Oct. 1978), pp. 297-326.

valenti: i primi consentono di realizzare risparmi di costi e la relazione tra le parti produce un *surplus* rispetto ad altre possibili relazioni, ma creano valore solo se essa si perpetua nel tempo, mentre lo annulla nel momento in cui le parti cessano di interagire. Essi sono dunque rischiosi perché, in caso di interruzione della relazione, le risorse specializzate non si possono recuperare senza sacrificarne parte del valore produttivo. Il *surplus* generato rispetto all'insieme dei costi, che ciascuno dei partecipanti sostiene per prendere parte allo scambio, è legato alla realizzazione di transazioni con specifici interlocutori.

Gli investimenti polivalenti non danno luogo alle stesse difficoltà: gli agenti possono in ogni momento decidere di intraprendere una relazione con un altro *partner*, senza diminuire il valore delle proprie risorse.

Gli esempi di investimenti specifici comprendono: la scelta di localizzare gli impianti di un'impresa in prossimità di quelli del *partner* (specificità *localizzativa*); la decisione del produttore di investire in catene di montaggio che incorporino senza fatica i componenti prodotti dal fornitore, o viceversa la decisione del fornitore di studiare tecnologie volte al contenimento dei costi di produzione delle componenti destinate a un produttore, ma non agli altri produttori presenti sul mercato (specificità *delle risorse fisiche*); l'investimento in formazione di un lavoratore per specializzarsi in compiti caratteristici di processi produttivi in un'impresa (specificità *delle risorse umane*).

La specificità delle risorse è la causa di quella che è designata come la "*trasformazione fondamentale*": una condizione iniziale caratterizzata da molti partecipanti (concorrenza *ex ante*) si trasforma in una condizione caratterizzata da pochi partecipanti durante l'esecuzione del contratto e in occasione dei rinnovi contrattuali (concorrenza *ex post*).

Prima di un investimento specifico, un agente può trarre beneficio da qualsiasi relazione di scambio sul mercato; invece *ex post* esso crea valore solo all'interno di una determinata relazione: all'investimento viene infatti attribuita una quasi-rendita, cioè un maggior valore rispetto agli usi alternativi.

La possibilità di fare investimenti specifici non risulterebbe problematica se gli individui avessero razionalità perfetta (che consente di prevedere *ex ante* tutte le possibili eventualità future e scrivere un contratto completo) e non fossero opportunisti.

La compresenza di questi tre elementi richiede che le transazioni siano gestite attraverso meccanismi diversi dal mercato, per evitare che la controparte possa sfruttare il fatto che gli investimenti specifici non avrebbero lo stesso valore in relazioni con altri agenti.

5. *Allocazione dei diritti di decisione, ricontrattazione e incentivi all'investimento.*

L'idea fondamentale della teoria dei diritti di proprietà è che l'impresa nasce come struttura di governo delle transazioni in contesti in cui gli individui non possono siglare contratti efficaci e dove conseguentemente le allocazioni di potere o di controllo divengono rilevanti²⁷.

L'incompletezza contrattuale implica che, al verificarsi di eventi imprevisi, sarà possibile rinegoziare i termini del contratto, dopo che gli agenti hanno effettuato investimenti specifici. Per l'ipotesi aggiuntiva di opportunismo, in tale ricontrattazione la parte dotata di potere si approprierà delle rendite *ex post*, proteggendo nel modo migliore il valore dei propri investimenti ed espropriando la controparte.

Poiché i partecipanti possono prevedere questo esito, gli incentivi degli agenti a intraprendere investimenti specifici risultano distorti e possono condurre a esiti sub-ottimali.

La "parte dotata di potere" è in questo caso l'agente a cui spettano le decisioni rilevanti per la valorizzazione dell'investimento; ciò che conferisce tale potere è la proprietà delle risorse, in quanto in contesti di incompletezza contrattuale è il proprietario colui che detiene il diritto di disporre nei casi non previsti *ex ante*: egli è titolare dei *diritti residuali di controllo*²⁸, ossia può decidere unilateralmente dell'utilizzo del bene in tutte le circostanze non regolamentate dal contratto, purché nel rispetto dei termini generali del medesimo, delle leggi e delle consuetudini. I di-

²⁷ O. HART, *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford, 1995.

²⁸ O. HART, *op. cit.*: in effetti, la titolarità dei diritti residuali di controllo è parte sostanziale della definizione del concetto di proprietà. Ciò si contrappone a un'altra e diffusa nozione di proprietà, che rappresenta la stessa come l'attribuzione del reddito residuale generato da un bene, piuttosto che dei suoi diritti residuali di controllo.

ritti residuali di controllo vertono infatti immediatamente sulla possibilità di escludere la controparte dalla possibilità di utilizzare le risorse fisiche o i mezzi di produzione, e quindi, per via della minaccia di esclusione, danno controllo sulle decisioni *ex ante* non contrattate.

Questa possibilità di decidere in modo discrezionale su ciò che il contratto non dice si chiama **autorità** ed è la caratteristica distintiva dell'impresa, che viene quindi a configurarsi come un sistema di governo unificato delle transazioni basato su relazioni gerarchiche.

Il concetto di autorità è stato formalizzato da Simon²⁹ a partire dalla distinzione tra contratto di mercato e contratto di lavoro³⁰ ed è stato ulteriormente approfondito da Arrow³¹, che ha esaminato l'impresa come insieme di relazioni gerarchiche basate sull'autorità³². Aghion e Tirole hanno analizzato la delega dei diritti di controllo residuale all'interno dell'impresa, distinguendo tra autorità reale e formale (legale)³³.

Poiché l'allocazione della proprietà delle risorse e i diritti di decisione

²⁹ H. SIMON, *A Formal Theory of the Employment Relationship*, in *Econometrica*, vol. 19, No. 3. (Jul. 1951), pp. 293-305.

³⁰ Nell'analisi delle condizioni alle quali uno risulta razionalmente preferibile all'altro, la presenza di incertezza riveste un ruolo chiave: la relazione gerarchica si rivela più conveniente nei casi in cui alcune contingenze (rilevanti per le prestazioni delle parti) non possano essere *ex ante* previste e quindi non sia possibile inserire clausole condizionali rispetto ad esse nel contratto, necessariamente incompleto. In questo caso, un contratto di lavoro subordinato ammette una maggiore flessibilità nell'adattare le prestazioni alle contingenze che si rivelano *ex post*.

³¹ K. ARROW, *The Limits of Organization*, New York, 1974.

³² Arrow ha spiegato l'efficienza relativa dell'impresa con la sua capacità di favorire il coordinamento tra diversi agenti all'interno di situazioni in cui l'azione congiunta tra i membri di un gruppo produce più che la loro azione separata (super-additività) e in cui il mercato non è in condizione di avvalersi di contratti completi.

³³ Essi sostengono che qualcuno con un'informazione superiore potrebbe avere potere effettivo, anche se non ha potere legale, poiché coloro che hanno il potere legale (i proprietari) seguono i suoi suggerimenti. In effetti, potrebbe essere nell'interesse dei proprietari creare un'asimmetria informativa, in modo tale che i subordinati esercitino potere, e possano dunque essere premiati per fare investimenti specifici alla relazione. Il costo di un simile meccanismo è che i subordinati a volte fanno azioni che non sono nell'interesse del proprietario; P. AGHION, J. TIROLE, *Formal and Real Authority in Organizations* in *The Journal of Political Economy*, vol. 105, No. 1 (Feb. 1997), pp. 1-29.

formali influiscono sugli investimenti delle parti, è interessante interrogarsi su quale sia la struttura di controllo che incentiva l'investimento ottimale.

La teoria dell'impresa neo-istituzionalista ha quindi analizzato le diverse allocazioni di diritti decisionali dal punto di vista dell'efficienza.

La soluzione più efficiente si otterrebbe in assenza di incompletezza contrattuale o di opportunismo, cioè in una condizione irrealistica che costituisce il caso di *benchmark* in cui ciascuna parte ha incentivi efficienti agli investimenti.

Poiché questo non è possibile, occorre accontentarsi di soluzioni di *second best* in cui la proprietà viene assegnata a quella parte che è responsabile dell'investimento essenziale alla realizzazione del *surplus*, la quale dovrebbe controllare le decisioni residuali non contrattabili che influiscono sull'incentivo a realizzare l'investimento e partecipare in modo preponderante all'appropriazione di tale *surplus*.

La struttura contrattuale dovrebbe assegnare alla parte più interessata al successo dell'impresa, e che ha investimenti più importanti a rischio in essa, il controllo sulle decisioni residuali, che diventeranno cruciali in caso di ricontrattazione.

Questa analisi è stata sviluppata nel modello intertemporale di Grossman-Hart-Moore³⁴ (GHM), che si articola nelle seguenti fasi:

- al tempo t_0 , due o più agenti sottoscrivono un contratto incompleto (in cui possono accordarsi per allocare ad una parte il diritto di decidere *ex post* e per remunerare le parti che cedono i propri diritti di controllo preesistenti);
- al tempo t_1 gli agenti decidono se fare investimenti specifici, che comportano un costo aggiuntivo ma consentiranno la creazione di un *surplus*;
- al tempo t_2 avvengono eventi impreveduti o non descritti dal contratto iniziale, che rendono possibili decisioni *ex ante* non contrattate in grado di influire sulla realizzazione o meno del valore degli investimenti specifici;
- al tempo t_3 il contratto è rinegoziato, a partire dallo *status quo* fissato nel contratto iniziale. In particolare, chi detiene la proprietà delle ri-

³⁴ S. GROSSMAN, O. HART, *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, in *The Journal of Political Economy*, vol. 94, No. 4 (Aug. 1986), pp. 691-719; O. HART, J. MOORE, *Property Rights and the Nature of the Firm*, in *The Journal of Political Economy*, vol. 98, No. 6 (Dec. 1990), pp. 1119-1158.

sose può minacciare gli altri di escluderli dallo scambio o di interrompere la relazione, appropriandosi delle rendite prodotte dagli investimenti specifici. L'esito della ricontrattazione è perciò influenzato in modo essenziale da chi dispone dei diritti residuali di controllo.

Secondo Masahiko Aoki³⁵, tutti i soggetti che partecipano alla costituzione di un'impresa, ovvero i detentori delle risorse che la costituiscono – risorse umane, finanziarie e fisiche – possono potenzialmente ottenere dei benefici dalla loro partecipazione alle attività d'impresa. Tuttavia, i loro interessi nella divisione dei benefici economici derivanti dalle attività associative sono, allo stesso tempo, parzialmente in opposizione.

Sono quindi necessarie regole di base condivisibili su come gli interessi di coloro che apportano risorse all'impresa debbano essere mediati e regolati in termini di rispettivi diritti e doveri.

Questo diventa particolarmente rilevante nelle situazioni in cui non vi sia un solo investimento essenziale, ma il risultato dipenda dall'interazione tra diversi beni essenziali.

Come ulteriormente evidenziato da Sacconi, «*il problema della natura legittima dell'autorità nell'impresa viene però in rilievo se si considera che il caso più diffuso non può essere considerato quello di un singolo investimento specifico, cui corrisponde il controllo unilaterale da parte di chi ne è responsabile*», ma quello di «*investimenti specifici molteplici tra loro interdipendenti e su risorse tra loro complementari (nel senso che un investimento è valorizzato dall'investimento complementare)*»³⁶.

6. Licenziamento e ricontrattazione: il ruolo della discrezionalità del giudice.

Se si considera l'impresa come un'organizzazione in cui investimenti molteplici e complementari concorrono alla creazione di benefici per tut-

³⁵ M. AOKI, *Corporations in Evolving Diversity*, Oxford, 2010.

³⁶ L. SACCONI, *La riforma della disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act: (non)equità e (in)efficienza dell'impresa*, in M.T. CARINCI, A. TURSÌ (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015.

to coloro che apportano risorse (fisiche, finanziarie e umane), i quali tuttavia hanno interessi in parziale conflitto, come suggerito da Aoki, appare evidente che la determinazione fissa del costo di licenziamento può andare a favore del datore di lavoro, ma allo stesso tempo lede gli interessi del lavoratore e soprattutto ne riduce gli incentivi a investire, con conseguenze negative per l'impresa stessa.

In questo contesto il licenziamento ingiusto appare come un abuso di autorità³⁷ non solo quando avvenga per motivi discriminatori, ma anche quando sia un modo per escludere una parte (il lavoratore) dalla equa distribuzione dei benefici generati per mezzo di una produzione congiunta, sul quale vi sia un conflitto distributivo.

L'allocazione dell'autorità è giustificata da ragioni di efficienza, con particolare riferimento agli incentivi a investire, ed è accompagnata dai diritti residuali di controllo, che si concretano sia nella possibilità di prendere le decisioni residuali (quelle relativamente alle quali il contratto è incompleto) sia nel diritto a ottenere il residuo, cioè il guadagno aggiuntivo che avanza, in positivo o negativo, dopo che gli altri fattori della produzione sono stati remunerati.

Se alla parte dotata di autorità è concesso tale diritto al residuo, le parti che cedono autorità (e quindi in modo evidente il lavoratore dipendente) ottengono in cambio una remunerazione certa e un'aspettativa futura di non essere esclusi arbitrariamente dall'impresa, né di subire l'incertezza – che viene invece assunta dalla parte che detiene il controllo e l'autorità.

Questa impostazione, con l'allocazione dei diritti residuali di controllo e del rischio d'impresa, non esclude tuttavia una ricontrattazione *ex post*, che avviene cioè alla luce di eventi inizialmente non previsti o non contrattati. Quando l'incertezza iniziale si risolve, è possibile che le parti ricontrattino le loro rispettive posizioni e le loro richieste rispetto alla distribuzione dei benefici che l'attività d'impresa ha generato.

Il problema a questo punto è che il loro potere contrattuale è fortemente influenzato dallo *status quo* della ricontrattazione, ovvero dall'opzione di uscita: diventa dunque rilevante ciò che le parti possono ottenere

³⁷ L. SACCONI, *Etica degli affari. Individui, imprese e mercati nella prospettiva dell'etica razionale*, Milano, 1991; L. SACCONI, *Economia, etica e organizzazione*, Roma-Bari, 1997.

in caso di interruzione della relazione, poiché da questo dipende l'esito della contrattazione; i risultati dell'azione comune saranno suddivisi tra coloro che hanno contribuito a realizzarli non tanto sulla base del loro effettivo contributo, quanto sul valore della loro opzione di uscita.

Se da un lato il datore di lavoro ha la possibilità di mantenere le risorse materiali e immateriali, fisiche e finanziarie, dell'impresa ed escludere il lavoratore licenziandolo, il lavoratore che venga ingiustamente escluso dalla relazione di lavoro si trova in una posizione con scarso potere contrattuale, a meno che intervengano altre istituzioni – come la tutela dai licenziamenti – a rendere la sua posizione più forte. È importante sottolineare come lo *status quo* della contrattazione non coincida con il suo esito, ma ne costituisca il punto di partenza: a seconda di ciò che possono minacciare di fare o non fare in caso di non accordo, le parti potranno raggiungere un accordo più o meno equo, a seconda che il punto di partenza sia più o meno bilanciato o asimmetrico.

In questo senso, un meccanismo certo e automatico di indennizzo monetario, peraltro modesto, in caso di licenziamento ingiusto indebolisce la posizione del lavoratore, il quale sarà indotto a subire l'eventuale comportamento opportunistico del datore di lavoro che, dotato di autorità, può abusare di questo potere, espropriando gli investimenti specifici degli altri.

Al contrario, la possibilità di minacciare un ricorso al giudice, con l'alea associata a questo intervento, modifica il valore atteso dell'opzione di uscita per entrambe le parti, e le induce di conseguenza a contrattare sulla base del valore dei loro investimenti, informazione che soltanto loro detengono e che né il giudice né il legislatore possono ottenere.

Ne consegue che l'incertezza legata all'intervento del giudice non costituisce una fonte di inefficienza ma garantisce al contrario una composizione delle controversie più equa e in grado di sostenere un più alto livello di investimenti in capitale umano.

Nei fatti, già prima dell'introduzione del meccanismo automatico di determinazione dell'indennità da licenziamento illegittimo, i casi che raggiungevano il giudice erano molto limitati, perché le parti erano capaci di raggiungere un accordo nel reciproco interesse.

Qual è dunque il ruolo del giudice, che la sentenza in esame ha reintegrato? La possibilità per il lavoratore di accedere a una corte modifica la po-

sizione negoziale della parte più debole, riequilibrando le opzioni di uscita nella contrattazione tra le parti e dunque inducendole ad accordarsi su condizioni migliori per entrambe, rivelando le informazioni in loro possesso, per evitare che la decisione finale sull'indennità dovuta sia presa dal giudice, chiaramente meno informato delle parti sul valore dei loro investimenti. Esso rappresenta una minaccia che induce le parti a raggiungere un accordo mutuamente vantaggioso, e dunque in conclusione la possibilità di accedere al giudice, anche se non corrisponde con un effettivo ricorso in giudizio, consente al lavoratore di ottenere un trattamento giusto, che tenga conto del suo contributo ai benefici economici generati dall'impresa di cui fa parte.

Bibliografia

- AGHION P., TIROLE J., *Formal and Real Authority in Organizations*, in *The Journal of Political Economy*, vol. 105, No. 1, Feb. 1997, pp. 1-29.
- AOKI M., *Corporations in Evolving Diversity*, Oxford, 2010.
- ARROW K., *The Limits of Organizations*, New York, 1974.
- BALLESTRERO M.V., *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*, in *Lav. e dir.*, 2, 2019.
- BENTOLILA S., BERTOLA G., *Firing costs and labour demand: How bad is Euro-sclerosis?*, in *Review of Economic Studies*, vol. 57/3, 1990, pp. 381-402.
- BLANCHARD O., TIROLE J., *Protection de l'emploi et procédures de licenciement. La documentation française*. (English version: O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Contours of employment protection reform*. MIT Working Paper, Nov. 2003).
- COASE R., *The Nature of the Firm* in *Economica*, New Series, vol. 4, No. 16, Nov.1937, pp. 386-405.
- DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, XI ed., Milano, 2019.
- ESTEVEZ M., IVERSEN T., SOSKICE D., *Social Protection and the Formation of Skills: A Reinterpretation of the Welfare State*, in P. HALL, D. SOSKICE (a cura di), *Varieties of capitalism: The institutional foundations of comparative advantage*, Oxford, 2001, pp. 145-83.
- GARIBALDI P., *Job flow dynamics and firing restrictions*, in *European Economic Review*, vol. 42/2, 1998, pp. 245-275.
- GROSSMAN S., HART O., *The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration*, in *The Journal of Political Economy*, vol. 94, No. 4, Aug. 1986, pp. 691-719.

- HART O., *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford, 1995.
- HART O., MOORE J., *Property Rights and the Nature of the Firm*, in *The Journal of Political Economy*, vol. 98, No. 6, Dec. 1990, pp. 1119-1158.
- HEYES J., LEWIS P., *Relied upon for the heavy lifting: can employment protection legislation reforms lead the EU out of the jobs crisis?*, in *Industrial Relations Journal*, 46(2), 2015, pp. 81-99.
- ICHINO P., *Last Labour Reforms in Italy*, CESifo DICE Report, 14(3), 2016, pp. 52-58.
- KLEIN B., CRAWFORD R.G., ALCHIAN A., *Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process* in *Journal of Law and Economics*, vol. 21, No. 2, Oct. 1978, pp. 297-326.
- KNIGHT F.H., *Risk, Uncertainty, and Profit*, Boston (1921).
- KREPS D., *A course in microeconomic theory*, Princeton 1990.
- MARTELLONI F., *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *Lav. e dir.*, 2, 2019, p. 263 ss.
- MORTENSEN D., PISSARIDES C., *Job creation and job destruction in the theory of unemployment*, in *Review of Economic Studies*, vol. 61/3, 1994, pp. 397-415.
- MULLER A., *Employment protection legislation tested by the economic crisis. A global review of the regulation of collective dismissals for economic reasons*, Dialogue in Brief No. 3, Geneva, International Labour Office, 2011.
- NICKELL S., *Fixed costs, employment and labour demand over the cycle*, in *Economica*, vol. 45/180, 1978, pp. 329-345.
- OECD, *OECD Employment Outlook 2020: Worker Security and the COVID-19 Crisis*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/1686c758-en>.
- SACCONI L., *Etica degli affari. Individui, imprese e mercati nella prospettiva dell'etica razionale*, Milano, 1991.
- SACCONI L., *Economia, etica e organizzazione*, Roma-Bari, 1997.
- SACCONI L., *La riforma della disciplina dei licenziamenti nel Jobs Act: (non)equità e (in)efficienza dell'impresa*, in M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015.
- SCHÖMANN I., *Labour law reforms in Europe: adjusting employment protection legislation for the worse?*, Working Paper 2014/02, European Trade Union Institute.
- SIMON H., *A Formal Theory of the Employment Relationship*, in *Econometrica*, vol. 19, No. 3., Jul. 1951, pp. 293-305.
- WASMER E., *General versus Specific Skills in Labor Markets with Search Frictions and Firing Costs*, in *American Economic Review*, 96(3), 2006, pp. 811-831.
- WILLIAMSON O.E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, New York, 1975.

- WILLIAMSON O.E., *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, 1985.
- WILLIAMSON O.E., *The New Institutional Economics: taking stock, looking ahead*,
in *Journal of Economic Literature*, 38(3), 2000, pp. 595-613.
- WILLIAMSON O.E., MASTEN S., *Transaction Cost Economics*, Aldershot, 1995.

CAPITOLO 2

“SULLO SPARTIACQUE TRA PARTE
E PARTECIPAZIONE”: L’APERTURA DELLA CORTE
COSTITUZIONALE ALL’*AMICUS CURIAE* TRA
PRIME APPLICAZIONI E PROSPETTIVE FUTURE

Giada Ragone

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le “porte strette” dell’accesso al sindacato di costituzionalità. – 3. La riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020. – 4. “Sullo spartiacque tra parte e partecipazione”: l’istituto dell’*amicus curiae*. – 5. A quasi due anni dell’entrata in vigore delle nuove Norme Integrative: uno sguardo alle prime applicazioni dell’art. 4-ter (ora art. 6). – 6. Considerazioni conclusive tra *amicus curiae*, *access to justice* e prospettive future. – Bibliografia.

1. *Introduzione.*

L’argomento oggetto della presente relazione incrocia e attraversa questioni e problematiche nodali della giustizia costituzionale italiana. La discussione circa la portata innovativa dell’introduzione dell’*amicus curiae* si colloca, infatti, nella più ampia tematica della «*natura intrinsecamente ambigua del processo costituzionale*»¹ e in quella, strettamente connessa, del ruolo delle parti processuali.

Come è noto, il sindacato di costituzionalità, sebbene rispondente anche all’esigenza della tutela dei diritti dei singoli, è però «*costruito prevalentemente sull’interesse all’eliminazione della legge incostituzionale*»² e, dunque, alla salva-

¹ Così M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 4, 2020, p. 123.

² G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 176.

guardia della legittimità dell'ordinamento. Ciò ha condotto a classificarlo come "obiettivo" e, soprattutto in passato, a dubitare della possibilità di parlarne come di un vero e proprio processo.

Invero, si tratta di una questione ormai quasi del tutto superata, dal momento che gli approdi più recenti tendono ad affermare che «*il processo costituzionale è un processo, benché sui generis*»³ e a riconoscerne il carattere anche giurisdizionale. Tuttavia non può negarsi che l'asserita specificità, assieme alla tendenza svalutativa verso gli istituti processualistici che ha caratterizzato per anni il dibattito dottrinale, abbiano ancora effetti piuttosto evidenti sulle concrete modalità di realizzazione del processo costituzionale. Basti pensare all'annoso tema dell'attuazione del principio del contraddittorio nel sindacato di legittimità, alle problematiche inerenti all'istruttoria costituzionale (di recente tornate di grande attualità)⁴, nonché alla marginalità del ruolo delle parti processuali (e del loro diritto di difesa oltre che di accesso) dinanzi al Giudice delle leggi.

Lo spazio di un saggio non consente di approfondire tutte le tematiche menzionate ma, come si avrà modo di sottolineare, l'istituto dell'*amicus curiae* segna un'importante novità in relazione a ciascuna di esse. In questa sede ci si soffermerà in particolare sulla idoneità dell'istituto *ex art. 4-ter* N.I. (ora art. 6)⁵ a fungere da contrappeso alle strettoie che caratterizzano l'accesso al giudizio di costituzionalità⁶.

³T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nei giudizi sulla legge*, Milano, 1997, p. 11. Similmente A. RUGGERI, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2011.

⁴Sul ritorno di attualità dei poteri istruttori della Corte sia consentito rimandare a G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.

⁵Nelle more della pubblicazione del presente contributo è entrata in vigore un'ulteriore riforma delle Norme Integrative, successiva a quella del 2020 che ha portato all'istituto dell'*amicus curiae*. La riforma del 2021, pubblicata in G.U. n. 262 del 3 novembre 2021, – oltre ad aver introdotto il processo costituzionale telematico – ha modificato la numerazione di vari articoli. L'art. 4-ter "*Amici curiae*" inserito nelle N.I. tramite delibera della Corte costituzionale del gennaio 2020 corrisponde attualmente all'art. 6 del testo da poco in vigore.

⁶Descritte nella relazione introduttiva al convegno di cui si riportano gli atti dal

2. Le “porte strette” dell’accesso al sindacato di costituzionalità.

È opinione diffusa in dottrina che «le porte strette dell’accesso al giudizio sulle leggi»⁷ siano uno dei tratti caratterizzanti del modello di giustizia costituzionale italiano⁸. Notoriamente, infatti, le questioni possono essere portate all’attenzione della Corte da un organo giudicante, nell’ambito di un giudizio in corso, ovvero con ricorso in via d’azione, facoltà però riservata esclusivamente a Stato, Regioni e Province autonome.

Non esiste, invece, come avviene ad esempio in Spagna con il *recurso de amparo* o in Germania con la *Verfassungsbeschwerde*, uno strumento di ricorso diretto da parte dei cittadini⁹, e numerose sono le strettoie alla partecipazione dei terzi¹⁰. Mentre nei giudizi in via incidentale questi ultimi sono stati solo recentemente ammessi ad intervenire – a patto che si tratti di soggetti «*titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio*» –, per ciò che concerne il giudizio in via principale, è consolidato l’orientamento della Corte volto ad escludere la loro ammissibilità, potendo stare in giudizio (oltre alla parte ricorrente) il solo titolare della potestà legislativa il cui esercizio sia oggetto di contestazione¹¹.

Giudice Costituzionale Nicolò Zanon, ne danno ampio conto in questo volume Stefania Leone e Costanza Nardocci nel loro contributo scritto.

⁷ Così T. GROPPI, *La Corte e “la gente”: uno sguardo “dal basso” all’accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 409.

⁸ Per un’approfondita disamina dei limiti all’accesso al controllo di costituzionalità cfr. P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *I limiti all’accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, p. 679 ss.

⁹ La maggior parte delle riflessioni sulla necessità di introdurre una qualche forma di ricorso diretto si «*collegano ai difetti dell’accesso incidentale, in primis all’esistenza di strettoie derivanti specialmente dalla impossibilità o difficoltà di una applicazione in un giudizio, al punto che, si dice, “nessun problema nascerebbe se tutte le leggi fossero tali da poter trovare tutela di fronte a un giudice e da poter essere da questi disapplicate, ma in realtà non è così”*» (T. GROPPI, *La Corte e “la gente”*, cit., p. 417).

¹⁰ Neppure è previsto uno strumento di ricorso diretto per gli enti locali.

¹¹ *Ex plurimis*, cfr. sent. cost. nn. 265, 129, 103, 80, 59, 51 del 2006 e n. 469, 383 e n. 336 del 2005.

Le ragioni che storicamente giustificano tali limitazioni sono molteplici. Se in relazione alla mancata previsione di un ricorso individuale diretto, è stata richiamata la necessità di evitare che il Giudice delle leggi sia investito di un «*eccessivo numero di questioni*»¹², più in generale, è stato affermato che, dal momento che il giudizio costituzionale è considerato principalmente “obiettivo”, la presenza della parte privata «*non risulta necessaria ai fini non solo dello svolgimento, ma anche della conclusione del processo costituzionale*»¹³.

Ciò non di meno, larga parte della dottrina è concorde nel sostenere che le strettoie all’accesso e il marginale ruolo delle parti nel giudizio sulla legge costituiscano elementi di estrema criticità del nostro sistema di giustizia costituzionale. Si è messo, in particolare, in evidenza come, nell’ambito della giustizia costituzionale, il diritto di azione in giudizio sancito dall’art. 24, comma 1, Cost., sia garantito solo in maniera indiretta¹⁴ al cittadino, cui è garantito esclusivamente l’accesso al giudice comune. Lo stesso è a dirsi del diritto di difesa dei soggetti interessati dall’applicazione di leggi che si sospettano essere illegittime. Costoro «*sono titolari di un’iniziativa solo indiretta, essendo l’istanza di parte mediata dal filtro del giudice, il quale non necessariamente o comunque non sempre tiene in adeguata considerazione la posizione espressa da queste nel corso del giudizio principale*»¹⁵. Inoltre, minore è il numero di soggetti legittimati a stare in giudizio davanti alla Corte, minori sono gli apporti argomentativi che possono orientare la decisione dei giudici, a detrimento – *inter alia* – del principio del contraddittorio¹⁶.

¹²T. GROPPI, *La Corte e “la gente”*, cit., p. 410.

¹³M. D’AMICO, *Le incertezze dell’istruttoria nel giudizio costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 3, 2019.

¹⁴G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987.

¹⁵C. NARDOCCI, *Il “diritto” al giudice costituzionale*, Napoli, 2020, p. 287.

¹⁶In argomento, *ex multissimis*, cfr. R. ROMBOLI, *L’intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un’apertura del contraddittorio?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2613 ss.; V. ANGIOLINI (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998; L. CALIFANO, *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003; F. BENELLI, *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANE-

3. La riforma delle Norme Integrative del gennaio 2020.

Dei limiti poc'anzi richiamati è sembrata consapevole la stessa Corte costituzionale che con la riforma delle *Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*¹⁷ approvata a gennaio 2020 è parsa muoversi nella direzione di un arricchimento degli istituti processuali, oltreché in quella di una maggiore apertura verso le parti private.

Utilizzando il proprio potere di autoregolamentazione, la Corte ha anzitutto aperto all'intervento di formazioni sociali senza scopo di lucro e di soggetti istituzionali che siano portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione¹⁸. Costoro saranno ammessi ai sensi del nuovo art. 4-ter (ora art. 6) alla presentazione dei c.d. *amicus briefs*¹⁹,

SCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, p. 125 ss.

¹⁷ Il testo originario delle N.I. è stato approvato dalla Corte il 16 marzo 1956 (pubblicato in *G.U.* il 24 marzo 1956, n. 71, edizione speciale). Successivamente l'articolato era stato modificato con delibera del 7 ottobre 2008 (*G.U.* 7 novembre 2008, n. 261). Dopo quella del 2020, un'ulteriore riforma delle N.I. è stata deliberata il 22 luglio 2021 (*G.U.* n. 262 del 3 novembre 2021) e ha introdotto il processo costituzionale telematico.

¹⁸ V. art. 4-ter (ora art. 6) delle N.I.

¹⁹ Con questo termine, nella tradizione anglo-americana, sono indicate le opinioni presentate dagli *amicus curiae*. Sull'utilizzo di questo istituto nel contesto statunitense la letteratura è sterminata. *Ex multissimis*, cfr. H.A. ANDERSON, *Frenemies of the Court: the Many Faces of Amicus Curiae*, in *WU Law Digital Commons*, 2015, p. 361 ss.; S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, in *20 Constitutional Commentary*, 2003, p. 111 ss.; B. BARBISAN, *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, p. 107 ss.; P. BIANCHI, *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4750 ss.; P.M. COLLINS jr., *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, 2008; B.J. ENNIS, *Effective Amicus Briefs*, in *Catholic University Law Review*, 3, 1984, p. 603 ss.; S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, p. 694 ss.; A.O. LARSEN, *The trouble with Amicus Facts*, in *Virginia Law Review*, vol. 100, 2014, p. 1757 ss.; A. PIN, F. GENOVA, *The Duty to Disclose Adverse Precedents. The Spirit of the Common Law and Its Enemies*, in *Yale Journal of International Law*, 2, 2019, p. 239 ss.; L. SANDSTROM SIMARD, *An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, in *The Review of Litigation*, 27, 2008, p. 669 ss.; N. SANDULLI (a cura di), *Dottrina straniera e comparata. Numero speciale sull'amicus cu-*

ossia di brevi opinioni scritte finalizzate ad offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio.

In secondo luogo, la Corte ha disciplinato – nel contesto dei ricorsi in via incidentale – le modalità di accesso agli atti del giudizio da parte dei terzi intervenienti che, oltre alle parti di quel giudizio e al Presidente del Consiglio dei ministri (o al Presidente della Giunta regionale, nel caso di sindacato su legge regionale), potranno chiedere di intervenire, purché risultino essere soggetti titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato a quel giudizio²⁰.

Da ultimo, la Consulta è intervenuta sulla disciplina dei poteri istruttori con l'art. 14-*bis* (ora art. 17 N.I.), affermando esplicitamente la propria potestà di convocare esperti di chiara fama, qualora reputi necessario acquisire informazioni su specifiche discipline. In tal caso, il confronto con gli esperti si svolgerà in camera di consiglio, alla presenza delle parti del giudizio.

La riforma si è dunque mossa su una sorta di “triplo binario”²¹: il primo, l'istituzione dell'*amicus curiae*, la cui cifra caratteristica è quella di offrire un contributo che è al contempo «*argomentativo-collaborativo-partecipativo*»²²; il secondo, l'ammissione dell'intervento dei terzi interessati che, pur principalmente realizzato per rispondere all'esigenza di garantire il diritto di difesa, si presenta altresì idoneo ad arricchire il panorama delle vie d'accesso del fatto in Corte; il terzo, l'auto-attribuzione della facoltà di convocare esperti di chiara fama, che affina gli strumenti istruttori utilizzabili *ex officio* dal Giudice delle leggi.

Il risultato cui conducono le tre innovazioni nel loro insieme è la possibilità per un numero più ampio di soggetti (terzi, esperti e *amici curiae*)

riae, in Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato), Roma, 1990; R.W. SIMPSON, M.R. VASALY, *The Amicus Brief: How to be a Good Friend of the Court*, Chicago, 2004; S. TAI, *Friendly Science: Medical, Scientific, and Technical Amici before the Supreme Court*, in *Washington University Law Quarterly*, 78, 2000, p. 789 ss.

²⁰ Cfr. il nuovo art. 4-*bis* (ora art. 4, comma 3) N.I.

²¹ Soluzione alternativa a quella del “doppio binario” di cui si parla in T. GROPPI, *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 384.

²² *Ibidem*, p. 384.

di divenire in vario modo ufficiali interlocutori della Corte e per un più ampio numero di informazioni di raggiungere il collegio dei giudici. Il che consente indubbiamente di arricchire il panorama argomentativo a disposizione del Giudice delle leggi; inoltre è possibile che solleciti la ricerca di soluzioni al problema della lacunosità della disciplina del contraddittorio sostanziale, la quale si declina, ad esempio, nella mancanza nelle N.I. di «*qualunque norma che assicuri un ordinato “scambio” degli argomenti*»²³ ovvero nella «*assenza del diritto di replica*»²⁴ in fase di udienza.

Le modifiche appena descritte mettono in luce due tendenze che caratterizzano l’operato della Corte degli anni più recenti: una valorizzazione del ruolo delle parti nel giudizio in via incidentale²⁵ (già per via pretoria si era, infatti, consolidata la propensione ad ammettere soggetti terzi che fossero titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio²⁶) e l’anelito della Corte al dialogo col mondo esterno. Due tendenze che, invero, potrebbero considerarsi unitamente dal momento che – come scriveva già nel 1990 Marilisa D’Amico – «*il riconoscimento di differenti significati del ruolo della parte nel processo costituzionale dovrebbe avere come fine quello di permettere al giudice costituzionale di rimanere a contatto con i differenti bisogni della società che la posizione della parte può esprimere nelle sue diverse accezioni*»²⁷.

²³ G. FALCON, *La Corte costituzionale italiana e i suoi utenti*, in P. PASQUINO, B. RANDAZZO (a cura di), *La giustizia costituzionale italiana e i suoi utenti*, Milano, 2006, p. 128.

²⁴ *Ibidem*, p. 132.

²⁵ *Contra*, si potrebbe sostenere che invece sia stata positivizzata in testo normativo una prassi ancora troppo selettiva verso i terzi e che forse la Corte avrebbe potuto essere più audace.

²⁶ Tra gli esempi più recenti di questo trend giurisprudenziale cfr. sent. cost. nn. 180 del 2018; 217 del 2018 e 13 del 2019.

²⁷ Cfr. M. D’AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991, p. 169.

4. “Sullo spartiacque tra parte e partecipazione”: l’istituto dell’amicus curiae.

Dei tre istituti menzionati, quello disciplinato dall’art. 4-ter (ora art. 6) appare indubbiamente come il più innovativo²⁸. Esso consente alle formazioni sociali senza scopo di lucro e ai soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione in discussione, di essere ammessi alla presentazione di brevi opinioni scritte (massimo 25.000 caratteri) finalizzate ad offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio.

Come è stato rilevato in alcuni tra i primi commenti²⁹, agli amici cu-

²⁸ Gli esperti erano potenzialmente già convocabili (l’art. 13 della legge 11 marzo 1953, n. 87 consentiva già alla Corte di disporre l’audizione di testimoni) e i terzi erano già stati ammessi dalla più recente prassi giurisprudenziale. A riguardo, cfr. R. ROMBOLI, *I contenuti “non rivoluzionari” della riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 517 ss.

²⁹ Cfr. in particolare A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020. Tra gli altri commentatori, cfr. anche F. CLEMENTI, *Amici Curiae? A proposito delle recenti “Modificazioni alle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale”*, in *Il Mulino*, 9 marzo 2020; R. CONTI, *La Corte costituzionale aperta alla società civile. Intervista a Valerio Onida e Vladimiro Zagrebelsky*, in *Giustiziainsieme.it*, 4 aprile 2020; P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull’amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, 1, 2019, p. 120 ss.; M. D’AMICO, *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 4, 2020, p. 122 ss.; A. D’ATENA, *L’introduzione degli “amici curiae”: tra esigenze di radicamento, apertura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 491 ss.; M. ESPOSITO, *Note minime sulle ambiguità della figura dell’amicus curiae*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 501 ss.; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l’audizione di esperti di chiara fama*, in *SistemaPenale.it*, 23 gennaio 2020; T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *LaVoce.info*, 17 gennaio 2020; M. MANNETTI, *I “falsi amici” del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 505 ss.; C. MASCIOTTA, *Il ruolo dell’amicus curiae nelle decisioni nn. 32 e 33/2021*, Intervento al Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Milano 12 novembre 2021, in *www.gruppodipisa.it*; A. MOSCARINI, *Amicus curiae e giudizio incidentale nelle norme integrative sui giudizi dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2020, p. 508 ss.; G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecni-*

riae (che non possono essere singoli individui) è stato accordato uno statuto processuale diverso da quello dei terzi intervenienti poiché differente è la *ratio* alla base del loro coinvolgimento. Nel caso dei secondi, cioè di coloro che rappresentino un interesse qualificato, inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio, la facoltà di intervenire in giudizio risponde ad esigenze di garanzia del giusto processo e del diritto di difesa. Diversamente la partecipazione degli *amici curiae*, che possono esclusivamente depositare la propria memoria – non partecipano all’eventuale udienza pubblica e non possono ottenere copia degli atti –, «non è fondata sul diritto di difesa, ma su una facoltà accordata dal collegio in ragione del contributo che essi possono apportare al giudizio»³⁰. Del resto, è lo stesso tenore letterale delle N.I. a non lasciare dubbi circa il fatto che essi servano anzitutto lo scopo di offrire «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità»³¹ e che derivano (nella molteplice forma di fatti, dati e opinioni) «dalla loro esperienza “sul campo”, soprattutto in relazione ad aspetti pratici dell’applicazione delle norme»³² oggetto di sindacato³³. Ci si può per-

co-scientifica, cit., pp. 109-114 e 200-207; P. RIDOLA, *La Corte si apre all’ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, 2, 2020, p. IV ss.; M. ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *Verfassungsblog.de*, 15 febbraio 2020; A. SCHILLACI, *La “porta stretta”: qualche riflessione sull’apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in *Diritticomparati.it*, 31 gennaio 2020; C. TANI, *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinanzi alla Corte costituzionale*, in *La-Costituzione.info*, 18 febbraio 2020; L. VIOLINI, *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti del Terzo settore*, in *Vita*, 5 febbraio 2020; L. VIOLINI, *Consulta – Apre alla società civile: così l’aiuto di tutti aiuta a giudicare meglio*, in *IlSussidiario.net*, 14 gennaio 2020; A. VUOLO, *L’amicus curiae*, Relazione al Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Milano 12 novembre 2021, testo provvisorio, in *www.gruppodipisa.it*; G. ZAMPETTI, *Apertura del processo costituzionale e apertura del contraddittorio nel giudizio incidentale alla luce della riforma delle Norme integrative*, Intervento al Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Milano 12 novembre 2021, testo provvisorio, in *www.gruppodipisa.it*.

³⁰ A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amici curiae e esperti dalla porta principale*, cit.

³¹ Così art. 4-ter (ora art. 6), comma 3 N.I.

³² Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019, p. 4.

³³ Critico sulla necessità per la Corte di ricorrere a tal fine agli *amici curiae* è P. COSTANZO, *Brevi osservazioni sull’amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*,

tanto aspettare che «*per tale via possono pervenire alla Corte studi e ricerche di soggetti competenti che possano arricchire la documentazione di cui essa dispone*»³⁴.

Cionondimeno, sarebbe estremamente riduttivo considerare esaurito il ruolo degli “amici” della Corte entro la loro funzione di portatori di informazioni e saperi. Essi si collocano «*sullo spartiacque tra parte e partecipazione*»³⁵: non sono parti ma partecipano al processo offrendo alla Corte un contributo di conoscenza. E al contempo sono di parte, non potendosi certo assimilare agli esperti *consiliari* che nel diritto romano venivano invitati direttamente dai magistrati ad esprimere saggi e neutri consigli, svolgendo in certa misura l’attività oggi condotta dagli assistenti di studio dei giudici o dagli esperti di chiara fama convocabili *ex officio*³⁶. Piuttosto essi riflettono nel processo la dialettica presente nella società e rappresentano in giudizio, seppure per il solo tramite di una breve memoria, gli interessi diffusi di cui sono portatori. Quest’ultima funzione consente di leggere l’*amicus curiae*, altresì, come strumentale ad una maggiore implementazione, nel contesto del processo costituzionale, del principio dell’accesso alla giustizia. Si tratta, naturalmente, di una potenzialità che andrà verificata nel tempo, alla luce della pratica; ma che è già possibile scorgere.

cit., p. 121. L’Autore si chiede retoricamente se la Corte non abbia modo di avere comunque presenti le ulteriori ricadute concrete della legislazione che è chiamata a sindacare.

³⁴ M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell’intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, 1, 2017, p. 11.

³⁵ R. ROMBOLI, *L’intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un’apertura del contraddittorio?*, cit., p. 2613. Cfr. altresì A. CERRI, *Azione, difesa, partecipazione nel giudizio incidentale*, in AA.VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, p. 257.

³⁶ Similmente, presso le Corti inglesi medievali erano presenti dei giuristi, *serjeants-at-law*, che, pur presentandosi di propria sponte, offrivano informazioni ai giudici senza aver alcun interesse nella controversia, al solo fine di contribuire ad una migliore soluzione del caso.

5. *A quasi due anni dell'entrata in vigore delle nuove Norme Integrative: uno sguardo alle prime applicazioni dell'art. 4-ter (ora art. 6).*

Per tracciare un primo bilancio sulla prassi attuativa dell'istituto *ex art. 4-ter* (ora art. 6) N.I., occorre anzitutto offrire qualche dato numerico. Il sito della Consulta, nella sezione “Cancelleria”, ospita la pubblicazione dei decreti con cui il Presidente della Corte ha dichiarato l'ammissibilità delle opinioni presentate dagli *amici curiae* a partire dal 9 settembre 2020.

Al momento in cui si scrive³⁷, si tratta di 35 decreti, per mezzo dei quali sono state ammesse una sessantina di opinioni amicali³⁸. Di queste, 27 sono state ammesse nel corso di giudizi di legittimità costituzionale proposti in via incidentale e 7 in procedimenti proposti in via d'azione. Il che non sorprende vista la più generale ritrosia della Corte a riconoscere a soggetti terzi un interesse nelle questioni giudicate in via principale, come dimostra l'esclusione della possibilità d'intervento di terzi in questi procedimenti, la quale potrebbe fungere da disincentivo alla presentazione di opinioni all'interno di tali giudizi. In un'occasione è stato ammesso un *amicus curiae* anche nel contesto di un conflitto di attribuzione Stato-Regioni: si tratta dell'opinione presentata dall'associazione ambientalista “Gruppo d'intervento giuridico”, nell'ambito del ricorso per conflitto n. 1/2021 instaurato dalla Regione autonoma Sardegna contro lo Stato il 21 giugno scorso. Non si riscontrano opinioni ammesse nell'ambito del conflitto tra poteri³⁹.

³⁷ Ossia dicembre 2021: l'ultimo decreto di ammissione risulta essere quello del 7 dicembre 2021.

³⁸ Si noti che i dati in questione sono da poco conoscibili nella loro interezza dacché fino al novembre 2021 erano riportati sul sito della Corte costituzionale i soli decreti promulgati a partire dal 15 febbraio 2021. E ciò, sebbene, l'art. 4-ter, comma 4 della riforma 2020 disponesse che il decreto di ammissione delle opinioni «è pubblicato nel sito della Corte costituzionale». La riforma delle N.I. 2021 ha riconfermato tale indicazione e all'art. art. 6, comma 4 N.I. sembra chiarire che sorte diversa abbiano invece le opinioni in sé, le quali sono messe a disposizione delle sole parti costituite.

³⁹ Anche se A. AMATO, *Amici ... a metà. Primo bilancio dell'“ingresso” degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta Online*, 3, 2021 p. 809 segnala che in un caso un *amicus brief* è stato presentato ed escluso anche in un procedimento di questo genere.

In generale, le opinioni ammesse provengono per lo più da associazioni di categoria e onlus. Ma il panorama dei soggetti proponenti è piuttosto eterogeneo: vi sono pareri provenienti dal Garante nazionale delle persone private della libertà personale, da sindacati (la CGIL e il Sindacato Unione Inquilini), da comitati di zona e così via⁴⁰.

Il testo dei decreti di ammissione è estremamente contenuto. Oltre a riportare il procedimento nell'ambito del quale l'opinione è stata presentata, la data di presentazione e il soggetto scrivente, si dà atto che il Presidente della Corte ha sentito il Giudice Relatore dal caso e l'ammissione viene giustificata semplicemente constatando che vi è conformità dell'*amicus* ai criteri di cui all'art. 4-ter (ora art. 6), commi 1, 2 e 3 delle N.I. Il contenuto del parere non emerge e leggendo il decreto presidenziale si può solo dedurre che: l'opinione è stata presentata, nel rispetto dei termini, da una formazione sociale senza scopo di lucro o da un soggetto istituzionale (di cui è riportata la sola denominazione), portatore di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità; lo scritto è pervenuto per posta elettronica e rispetta i limiti di lunghezza richiesti; esso offre elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità.

Maggiori indicazioni sulle peculiarità delle prime applicazioni dell'*amicus curiae* possono rinvenirsi attraverso la lettura della giurisprudenza costituzionale seguita alla promulgazione delle nuove N.I. Anche se, questo è un primo dato, le pronunce rilevanti a tal scopo restituiscono un quadro ancora incerto e lungi dall'essersi assestato sul rilievo da darsi agli amici nella ricostruzione del fatto e nella motivazione della decisione, probabilmente anche a motivo delle diverse sensibilità dei giudici relatori: talvolta è semplicemente citata l'ammissione della loro opinione, in alcuni casi si accenna anche ai motivi che hanno condotto il Presidente a

⁴⁰ Sempre il saggio di Amato (*ibidem*, p. 811), basandosi sui dati ottenuti dalla Cancelleria della Corte, riferisce che tra le opinioni ritenute inammissibili ve ne sono una proveniente da un movimento politico (il Movimento Nuova Italia Unita) e una di un centro di ricerca incardinato presso un'università (l'Accademia Diritto e Migrazioni dell'Università della Tuscia). Nelle more della pubblicazione del presente testo, è stata tuttavia dichiarata ammissibile un'opinione proveniente dal menzionato centro di ricerca laziale, nel contesto del giudizio di legittimità costituzionale iscritto al n. 92 del registro ordinanze 2021 e instaurato in via incidentale.

questa scelta, in altri si riportano gli elementi conoscitivi offerti alla collegio dal parere, in altri ancora la direzione verso cui esso spinge (ad es. accoglimento o rigetto della questione di legittimità costituzionale).

Entrando più nel dettaglio, va segnalato che la prima decisione in cui si dà conto dell'ammissione di *amici curiae* in un processo costituzionale è la sentenza cost. n. 278 del 2020: una decisione pronunciata nell'ambito di un giudizio in via incidentale e vertente sulla sospensione del corso della prescrizione del reato prevista, in ragione dell'emergenza Covid, dall'art. 83, comma 4 d.l. n. 18/2020, convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27. I primi amici ammessi dalla Presidenza della Corte sono stati l'associazione "Italiastatodidiritto" e l'"Unione camere penali italiane". La sentenza riporta che entrambe le associazioni, nella veste di *amici curiae*, sollecitavano una dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge indubbiata, poi non verificatasi. Quanto, invece, all'attinenza dei loro interessi rispetto alla questione sollevata, si riferisce genericamente che la prima ha per scopo statutario l'affermazione e la tutela dei diritti fondamentali⁴¹; mentre per l'Unione camere penali italiane viene richiamata la sentenza cost. n. 180 del 2018, con cui la Corte costituzionale aveva già riconosciuto l'associazione forense come ente rappresentativo dell'avvocatura penale italiana.

Sul fronte dei giudizi in via d'azione, il primo procedimento in cui compare la figura degli *amici curiae* è quello deciso dalla sentenza cost. n. 3 del 2021, relativa alle emissioni acustiche del circuito automobilistico del Mugello⁴². In questo caso sono state ammesse le opinioni delle società

⁴¹ A pochi mesi dall'entrata in vigore dell'istituto dell'*amicus curiae* si è sostenuto che l'allegazione dello statuto debba considerarsi necessaria per dimostrare che vi sia attinenza tra l'attività del soggetto proponente e il giudizio pendente, ovvero che la sua *mission* e ambito d'azione siano tali da far presupporre una certa conoscenza della materia in discussione o dell'ambito di applicazione della legge impugnata davanti alla Corte. Si tratta di un filtro a maglie molto ampie ma, perlomeno, consente di escludere memorie provenienti da soggetti che solo difficilmente sarebbero in grado di contribuire alla decisione dei giudici costituzionali con apporti significativi (G. RAGONE, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, cit., p. 202).

⁴² Per un commento alla decisione, cfr. G. LANEVE, *Il suono degli autodromi, il riparto di competenze Stato-Regioni e una prospettiva processuale per il giudizio in via principale. Alcune osservazioni (molto) a margine di Corte cost., sent. n. 3 del 2021*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2021, p. 232 ss.

sportive dilettantistiche “Ufficiali di gara di Firenze” e “Ufficiali di percorso di Firenze”, dall’associazione “Impresa Mugello” e dalla “Federazione motociclistica italiana”. Sappiamo che unitamente alle *opiniones*, le associazioni hanno depositato i propri statuti, con lo scopo di dimostrare di essere portatrici di interessi collettivi attinenti alla questione di costituzionalità.

A quest’ultimo riguardo, è interessante notare che, nel primo anno e mezzo di vigenza del nuovo istituto, in più di un’occasione, la Corte nel rigettare la richiesta di intervento in giudizio a terzi cui non riconosceva un interesse qualificato ha indicato quale strada più corretta quella della presentazione di *amici curiae*. Anche per quei casi in cui i soggetti collettivi avessero «*un interesse solo indiretto, connesso in via generale agli scopi statutari*»⁴³. Una strada che, al di là delle opacità sull’ingresso e della differenza di status rispetto alle parti processuali, non va affatto sottovalutata. Più di una pronuncia della Corte suggerisce che, una volta ammessi, gli argomenti degli amici sono trattati alla stregua di quelli presentati da parti originarie e terzi intervenienti. Ad esempio, nella sentenza cost. n. 260 del 2020 si legge che il Giudice costituzionale ha «*attentamente vagliato i molti argomenti offerti dalle ordinanze di rimessione, dalle parti costituite e dall’amicus curiae, anche nelle discussioni svolte in udienza*»; nella sent. cost. 324/2020, si giustifica la scelta della Corte anche in ragione di una «*circostanza indubbia sulla quale si sofferma, insieme alle parti private, anche l’amicus curiae*». E altri esempi ancora si potrebbero fare.

Se questo è quanto sembra potersi dire dei pareri giudicati ammissibili, quasi nulla può rilevarsi sulle opinioni non ammesse. Anzitutto sembrerebbe impossibile tracciarle tutte: non è infatti richiesto dalle N.I. che la loro esclusione avvenga per decreto ed è estremamente raro che sia data notizia nel testo delle decisioni di una non ammissione. Nemmeno è regolamentato come i soggetti i cui pareri vengono esclusi siano informati di ciò: è ipotizzabile che sia comunicato loro dalla Cancelleria ma non sembrerebbe sussistere alcun obbligo in tal senso, né tanto meno un onere motivazionale da parte della Presidenza della Corte.

Secondo uno scritto di recente pubblicazione⁴⁴, che reca dati ottenuti

⁴³ Così, ad esempio, Cost. ord. n. 202 del 8-17 settembre 2020.

⁴⁴ A. AMATO, *Amici ... a metà. Primo bilancio dell’“ingresso” degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, cit., p. 809 ss.

per il tramite del direttore della Cancelleria, al 30 settembre 2021 sarebbero state presentate più di 100 opinioni (103), di cui ammesse dal Presidente della Corte nella sua ampia discrezionalità solo una cinquantina (53). Circa il 50% delle opinioni, dunque, non sarebbe stato ritenuto conforme ai requisiti di ammissibilità richiesti dalle N.I.

Che della loro presentazione non sia data pubblicità in alcun modo può giustificarsi in ragione della apparente irrilevanza di tali scritti e, forse, con la necessità di evitare che un’impropria visibilità degli esclusi spinga un numero eccessivo di attori a sommergere la Corte di opinioni. Tuttavia questa prassi non consente di comprendere le ragioni delle non ammissioni, di capire quali soggetti siano considerati inidonei e quali argomenti non adeguati – ammesso che nei singoli casi queste siano le ragioni dell’esito negativo e non altre legate ad esempio allo sfornamento delle battute a disposizione o alla “semplicità” del caso da decidere. In estrema sintesi, non è al momento pienamente delineabile quale sia la dottrina della Corte sull’ammissibilità degli amici.

Si noti peraltro che il Presidente, ai fini dell’ammissione, deve verificare se essa sia utile alla decisione: ciò implica che debba leggerla, consentendo così che in – qualche misura – il punto di vista dell’amico escluso raggiunga comunque la Corte⁴⁵. Sarebbe, pertanto, interessante conoscere almeno la fonte delle opinioni non ammesse ma giunte “all’orecchio” del Presidente.

Un piccolo spiraglio da cui è parzialmente trapelata la ragione dell’esclusione di un’opinione è offerto dalle righe della già menzionata sentenza cost. n. 3 del 2021. Ivi, al punto 4 del *Ritenuto in fatto*, dopo essersi dato conto dell’ammissione dei pareri presentati da alcune associazioni, si afferma che: «Non è invece stata ammessa l’opinione presentata dal Comune di Scarperia e San Piero, il quale non può essere considerato soggetto portatore di interessi omogenei – collettivi o diffusi – attinenti alla questione di costituzionalità qui all’esame».

Pur nella sua laconicità, l’affermazione suscita diverse riflessioni. *In primis*, la decisione del Presidente della Corte sull’*opinio* presentata del

⁴⁵ Si può ipotizzare che il Presidente escluda le opinioni senza leggerle solo nei casi in cui esse provengano da soggetti privi dei requisiti *ex art. 4-ter* comma 1, siano presentate fuori termine ovvero superino i caratteri formalmente a disposizione.

Comune è stata guidata da un criterio – l’omogeneità degli interessi rappresentati – che non è prescritto dalle N.I. Inoltre, si tratta di un requisito che, così enunciato, appare ambiguo: non è chiaro infatti se s’intenda dire che i comuni, ontologicamente, sono portatori di una moltitudine di interessi (talora anche in conflitto reciproco), all’interno dei quali non se ne possono identificare di predominanti, e pertanto non potranno mai ambire a diventare *amici curiae*; ovvero se l’assenza di omogeneità è rilevata esclusivamente in relazione agli interessi toccati dalla legge della cui legittimità si dubitava nel caso specifico. In entrambi in casi, appare di non poco momento che la Corte abbia deciso di lasciar trasparire in sentenza la motivazione di un’inammissibilità, per la prima volta, nel caso di un comune e che lo abbia fatto sulla base di un requisito di nuova creazione. La scelta potrebbe, infatti, leggersi come chiaro messaggio di disincanto agli enti locali.

6. *Considerazioni conclusive tra amicus curiae, access to justice e prospettive future.*

Nella letteratura internazionale è stato messo in luce che: «*Expanding the ability of persons or groups to participate in constitutional litigation as amici (as opposed to broadening standing rules) is one way to expand access to constitutional justice. [...] Allowing more participation in existing constitutional matters would go some way to redressing the problem of access to justice*»⁴⁶.

Il richiamato principio dell’*access to justice* è nozione ampia e dai contorni sfuggenti⁴⁷: secondo una definizione minimale, il concetto di accesso alla giustizia incarna l’idea per cui chiunque, a prescindere dalle proprie capacità, debba avere la possibilità di godere della protezione e del-

⁴⁶ K. WALKER, *Amici Curiae and Access to Constitutional Justice: A Practical Perspective*, in *Bond Law Review*, 3, 2011, p. 112.

⁴⁷ Sulle difficoltà definitorie del concetto cfr. A. OSTI, *Teoria e prassi dell’access to justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti stranieri*, Milano, 2016, p. 148 ss. e più recentemente L. BEINLICH, *Access to Justice*, in *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, versione online 2021.

l’attuazione dei propri diritti tramite la legge e il sistema giuridico⁴⁸.

L’obiettivo 16 dell’Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite⁴⁹, considera il potenziamento delle condizioni di parità nell’*access to justice* come strumentale alla realizzazione di società pacifiche e inclusive. Inoltre, il principio in parola, inteso come possibilità di adire Corti indipendenti e imparziali, è indicato nella *checklist* redatta dalla Commissione di Venezia⁵⁰ come uno degli elementi che consentono di verificare il rispetto dalla *rule of law* all’interno di un dato ordinamento.

Uno dei più importanti progetti di ricerca condotti in materia – se non il più importante – è il celebre “*Florence Project*” di Mauro Cappelletti. Sul finire degli anni ’70, all’esito dei suoi studi, il grande comparatista italiano e i suoi partner nella ricerca⁵¹ hanno individuato le tre tappe fondamentali⁵² in cui, all’interno di un ordinamento, può articolarsi un movimento di riforma nella direzione della realizzazione dell’*access to justice*: l’assistenza legale ai meno abbienti, la tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e l’individuazione di schemi alternativi di risoluzione delle controversie⁵³.

Al fine del presente contributo, giova soffermarsi sul contenuto della seconda tappa di questo percorso: ossia la realizzazione di strumenti in grado di dare adeguata rappresentanza in giudizio a quei diritti e interessi che si presentano nella società moderna come «*frammentati*» o «*diffusi*», di cui tipica espressione sono i diritti del consumatore e quelli relativi all’ambiente⁵⁴. Secondo Cappelletti, in assenza di vie di accesso al giudizio

⁴⁸ S. WRBKA, S. VAN UYTSEL, M.M. SIEMS, *Access to justice and collective actions. “Florence” and beyond*, in ID. (a cura di), *Collective Actions. Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, Cambridge, 2012, p. 2.

⁴⁹ Risoluzione adottata dall’Assemblea Generale il 25 settembre 2015, A/RES/70/1.

⁵⁰ Commissione Di Venezia, *Rule of Law Checklist*, 106esima Sessione Plenaria (Venezia, 11-12 Marzo 2016), CDL-AD(2016)007.

⁵¹ Anzitutto Garth.

⁵² M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro it.*, 1979, 102, p. 56.

⁵³ *Ibidem*, pp. 56-57.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 57.

per soggetti collettivi, restano esclusi dalla tutela giurisdizionale alcune categorie di interessi che – ricorrendo al linguaggio amministrativistico – possiamo genericamente definire sovraindividuali⁵⁵: «*the basic problem [is ...] that either no one has a right to remedy the infringement of a collective interest or the stake of any one individual in remedying the infringement is too small to induce him or her to seek enforcement action*»⁵⁶.

Detto in altri termini, nel caso in cui i singoli non possano considerarsi titolari di un dato interesse per via della sua natura diffusa e i soggetti collettivi titolari dello stesso non abbiano lo standing per stare in giudizio, il risultato è che, in «*such situations, affected individuals would be “un- or underrepresented”*»⁵⁷. Ecco allora che strumenti come le *class actions* o il riconoscimento del diritto di azione in determinati ambiti in capo a ONG⁵⁸, associazioni di categoria e altri soggetti collettivi assolvono alla necessità di non escludere dalla tutela giurisdizionale interessi diffusi che si trovano in diversi rami dell’ordinamento ovvero interessi di singoli che, pur potendo agire in giudizio, incontrino ostacoli di varia natura. È il caso, ad esempio, della legittimazione accordata dall’art. 4, legge n. 67/2006 ad enti e associazioni ad agire in nome e per conto del soggetto con disabilità passivo di discriminazione⁵⁹.

È del tutto evidente come l’*amicus curiae* della Corte costituzionale differisca dagli strumenti che si vien dal menzionare. Anzitutto perché, come si è già avuto modo di chiarire, gli “amici” non possono essere ammessi al giudizio in qualità di parti processuali ma è solo concesso loro, con ordinanza del Presidente della Corte e sentito il Giudice relatore, di far mettere agli atti un’opinione scritta. E tuttavia, la scelta delle N.I. di

⁵⁵ In argomento, si veda il contributo di Pasquale Pantalone nel presente volume.

⁵⁶ S. WRBKA, S. VAN UYTSEL, M.M. SIEMS, *Access to justice and collective actions. ‘Florence’ and beyond*, cit., p. 5.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁸ A riguardo, si veda il contributo di Ilaria Anrò in questo volume. Sia altresì consentito rimandare a G. RAGONE, *The GMO Authorization Procedure in EU: Inclusivity, Access to Justice and Participation in Decision-Making*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2019, p. 280 ss.

⁵⁹ Cfr. G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020, pp. 128-129.

attribuire questa facoltà non a soggetti singoli, sibbene a portatori di interessi collettivi o diffusi, sembra andare nella direzione di dare visibilità in giudizio anche a certe categorie d’interessi che per il loro essere sovraindividuali rischierebbero di non aver alcuno spazio nel sindacato di costituzionalità.

Come si è già sottolineato, l’effettiva idoneità dell’*amicus curiae* a servire tale scopo andrà verificata analizzandone, nel tempo, la prassi applicativa e già il caso di Scarperia e San Pietro getta alcune ombre sul ruolo che possono svolgere – ad esempio – i comuni. Tuttavia, sebbene alcuni spunti siano già emersi, l’opacità che caratterizza il ricorso della Corte alle opinioni amicali non consente ad oggi di coglierne completamente la portata. A fronte di una giurisprudenza ancora esigua e non essendo esplicitati nei decreti di ammissione quali siano gli elementi che consentono al Presidente della Corte di considerare integrati i criteri di ammissibilità di cui all’art. 4-ter (ora art. 6), non è facile prevedere a quante e quali categorie di soggetti sarà concesso di essere “amici della Corte”. Ma la possibilità che per questa via si consenta a soggetti tipicamente ai margini del giudizio di costituzionalità – come enti locali, sindacati⁶⁰ o anche partiti⁶¹ – di portare alla Corte il proprio apporto conoscitivo, pur con i rischi di politicizzazione del giudizio che molte autorevoli voci della dottrina hanno sottolineato⁶², è adesso un po’ più ampia di prima.

⁶⁰ A riguardo, cfr. O. RAZZOLINI, *Amicus curiae e partecipazione delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2020, p. 514 ss.

⁶¹ Su questa possibilità si vedano le osservazioni preoccupate di A. RUGGERI, *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustiziainsieme.it*, 24 gennaio 2020.

⁶² *Ex multis*, cfr. M. MANETTI, *I “falsi amici” del giudice costituzionale*, cit., p. 506: «i giudici costituzionali, come notoriamente sosteneva Costantino Mortati, devono essere consapevoli dei “problemi sociali” e delle “aspettative dei cittadini”. Ma non per questo possono invitare tutti gli interessati a esporli, rischiando che gli argomenti siano confiscati dall’uno o dall’altro, i quali saranno poi identificati dalla pubblica opinione come il “vincitore” o lo “sconfitto” del processo costituzionale de quo, proiettando sulla Corte l’ombra di “favoritismi”, da un lato, e di “pregiudizi”, dall’altro». Similmente A. LUCARELLI, *Norme integrative di apertura alla società civile: contaminazione del processo costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, pp. 504-505, che parla di rischio di trasformare il processo costituzionale in un agone politico; e M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove Norme Integrative*, in *Rivista*

Bibliografia

- AMATO A., *Amici ... a metà. Primo bilancio dell'“ingresso” degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta Online*, 3, 2021, p. 805 ss.
- ANDERSON H.A., *Frenemies of the Court: the Many Faces of Amicus Curiae*, in *WU Law Digital Commons*, 2015, p. 361 ss.
- ANGIOLINI V. (a cura di), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Torino, 1998.
- ARCONZO G., *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Milano, 2020.
- BALDASSARRE A., *I poteri conoscitivi della corte costituzionale e il sindacato di legittimità astratto*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 1497 ss.
- BANNER S., *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, in *20 Constitutional Commentary*, 2003, p. 111 ss.
- BARBISAN B., *Amicus curiae: un istituto, nessuna definizione, centomila usi*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, p. 107 ss.
- BEINLICH L., *Access to Justice*, in *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, versione online 2021.
- BENELLI F., *Il contraddittorio nel processo sulla legge*, in E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI, *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, p. 125 ss.
- BIANCHI P., *Un'amicizia interessata. L'amicus curiae davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 4750 ss.
- CALIFANO L., *Il contraddittorio nel processo costituzionale incidentale*, Torino, 2003.
- CAPPELLETTI M., *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro it.*, 102, 1979, p. 54 ss.
- CARROZZA P., *Il processo costituzionale come processo*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Milano, 1991, p. 70 ss.
- CARROZZA P., ROMBOLI R., ROSSI E., *I limiti all'accesso al giudizio sulle leggi e le prospettive per il loro superamento*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, p. 679 ss.
- CARTABIA M., *La fortuna del giudizio di costituzionalità in via incidentale*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2014.
- CARTABIA M., *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *Biolaw Journal*, 2017.
- CERRI A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001.
- CLEMENTI F., *Amici Curiae? A proposito delle recenti “Modificazioni alle norme*

AIC, 2, 2020, p. 410 secondo il quale «Dall'irruzione degli interessi politico sociali nel giudizio la Corte non ha nulla da guadagnare».

- integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*”, in *Il Mulino*, 9 marzo 2020.
- COLLINS P.M. JR., *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, 2008.
- CONTI G.L., *L'interesse al processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 2000.
- CONTI R., *La Corte costituzionale aperta alla società civile. Intervista a Valerio Onida e Vladimiro Zagrebelsky*, in *Giustiziainsieme.it*, 4 aprile 2020.
- COSTANZO P., *Brevi osservazioni sull'amicus curiae davanti alla Corte costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, 1, 2019, p. 120 ss.
- D'AMICO M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.
- D'AMICO M., *Le zone d'ombra nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, in R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, p. 217 ss.
- D'AMICO M., *Gli amici curiae*, in *Questione giustizia*, 4, 2020, p. 122 ss.
- D'ATENA A., *L'introduzione degli "amici curiae": tra esigenze di radicamento, apertura del giudizio e strategie di comunicazione istituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2020, p. 491 ss.
- DOLSO G.P., *Ancora un tassello nella elaborazione giurisprudenziale del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 marzo 2020.
- ENNIS B.J., *Effective Amicus Briefs*, in *Catholic University Law Review*, 3, 1984, p. 603 ss.
- ESPOSITO M., *Note minime sulle ambiguità della figura dell'amicus curiae*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 501 ss.
- FINOCCHIARO S., *Verso una giustizia costituzionale più "aperta": la consulta ammette le opinioni scritte degli "amici curiae" e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *SistemaPenale.it*, 23 gennaio 2020.
- GIANNINI M.S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 904 ss.
- GROPPI T., *La Corte e "la gente": uno sguardo "dal basso" all'accesso incidentale alla giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, p. 408 ss.
- GROPPI T., *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019, p. 371 ss.
- GROPPI T., *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *LaVoce.info*, 17 gennaio 2020.
- IANNUZZI A., *La camera di consiglio aperta agli esperti nel processo costituzionale: un'innovazione importante in attesa della prassi*, in *Osservatorio costituzionale*, 2, 2020, p. 13 ss.
- KRISLOV S., *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, in *Yale Law Journal*, 1963, p. 694 ss.

- LANEVE G., *Il suono degli autodromi, il riparto di competenze Stato-Regioni e una prospettiva processuale per il giudizio in via principale. Alcune osservazioni (molto) a margine di Corte cost., sent. n. 3 del 2021*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2021, p. 232 ss.
- LARSEN A.O., *The trouble with Amicus Facts*, in *Virginia Law Review*, 100, 2014, p. 1757 ss.
- LECIS A.M., *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritticomparati.it*, 23 gennaio 2020.
- LUCARELLI A., *Norme integrative di apertura alla società civile: contaminazione del processo costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 503 ss.
- LUCIANI M., *L'incognita delle nuove Norme Integrative*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 402 ss.
- MANETTI M., *I "falsi amici" del giudice costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 2020, p. 505 ss.
- MASCIOTTA C., *Il ruolo dell'amicus curiae nelle decisioni nn. 32 e 33/2021*, Intervento al Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Milano, 12 novembre 2021, in *www.gruppodipisa.it*.
- MONACO G., *La concretezza del giudizio incidentale sulle leggi. Il ruolo delle parti innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 2016.
- MOSCARINI A., *Amicus curiae e giudizio incidentale nelle norme integrative sui giudizi dinanzi la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 508 ss.
- NARDOCCI C., *Il "diritto" al giudice costituzionale*, Napoli, 2020.
- OSTI A., *Teoria e prassi dell'access to justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti stranieri*, Milano, 2016.
- PASQUINO P., RANDAZZO B. (a cura di), *La giustizia costituzionale italiana e i suoi utenti*, Milano, 2006.
- PASSAGLIA P. (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di costituzionalità concreti*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 2016.
- PASSAGLIA P. (a cura di), *L'intervento dei terzi nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 2018.
- PIN A., GENOVA F., *The Duty to Disclose Adverse Precedents. The Spirit of the Common Law and Its Enemies*, in *Yale Journal of International Law*, 2, 2019, p. 239 ss.
- PIZZORUSSO A., ROMBOLI R. (a cura di), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Torino, 2002.
- PUGIOTTO A., *Per un'autentica dialettica a Corte. Note a margine del seminario*

- promosso a Palazzo della Consulta*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2019, p. 361 ss.
- PUGIOTTO A., *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Rivista AIC*, 2, 2020, p. 426 ss.
- RAGONE G., *The GMO Authorization Procedure in EU: Inclusivity, Access to Justice and Participation in Decision-Making*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2019, p. 280 ss.
- RAGONE G., *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020.
- RAZZOLINI O., *Amicus curiae e partecipazione delle organizzazioni sindacali al processo costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 514 ss.
- RIDOLA P., *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, 2, 2020, p. IV ss.
- ROMAGNOLI, *The Italian Constitutional Court Opens Up to Hear the Voice of Civil Society*, in *Verfassungsblog.de*, 15 febbraio 2020.
- ROMBOLI R., *L'intervento nel processo costituzionale incidentale: finalmente verso un'apertura del contraddittorio?*, in *Giur. cost.*, 1982, p. 2613 ss.
- ROMBOLI R., *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985.
- ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 1990.
- ROMBOLI R., *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, I, 1995, p. 1090 ss.
- ROMBOLI R., *I contenuti “non rivoluzionari” della riforma delle norme integrative*, in *Giur. cost.*, 1, 2020, p. 517 ss.
- RUGGERI A., *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1, 2011.
- RUGGERI A., *La “democratizzazione” del processo costituzionale: una novità di pregio non priva però di rischi*, in *Giustiziainsieme.it*, 24 gennaio 2020.
- SANDSTROM SIMARD L., *An Empirical Study of Amici Curiae in Federal Court: A Fine Balance of Access, Efficiency, and Adversarialism*, in *The Review of Litigation*, 27, 2008, p. 669 ss.
- SANDULLI N. (a cura di), *Dottrina straniera e comparata. Numero speciale sull'amicus curiae*, in *Servizio Studi della Corte costituzionale (area di diritto comparato)*, Roma, 1990.
- SCHILLACI A., *La “porta stretta”: qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in *Diritticomparati.it*, 31 gennaio 2020.
- SIMPSON R.W., VASALY M.R., *The Amicus Brief: How to be a Good Friend of the Court*, Chicago, 2004.

- TAI S., *Friendly Science: Medical, Scientific, and Technical Amici before the Supreme Court*, in *Washington University Law Quarterly*, 78, 2000, p. 789 ss.
- TANI C., *La svolta Cartabia. Il problematico ingresso della società civile nei giudizi dinnanzi alla Corte costituzionale*, in *LaCostituzione.info*, 18 febbraio 2020.
- VIOLINI L., *Accesso alla Corte costituzionale: quale ruolo per gli enti del Terzo settore*, in *Vita*, 5 febbraio 2020.
- VIOLINI L., *Consulta – Apre alla società civile: così l'aiuto di tutti aiuta a giudicare meglio*, in *IlSussidiario.net*, 14 gennaio 2020.
- VUOLO A., *L'amicus curiae*, Relazione al Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Milano, 12 novembre 2021, testo provvisorio, in *www.gruppodipisa.it*.
- WALKER K., *Amici Curiae and Access to Constitutional Justice: A Practical Perspective*, in *Bond Law Review*, 3, 2011, p. 111 ss.
- WRBKA S., VAN UYTSEL S., SIEMS M.M., *Access to justice and collective actions. "Florence" and beyond*, in ID. (a cura di), *Collective Actions. Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?*, Cambridge, 2012.
- ZAMPETTI G., *Apertura del processo costituzionale e apertura del contraddittorio nel giudizio incidentale alla luce della riforma delle Norme integrative*, Intervento al Seminario annuale del Gruppo di Pisa, Milano, 12 novembre 2021, testo provvisorio, in *www.gruppodipisa.it*.
- ZAGREBELSKY G., *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 611.
- ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988.

CAPITOLO 3

GIURISDIZIONE IN MATERIA DI
*CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY**

Giulia Vallar

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisdizione italiana in materia di CSR sulla base del panorama legislativo attuale. – 3. Le iniziative recentemente assunte in seno alle istituzioni dell’Unione europea. – 4. La raccomandazione del GEDIP alla Commissione europea sugli aspetti di diritto internazionale privato del futuro strumento europeo sul dovere di diligenza e la responsabilità delle imprese. – 5. Il progetto di trattato delle Nazioni Unite relativo a uno strumento giuridico vincolante che disciplini, nell’ambito del diritto internazionale dei diritti umani, le attività delle società e delle imprese transnazionali. – 6. Conclusioni. – Bibliografia.

1. Introduzione.

Per responsabilità sociale delle imprese (“*Corporate Social Responsibility*” – “CSR”)¹ si intende quell’insieme di obblighi gravanti sulle imprese appunto, attraverso l’imposizione dei quali si ambisce a garantire il rispetto, da parte di dette imprese, di valori sociali quali l’ambiente e i diritti umani. Il tema, che riveste oggi giorno grande attualità e rilievo, è oggetto

^{*} Il presente contributo, oltre ad essere la versione scritta della relazione presentata al Convegno di cui il presente volume raccoglie gli atti, è anche frutto di una rielaborazione e di un ampliamento di un contributo avente ad oggetto temi parzialmente simili redatto dalla stessa Autrice e in corso di pubblicazione su *SIDIBlog*.

¹ Altre espressioni usate in lingua inglese per indicare il medesimo concetto sono *Business and Human Rights* e *Responsible Business Conduct and Environmental, Social and Governance (ESG) principles*.

di continue evoluzioni, sotto diversi profili e discipline, ivi incluso il diritto. Se infatti, inizialmente, la sensibilità da parte delle imprese verso temi sociali era affidata a iniziative e azioni volontarie, la graduale assunzione di un carattere obbligatorio di comportamenti ritenuti socialmente virtuosi ha determinato appunto un rilievo sempre crescente della c.d. CSR da un punto di vista giuridico. Molteplici sono le branche del diritto potenzialmente interessate dal tema in parola, tra cui – per quanto interessa qui oggi – il diritto internazionale, sia pubblico che privato².

Sotto quest'ultimo aspetto, il tema assume rilievo al fine di individuare titoli di giurisdizione e norme di conflitto idonei a rispondere alle peculiari caratteristiche degli obblighi nascenti dalla CSR. Tali peculiari caratteristiche dipendono dalle frequenti implicazioni transfrontaliere che la CSR possiede e, in particolare, dal fatto che, assai frequentemente, la società nei confronti della quale si lamenta la lesione di diritti "sociali", pur essendo una società parte di un gruppo o di una "catena del valore"³ che ha il proprio centro principale di interessi in uno Stato membro dell'Unione europea (o comunque in altro Stato che appresta idonee tutele da un punto di vista tanto processuale che sostanziale), ha sede in uno Stato che invece tali tutele non appresta, Stato in cui ha commesso la allegata violazione degli obblighi in parola. Poste tali caratteristiche, appare evidente che le vittime di tali violazioni hanno un interesse a che le proprie pretese possano essere fatte valere davanti ai giudici di quegli Stati in cui le forme di tutela, tanto di tipo procedurale che di tipo sostanziale, sono più efficaci rispetto a quelle apprestate dagli Stati in cui la società presunta responsabile ha la propria sede o comunque opera e ha commesso la presunta violazione.

Il presente contributo si concentra sull'aspetto della giurisdizione e, segnatamente – essendo quella del diritto internazionale privato e proces-

² Nel senso che quello della CSR è un campo in cui il diritto internazionale pubblico si interseca con il diritto internazionale privato, cfr., *ex multis*, L. CHIUSI CURZI, *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, Leiden, 2020, p. 148.

³ Questo è il termine usato nella versione italiana del Progetto di relazione della Commissione giuridica del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese (su cui v. *infra*, par. 3), evidente traduzione della più usata espressione inglese "value chain".

suale una prospettiva innanzi tutto statutale – da un punto di vista dell’ordinamento italiano. Non sarà invece trattato l’aspetto della legge applicabile, che pure riveste considerevole importanza posto che, anche qualora si riesca a radicare la giurisdizione in uno Stato che appresta una tutela adeguata alle vittime da un punto di vista procedurale, sarà poi necessario che le norme di conflitto applicabili in tale Stato conducano all’applicazione di una normativa (che solitamente non è quella dello Stato terzo in cui si è verificato il danno, cui condurrebbe l’art. 4 del regolamento (CE) n. 864/2007⁴ (regolamento Roma II)) che offra una tutela adeguata anche da un punto di vista sostanziale.

2. *La giurisdizione italiana in materia di CSR sulla base del panorama legislativo attuale.*

È opportuno chiarire sin da subito che, al momento, non esiste in Italia una normativa di diritto internazionale privato specificamente riferita alla responsabilità sociale delle imprese. L’analisi che segue prenderà dunque in considerazione quelle previsioni di diritto internazionale privato e processuale in materia di giurisdizione dettate, in via generale, dal regolamento (UE) n. 1215/2012⁵ (regolamento Bruxelles I-*bis*), dalla Convenzione di Lugano del 2007⁶ e dalla legge n. 218/1995⁷.

⁴Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali.

⁵Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Come noto, il regolamento si applica, secondo quanto previsto dai suoi artt. 4, 5 e 6 nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato membro dell’Unione europea. Ai fini dell’applicazione del regolamento, il domicilio è individuato secondo quanto previsto dall’art. 62 per le persone fisiche e dall’art. 63 per le persone giuridiche.

⁶Convenzione di Lugano del 30 ottobre 2007 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. La convenzione si applica in presenza di un convenuto domiciliato in uno Stato membro della Convenzione stessa, secondo quanto previsto dai suoi artt. 2, 3 e 4.

⁷Legge 31 maggio 1995, n. 218 di Riforma del sistema italiano di diritto interna-

Le previsioni che in astratto potrebbero rilevare sono, innanzi tutto, quelle – presenti in ciascuno dei tre strumenti menzionati – che prevedono la giurisdizione del giudice del luogo in cui il convenuto è domiciliato. Si tratta, come noto, dell'art. 4, par. 1, del regolamento Bruxelles I-*bis*, dell'art. 2, par. 1, della Convenzione di Lugano del 2007 e dell'art. 3, comma 1, della legge n. 218/1995. Sulla base di tali norme è dunque possibile convenire in giudizio in Italia società che ivi sono domiciliate. In secondo luogo, rileva il titolo di giurisdizione previsto, in materia di atti illeciti, dall'art. 7, n. 2, del regolamento Bruxelles I-*bis* e dall'art. 5, n. 3, della Convenzione di Lugano del 2007, nonché indirettamente, dall'art. 3, comma 2, della legge n. 218/1995⁸. Tali disposizioni prevedono la possibilità che l'attore scelga di convenire in giudizio la propria controparte, anziché davanti ai giudici in cui quest'ultima è domiciliata, davanti ai giudici del luogo in cui «*l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire*».

Si ricorderà, peraltro, che la Corte di giustizia dell'Unione europea, più volte chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione di tale previsione, ha chiarito che, in caso di illeciti c.d. “a distanza”, l'attore può scegliere se agire nel luogo in cui si è verificato l'evento fatto o in quello in cui si è verificato l'evento danno⁹. Sempre la stessa Corte ha però chiarito che tale norma non può invece essere interpretata nel senso di concedere all'attore la facoltà di agire per il risarcimento del danno da presunto atto

zionale privato, applicabile, secondo quanto previsto dall'art. 6, par. 1, del regolamento Bruxelles I-*bis*, nei confronti di convenuti non domiciliati in uno Stato membro dell'Unione europea.

⁸ Come noto, l'art. 3 della legge n. 218/1995 prevede che nelle materie rientranti nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968, nei confronti di convenuti non domiciliati in uno Stato contraente della Convenzione, la giurisdizione italiana sussiste anche sulla base dei criteri previsti nelle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione (corrispondenti alle sezioni 2, 3, 4 e 5 del Capo II del regolamento Bruxelles I-*bis*). La norma ha dunque l'effetto di estendere l'ambito di applicazione *ratione personae* della convenzione e, ad avviso di chi scrive, (oggi anche) del regolamento. Si v. in questo senso tra le sentenze più recenti sul punto, Cass., S.U., 25 giugno 2021, n. 18299.

⁹ Cfr., segnatamente, CGUE 30 novembre 1976, *Mines de Potesse*, in causa C-21/76, nonché la copiosa giurisprudenza successiva che si è costantemente espressa in questo stesso senso.

illecito davanti al giudice del luogo in cui si sono verificate le conseguenze indirette dell'illecito. Sulla base delle previsioni appena ricordate, risulta dunque possibile radicare una controversia in Italia sia nel caso in cui il convenuto sia ivi domiciliato, sia nel caso in cui l'evento fatto o l'evento danno siano ivi avvenuti.

In concreto, tra le previsioni sopra ricordate, è quella che prevede la giurisdizione del giudice del luogo in cui il convenuto è domiciliato a rivestire maggior rilievo, potendo essere utilizzata al fine di convenire in giudizio in Italia (o in un altro Stato membro dell'Unione europea) una società – in ipotesi la società controllante un gruppo multinazionale – ivi domiciliata, anche in assenza di qualsiasi altro collegamento con lo Stato membro in questione¹⁰. Per quanto riguarda invece il foro in materia di illeciti, la fruibilità dello stesso in caso di illeciti derivanti da violazioni degli obblighi di dovuta diligenza, dipende dal significato che, nelle ipotesi in esame, si intende attribuire al concetto di “evento fatto”. Se infatti è frequente che l'evento danno si verifichi in uno Stato terzo, sarebbe possibile ritenere che l'evento fatto si verifichi in uno Stato membro se si concordasse nel ricondurre a tale concetto anche, ad. es., delibere assembleari di società madri aventi appunto sede nell'Unione. In questo modo, infatti, vi sarebbe la possibilità di argomentare che l'evento fatto si è verificato nel luogo in cui la delibera assembleare è stata assunta, ossia nel luogo in cui la società ha la propria sede.

Di scarsa utilità risulta invece, ai fini che ci riguardano, la previsione di cui all'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I-*bis* e all'art. 6, n. 1, della Convenzione di Lugano del 2007. Infatti, sebbene tali norme prevedano la possibilità, in caso di pluralità di convenuti e di stretto collegamento tra le domande tale che sarebbero opportuni “una trattazione unica e una decisione unica onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili derivanti da una trattazione separata”, di convenire in giudizio una persona domiciliata in uno Stato membro (nel caso del regolamento) o in uno Stato vincolato dalla convenzione (nel caso appunto della convenzione) davanti a un giudice di uno Stato membro (o di uno Stato parte della convenzione) che non è né quello del suo domicilio (secondo quanto permetterebbe il titolo di giurisdizione generale previsto dall'art. 4,

¹⁰ Si v. in questo senso *CGUE* 1° marzo 2005, in causa C-281/02, *Owusu*.

par. 1, del regolamento e dall'art. 2, par. 1, della convenzione di Lugano, già menzionati), né quello di cui ai fori alternativi o speciali previsti all'art. 7 del regolamento o 5 della convenzione, ma quello del domicilio di uno dei convenuti, le stesse si applicano, come detto, solo nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato membro dell'Unione europea o in uno Stato parte della convenzione stessa. Dunque tali norme non permettono di attrarre davanti ai giudici di uno Stato membro dell'Unione o parte della Convenzione, convenuti domiciliati in Stati terzi e – segnatamente, per quel che riguarda in questa sede – quelle società che potrebbero essere ritenute direttamente responsabili di violazioni di norme di CSR.

Quanto precede dovrebbe avere chiarito che, come è stato sostenuto da autorevole dottrina¹¹, i criteri di giurisdizione attualmente esistenti, non prendendo adeguatamente in considerazione la struttura delle imprese multinazionali, spesso non offrono una tutela né sufficiente né adeguata alla presunte vittime delle violazioni oggetto del presente contributo e che pertanto servirebbero uno o più titoli di giurisdizioni creati *ad hoc* per rispondere alle peculiari esigenze poste dalle situazioni in parola. In effetti, le iniziative che negli ultimi anni si sono registrate sul punto sono state molteplici. Nel prosieguo del presente contributo si darà dunque conto, in chiave di analisi critica, di tali iniziative, a cominciare da quelle che sono al momento all'attenzione dell'Unione europea e su cui è recentemente intervenuto il Gruppo europeo di diritto internazionale privato (GEDIP), per continuare con un'iniziativa assunta in seno alle Nazioni Unite¹².

3. *Le iniziative recentemente assunte in seno alle istituzioni dell'Unione europea.*

Nel mese di settembre del 2020, la Commissione giuridica del Parla-

¹¹ Tra i tanti si v., da ultimo, O. BOSKOVIC, *Update on PIL Aspects of Environmental Damage and Human Rights Violations in Supply Chains*, in *EAPIL Blog*, 21 dicembre 2021.

¹² Per completezza si segnalano inoltre la recente Risoluzione dell'*Institut de Droit International* del 4 settembre 2021 su *Human Rights and Private International Law* e la più risalente Risoluzione 2/2012 dell'*International Law Association* su *International civil litigation and the interests of the public* adottata in occasione della sua 75ª conferenza.

mento europeo ha formulato un Progetto di relazione recante raccomandazioni alla Commissione «*concernenti la dovuta diligenza e la responsabilità delle imprese*», cui ha poi fatto seguito nel mese di marzo 2021 una Risoluzione del Parlamento europeo avente lo stesso oggetto. L'iniziativa, che è al momento al vaglio della Commissione europea¹³, riguarda un futuro strumento europeo sul dovere di diligenza e la responsabilità delle imprese, che dovrebbe assumere la forma di una direttiva o di un regolamento e che è volto a regolare in modo uniforme a livello di Unione la c.d. responsabilità sociale delle imprese.

Per quanto qui interessa, deve innanzi tutto darsi conto del fatto che il Progetto della Commissione giuridica del settembre 2020 proponeva di apportare alcune modifiche tanto al regolamento Bruxelles I-*bis* che al regolamento Roma II.

Per quanto riguarda le modifiche al regolamento Bruxelles I-*bis*, che sono quelle che qui ora interessano, si trattava, da un lato, della proposta di inserimento, all'art. 8, di una quinta ipotesi di causa connessa, che si sarebbe aggiunta alle quattro attualmente esistenti. Come noto e come già parzialmente ricordato *supra*, nella versione attuale, l'art. 8, in determinate ipotesi di connessione tra cause (si tratta delle ipotesi di domande strettamente collegate avanzate contro una pluralità di convenuti; di chiamata in garanzia o altra chiamata di terzo; di domanda riconvenzionale derivante dal contratto o dal fatto su cui si fonda la domanda principale; e di domanda in materia contrattuale, qualora l'azione possa essere riunita con una domanda proposta contro lo stesso convenuto in materia di diritti reali immobiliari) consente di convenire in giudizio una persona domiciliata in uno Stato membro davanti a un giudice di uno Stato che non è né quello del suo domicilio (secondo quanto permetterebbe il titolo di giurisdizione generale previsto dall'art. 4, par. 1 del regolamento), né quello di cui ai fori alternativi o speciali previsti all'art. 7 del regolamento, ma, a seconda delle diverse ipotesi che vengono in rilievo, quello del domicilio di uno dei convenuti, quello davanti a cui è stata proposta la domanda principale, quello del luogo in cui si trova l'immobile. In ba-

¹³ Mentre il presente contributo era in corso di pubblicazione, il 23 febbraio 2022 la Commissione ha pubblicato la proposta di direttiva sulla *Corporate Sustainability Due Diligence*.

se all'ipotesi aggiuntiva il cui inserimento era stato previsto dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo, «*nelle azioni civili intentate per violazioni dei diritti umani legate alle imprese all'interno della catena del valore [...], un'impresa domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta anche nello Stato membro in cui ha domicilio o nel quale opera laddove il danno causato in un paese terzo sia imputabile a una società da essa controllata o a un'altra impresa con la quale la società madre ha una relazione d'affari [...]*». Si trattava quindi, a differenza di quanto – come si vedrà – ha poi proposto il GEDIP, di un'ipotesi applicabile soltanto nei confronti di convenuti domiciliati in uno Stato membro (ciò vale attualmente per tutte le ipotesi previste dall'art. 8).

La seconda modifica proposta dalla Commissione giuridica in relazione al regolamento Bruxelles I-bis prevedeva l'inserimento nel regolamento di un art. 26-bis, il quale avrebbe dovuto contenere una previsione sul c.d. *forum necessitatis*. In generale, per *forum necessitatis* si intende un foro che è dotato di giurisdizione non sulla base dei titoli ordinari previsti da un dato strumento normativo, ma, in via eccezionale, sulla base di una disposizione *ad hoc* prevista per far fronte a situazioni in cui vi sarebbe altrimenti un rischio di diniego di giustizia¹⁴. Nello specifico, l'art. 26-bis avrebbe dovuto prevedere che «*Relativamente alle azioni civili intentate per violazioni dei diritti umani legate alle imprese all'interno della catena del valore di una società domiciliata nell'Unione od operante nell'Unione [...], qualora nessuna autorità giurisdizionale di uno Stato membro sia competente in virtù del presente regolamento, le autorità giurisdizionali di uno Stato membro possono, in via eccezionale, conoscere della causa laddove il diritto a un processo equo o il diritto di accesso alla giustizia lo richiedano, in particolare: a) se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento; o b) se la decisione nel merito emessa in uno Stato terzo non può essere riconosciuta ed eseguita nello Stato membro del-*

¹⁴ Sul *forum necessitatis* nel diritto internazionale privato si v., in generale, *ex multis*, G. ROSSOLILLO, *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea*, in *Cuadernos de derecho transaccional*, 2010, p. 403 ss. e P. FRANZINA, *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1121 ss.

l'autorità giurisdizionale adita a norma della legge di quello Stato, e il riconoscimento e l'esecuzione sono necessari per garantire il rispetto dei diritti del ricorrente; e se la controversia ha un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell'autorità giurisdizionale adita».

Tali previsioni tuttavia non sono poi confluite – per motivi ad oggi non noti – nella Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2021¹⁵. Tale eliminazione desta perplessità dal momento che, come avverte la raccomandazione del GEDIP su cui si tornerà più ampiamente nel prosieguo¹⁶, l'efficacia dell'adottando strumento dell'Unione europea dipenderà anche dalla previsione, all'interno dello stesso, *inter alia*, di disposizioni di diritto internazionale privato e processuale. In effetti, per quanto già detto in principio, pare che un'efficace tutela prevista da un punto di vista sostanziale non possa prescindere da un'efficace tutela anche da un punto di vista processuale.

4. La raccomandazione del GEDIP alla Commissione europea sugli aspetti di diritto internazionale privato del futuro strumento europeo sul dovere di diligenza e la responsabilità delle imprese.

È dell'8 ottobre 2021 la versione definitiva della raccomandazione del Gruppo Europeo di Diritto Internazionale Privato (GEDIP) alla Commissione europea sugli aspetti di diritto internazionale privato del futuro strumento europeo sul dovere di diligenza e la responsabilità delle imprese (la “Raccomandazione”). Il documento, adottato dal Gruppo durante la recente riunione annuale, svoltasi *online* il 17 e 18 settembre 2021, contiene, oltre alla Raccomandazione vera e propria, anche l'illustrazione di ciò che ha portato all'adozione della stessa (“*Background to the Proposal*”) e un allegato che riporta suggerimenti di diritto sostanziale sempre relativi all'adottando strumento dell'Unione europea.

La raccomandazione in parola propone l'inserimento nel futuro strumento europeo di cui si è dato conto nel paragrafo precedente del presen-

¹⁵Nemmeno la Proposta di direttiva del 23 febbraio 2022 prevede alcunché al riguardo.

¹⁶Si v. il par. 3 della Raccomandazione.

te contribuito (non dunque – come invece proponeva il progetto della Commissione giuridica – nei già esistenti regolamenti Bruxelles I-*bis* e Roma II) di alcune previsioni in materia di diritto internazionale privato e processuale e di una previsione volta a specificare l'ambito di applicazione dello strumento stesso.

Prendendo le mosse proprio da quest'ultimo profilo, si prevede che il futuro strumento europeo dovrebbe auspicabilmente applicarsi non solo alle società aventi sede nel territorio dell'Unione, ma anche a quelle che, pur avendo sede in uno Stato terzo, operano nel mercato interno vendendovi beni o prestandovi servizi. L'obiettivo di tale previsione, rendendo essa indifferente il fatto che una società abbia o meno sede all'interno dell'Unione, è – come spiegato nell'Allegato alla Raccomandazione – quello di evitare che il nuovo strumento possa incidere negativamente sull'economia degli Stati membri, inducendo le società a spostare la propria sede in uno Stato non membro al fine di sfuggire all'emananda normativa.

Venendo agli aspetti più strettamente internazionalprivatistici, deve darsi atto innanzi tutto che la Raccomandazione indica l'opportunità di inserire nel nuovo strumento una norma *ad hoc* che espressamente dichiara di applicazione necessaria le previsioni contenute nello strumento stesso, a prescindere dalla legge che sarebbe applicabile in virtù delle già esistenti norme di diritto internazionale privato in materia societaria, di obbligazioni contrattuali e di obbligazioni extracontrattuali.

Per quanto riguarda poi le disposizioni in materia di giurisdizione, la Raccomandazione prevede, in aggiunta ai criteri di cui al regolamento Bruxelles I-*bis* che rimarrebbero comunque applicabili, sia un foro attivabile in presenza di cause connesse, sia un *forum necessitatis*. La prima disposizione, relativa appunto alle cause connesse, suggerisce di prevedere la possibilità che una persona non domiciliata in uno Stato membro sia convenuta, in caso di pluralità di convenuti, davanti al giudice del luogo in cui almeno uno di essi è domiciliato. Si tratta dunque di un'ipotesi di causa connessa del tutto diversa da quella suggerita dalla Commissione giuridica del Parlamento europeo e, invece, per certi versi simile all'ipotesi attualmente prevista nell'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I-*bis*. La differenza principale rispetto alla previsione da ultimo richiamata risiede evidentemente nel fatto che la norma opererebbe anche nei

confronti di convenuti domiciliati in Stati non membri dell'Unione europea. In mancanza di una previsione siffatta, come sottolinea il commento alla proposta, la possibilità di convenire in giudizio una persona non domiciliata nell'Unione europea davanti al giudice di uno Stato membro chiamato a conoscere di una causa connessa sarebbe lasciata alla discrezionalità dei singoli legislatori nazionali, sulla base dello spazio loro concesso dall'art. 6, par. 1, del regolamento Bruxelles I-*bis*, con evidenti rischi di incertezza e di difformità di soluzioni. La seconda differenza concerne il tipo di collegamento richiesto tra le domande, il quale è meno forte di quello richiesto nell'art. 8, n. 1, del regolamento: non si richiede infatti, come fa quest'ultimo, che le domande siano «*closely connected*» o, «*que [...] soient liées entre elles par un rapport si étroit qu[...]*», ma semplicemente che le stesse siano «*connected*» | «*liées entre elles de telle sorte qu[...]*»). Per il resto, l'indicazione secondo cui sono connesse quelle domande che è opportuno trattare e decidere congiuntamente riprende quella dell'art. 8, n. 1, del regolamento Bruxelles I-*bis* («*such that it is expedient to hear and determine them together*» | «*il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps*»).

Il rilievo che una disposizione siffatta rivestirebbe da un punto di vista della tutela delle vittime di violazioni di obblighi sociali è senz'altro di grande spessore. Innanzi tutto, per quanto riguarda l'applicabilità della stessa a convenuti non domiciliati in uno Stato membro. Oltre alla considerazione secondo cui si tratterebbe di uno dei pochi titoli di giurisdizione previsti dal diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea operanti nei confronti appunto di un convenuto non domiciliato in uno Stato membro (limitandosi al regolamento Bruxelles I-*bis*, possono ricordarsi a questo proposito gli artt. 18, par. 1 e 21, par. 2, in materia, rispettivamente, di contratti conclusi dai consumatori e di contratti individuali di lavoro, nonché gli artt. 24 e 25 relativi, rispettivamente, ai fori esclusivi e inderogabili e al foro scelto dalle parti), si segnala che, attraverso tale titolo di giurisdizione, società domiciliate appunto in Stati terzi (che più frequentemente sono le dirette responsabili del presunto danno, complice la mancata previsione, da parte dello Stato in cui esse hanno sede, di idonee tutele da un punto di vista del diritto materiale) potrebbero essere attratte davanti a un foro (quello di uno Stato membro) che si assume essere maggiormente idoneo a garantire alle presunte

vittime una tutela adeguata, non solo da un punto di vista processuale, ma anche da un punto di vista sostanziale, non da ultimo a motivo del fatto che, se venisse accolta la proposta del GEDIP di cui si è detto sopra di qualificare come di applicazione necessaria le norme che saranno contenute nell’emanando strumento europeo, la legge applicabile alla responsabilità di tali società sarebbe di origine europea. Da ultimo, si segnala che pare significativa, nella norma proposta dal GEDIP, la previsione di una connessione “semplice” – e non, invece, stretta – tra le domande, al fine di poterle considerare connesse. Ciò sembra suggerire che il GEDIP abbia voluto ampliare il più possibile il numero di fattispecie a cui tale norma sarebbe applicabile.

Venendo ora alla previsione sul *forum necessitatis*, la proposta del GEDIP prevede che lo stesso sia stabilito nello Stato membro con cui il caso ha un legame («*a link*»/«*un lien*»), quando nessun’altra giurisdizione nell’Unione europea è disponibile e se un procedimento al di fuori dell’Unione è impossibile o non si può ragionevolmente richiedere che sia iniziato («*where no jurisdiction is available within the European Union, and if proceedings outside the European Union are impossible or cannot reasonably be required to be brought*» / «*lorsqu’aucune juridiction n’est compétente au sein de l’Union européenne, et si une procédure est impossible ou ne peut raisonnablement être introduite ou conduite en dehors de l’Union européenne*»).

Come ricorda il commento alla Raccomandazione, la previsione di un *forum necessitatis* non costituisce una novità per la normativa dell’Unione europea in materia di diritto internazionale privato e processuale: si ricordano, infatti, l’art. 7 del regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari¹⁷, l’art. 11 del regolamento (UE) n. 650/2012 in materia di successioni¹⁸, l’art. 11 del regolamento (UE) 2016/1103 in

¹⁷ Regolamento (CE) n. 4/2009 del Consiglio del 18 dicembre 2008 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

¹⁸ Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012 relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

materia di regimi patrimoniali tra coniugi¹⁹ e l'art. 11 del regolamento (UE) 2016/1104 in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate²⁰. Deve nondimeno segnalarsi che la formulazione di cui alla proposta del GEDIP sembra porre, al fine di individuare un foro di necessità, requisiti meno stringenti di quelli posti dalle previsioni appena ricordate. In primo luogo, la proposta del GEDIP richiede che tra il caso e lo Stato membro rilevante vi sia un mero legame («*a link*» / «*un lien*»), laddove invece le previsioni dei regolamenti richiamati richiedono che il caso abbia con lo Stato membro in cui si vorrà radicare il foro in parola un collegamento “sufficiente” («*a sufficient connection*» / «*un lien suffisant*»). In secondo luogo, la proposta del GEDIP non menziona in alcun modo la necessità che si tratti di “casi eccezionali”, come invece richiesto dalle disposizioni di cui ai regolamenti richiamati (ai sensi dei considerando n. 16 del regolamento (CE) n. 4/2009, n. 31 del regolamento (UE) n. 650/2012, n. 41 del regolamento (UE) 2016/1103 e n. 40 del regolamento (UE) 2016/1104, un caso eccezionale potrebbe per es. verificarsi nella circostanza in cui «*un procedimento si riveli impossibile nello Stato terzo interessato, per esempio a causa di una guerra civile*»). Pur trattandosi, tanto per quel che riguarda la verifica del legame tra la causa e lo Stato membro interessato, quanto per quel che concerne l'eccezionalità delle circostanze, di valutazioni del tutto soggettive implicanti in quanto tali un forte grado di discrezionalità, è evidente che il GEDIP, nell'adottare una formulazione meno stringente di quella adottata dai regolamenti menzionati, ha voluto rendere meno gravosa per la vittima di una violazione in materia di CSR la prova delle circostanze richieste al fine del radicamento di un foro di necessità.

¹⁹ Regolamento (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.

²⁰ Regolamento (UE) 2016/1104 del Consiglio del 24 giugno 2016 che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

5. *Il progetto di trattato delle Nazioni Unite relativo a uno strumento giuridico vincolante che disciplini, nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, le attività delle società e delle imprese transnazionali.*

Interessanti previsioni relative alla giurisdizione in materia di CSR si ritrovano anche nella terza bozza del Progetto di trattato ONU relativo ad un «*Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*», la cui versione più recente è del mese di agosto del 2021. L'origine di tale progetto risale al mese di giugno del 2014, quando il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni Unite adottava una risoluzione²¹ attraverso la quale istituiva un gruppo di lavoro intergovernativo (“IGWG”), presieduto dall'Ecuador, incaricato di elaborare appunto uno strumento giuridico vincolante relativo alle imprese e agli altri enti economici transnazionali con riguardo al profilo (del rispetto) dei diritti umani. Il primo documento elaborato dal gruppo di lavoro risale al 29 settembre 2017²². Negli anni a seguire sono poi state pubblicate diverse bozze del progetto, fino ad arrivare appunto a quella dell'agosto del 2021 già menzionata.

Nell'ambito di questa terza bozza, deve in particolare segnalarsi l'art. 9 del progetto, rubricato “*Adjudicative Jurisdiction*”, anch'esso volto, in linea con la tendenza di cui si è già dato conto nei paragrafi precedenti, ad offrire alla presunta vittima un foro adeguato presso cui far valere le proprie pretese. Il primo paragrafo di tale previsione indica una copiosa serie di fori cui la presunta vittima può rivolgersi, in via alternativa, per far valere azioni od omissioni relative a una violazione dei diritti umani rientrante nell'ambito di applicazione dello strumento stesso, a prescindere dalla sua nazionalità o dal suo domicilio. In particolare, tali fori sono: quello del luogo in cui la violazione si è verificata o ha prodotto i suoi effetti; quello del luogo in cui si sono verificati un'azione o un'omissione

²¹ Risoluzione A/HRC/26/L.22/Rev.1 del 25 giugno 2014.

²² Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, disponibile in https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf.

che hanno contribuito alla violazione; quello del luogo in cui è domiciliata la persona – fisica o giuridica – a cui è in ipotesi riconducibile l'azione o l'omissione che ha causato o ha contribuito a causare la violazione nell'ambito di un'attività economica, ivi incluse quelle aventi carattere transazionale; quello del luogo in cui la vittima è domiciliata o è cittadino.

La norma precisa poi che la previsione dei fori di cui si è appena detto non preclude la possibilità di adire un foro diverso sulla base di criteri di giurisdizione previsti dai trattati internazionali o dalle norme interne di volta in volta applicabili. La previsione di plurimi criteri di collegamento, alternativi tra loro e a scelta dell'attore e che inoltre non escludono l'operatività di ulteriori e diversi criteri di collegamento altrimenti applicabili è frutto di una scelta volta ad ampliare il più possibile per la presunta vittima le *chances* di ottenere un ristoro adeguato. In quest'ottica, il foro più rilevante è senza dubbio quello che prevede la possibilità di convenire in giudizio il presunto responsabile della violazione davanti al giudice del luogo in cui lo stesso è domiciliato, posto che, come già si è rilevato, tale presunto responsabile potrebbe essere domiciliato in uno Stato che appresta una tutela processuale adeguata da un punto di vista della presunta vittima.

A ciò si aggiunge, sempre nell'ambito della scelta di cui sopra, che il secondo paragrafo della previsione in esame fornisce una definizione di domicilio che è anch'essa volta ad aumentare il più possibile i fori cui la presunta vittima può rivolgersi. Infatti, si prevede non solo che una persona giuridica che esercita, anche indirettamente²³, un'attività economica avente carattere transazionale, si considera domiciliata, alternativamente, dove essa è incorporata o registrata, dove essa possiede i beni principali o dove svolge le attività principali, dove si trova la sua amministrazione o dove si trova il suo centro stabile di attività principale, ma anche che è in ogni caso fatta salva qualunque definizione più ampia di domicilio che sia prevista in qualunque strumento internazionale o nazionale altrimenti applicabile.

Completano tali disposizioni un paragrafo (n. 3) che prescrive ai giudici aventi giurisdizione sulla base delle previsioni di cui ai primi due paragrafi della norma in esame di non frapporre ostacoli, ivi inclusa la dottrina del *forum non conveniens*, alla possibilità per la presunta vittima di

²³ Tale è il significato che si ritiene debba attribuirsi all'espressione "*including through their business relationships*" presente al par. 2 dell'art. 9 del progetto in esame.

iniziare un procedimento in quella sede; un paragrafo (n. 4) relativo a cause connesse (letteralmente la norma fa riferimento ad un “*claim connected with a claim*”), in presenza delle quali – similmente a quanto si è già osservato analizzando la raccomandazione del GEDIP – davanti ai giudici di un determinato Stato si possono convenire persone (fisiche o giuridiche) non domiciliate in quel determinato Stato, purché la pretesa fatta valere nei confronti di costoro sia appunto connessa con una pretesa avanzata nei confronti di altri convenuti, essi sì domiciliati in tale Stato; infine, un paragrafo (n. 5) che prevede, in linea con le altre iniziative di cui si è già dato conto, un *forum necessitatis* nel luogo in cui la presunta vittima si trova oppure si trovano beni del presunto responsabile o quest’ultimo svolge un’attività sostanziale, quando non vi sia nessun altro foro che possa garantire lo svolgimento di un giusto processo.

6. Conclusioni.

Il presente contributo, dopo avere brevemente dato conto delle peculiari caratteristiche che il tema della responsabilità sociale di impresa possiede da un punto di vista del diritto internazionale privato e processuale, analizza, nell’ottica dell’ordinamento italiano, i profili di giurisdizione che si pongono in materia appunto di c.d. *Corporate Social Responsibility*. Dopo un’analisi della situazione legislativa attualmente esistente, e in particolare delle pertinenti norme del regolamento Bruxelles I-bis, della convenzione di Lugano del 2007 e della legge n. 218/1995, che ne dimostra l’inadeguatezza da un punto di vista della tutela offerta alle presunte vittime, sono prese in esame, anche in chiave di analisi critica, tre recenti iniziative (assunte, rispettivamente, in seno all’Unione europea, al GEDIP e alle Nazioni Unite) volte appunto a supplire alla carenza normativa che caratterizza il panorama attuale. Tali iniziative sono nel complesso lodevoli, in quanto rappresentano un tentativo di offrire una soluzione ad un tema che, ad oggi, non ne possiede di soddisfacenti. Resta tuttavia da vedere che cosa in concreto verrà fatto (sul punto il testo di risoluzione approvata dal Parlamento europeo nel marzo 2021 non lascia ben sperare) su un piano legislativo (internazionale ed europeo) e come nella prassi verranno attuate le previsioni che saranno eventualmente introdotte.

Bibliografia

- BONFANTI A., *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, 2012.
- BONFANTI A. (a cura di), *Business and human rights in Europe: International Law challenges*, 2019, Londra, 2020.
- BONFANTI A., *National report on Italy*, in C. KESSEDIAN, H. CANTÙ RIVERA (a cura di), *Private international Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Cham, 2020, p. 437 ss.
- BOSKOVIC O., *Update on PIL Aspects of Environmental Damage and Human Rights Violations in Supply Chains*, in *EAPIL Blog*, 21 dicembre 2021.
- BUTTI L., *Climate change litigation in Italy*, in W. KAHL, M.P. WELLER (a cura di), *Climate Change Litigation. A handbook*, München, 2021.
- CHALAS C., MUIR WATT H., *Vers un régime de compétence adapté à la responsabilité environnementale des entreprises multinationales? Point d'étape post-brexit (Affaires Municipio de Mariana v. BHP plc & BHP group Ltd; Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another)*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 2021, p. 333 ss.
- CHIUSSI CURZI L., *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, Leiden, 2020.
- CORDERO-MOSS G., *Between Private and Public International Law: Exorbitant Jurisdiction as Illustrated by the Yukos Case*, in *Review of Central and East European Law*, 2007, p. 1 ss.
- FRANZINA P., *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1121 ss.
- IVALDI P., *Danni alla salute, responsabilità civile delle imprese e diritto internazionale privato*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, 2017.
- KAHL W., WELLER M.P. (a cura di), *Climate Change Litigation. A handbook*, München, 2021.
- KESSEDIAN C., CANTÙ RIVERA H. (a cura di), *Private international Law Aspects of Corporate Social Responsibility*, Cham, 2020.
- KIENINGER E.M., *Conflicts of jurisdiction and the applicable law in domestic courts' proceedings*, in W. KAHL, M.P. WELLER (a cura di), *Climate Change Litigation. A handbook*, München, 2021, p. 119 ss.
- KRUGER T., *European Parliament Resolution on corporate due diligence and corporate accountability*, in *ConflictofLaws.net*, 14 aprile 2021.
- MARRELLA F., *Protection internationale des droits de l'homme et activités des socié-*

- tés transnationales, in *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, 2016, p. 291 ss.
- MARRELLA F., *I Principi Guida dell'ONU sulle imprese e i diritti umani del 2011 e l'accesso ai rimedi tramite gli strumenti di diritto internazionale privato europeo: una critica*, in M. CASTELLANETA, F. VESSIA (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa tra diritto societario e diritto internazionale*, Napoli, 2019.
- MÁRQUEZ CARRASCO C., *Adjudicate this! Foreign direct liability and civil jurisdiction in Europe*, in A. BONFANTI (a cura di), *Business and human rights in Europe: International Law challenges*, 2019, Londra, 2020.
- MILLS A., *Rethinking Jurisdiction in International Law*, in *British Yearbook of International Law*, 2014, p. 187 ss.
- MORA P.D., *Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in Naït-Liman v. Switzerland*, in *Netherlands International Law Review*, 2018, p. 155 ss.
- ROSSOLILLO G., *Forum necessitatis e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione Europea*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, p. 403 ss.
- VAN LOON H., *Actualités en matière de la responsabilité (et du devoir de vigilance) des entreprises pour violation des droits humains et atteintes à l'environnement*, Katowice, 13-15 September 2019 – Update GEDIP conference online 18-19 September 2020, disponibile sul sito internet del Gruppo europeo di diritto internazionale privato.
- VON HEIN J., *Back to the Future – (Re-)Introducing the Principle of Ubiquity for Business-related Human Rights Claims*, in *Conflictolaws.net*, 12 ottobre 2020.
- VON HEIN J., *Chris Thomale on the EP Draft Report on Corporate Due Diligence*, in *Conflictolaws.net*, 27 ottobre 2020.
- WOUTERS J., RYNGAERT C., *Litigation for overseas corporate human rights abuses in the European Union: the challenge of jurisdiction*, in *George Washington International Law Review*, 2009, p. 939 ss.
- ZAMORA CABOT F.J., HECKENDORN U.L., DE DYCKER S. (a cura di), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: Private International Law Perspectives*, Ginevra, 2017.

CAPITOLO 4

INTERESSI SUPERINDIVIDUALI E GIUDICE AMMINISTRATIVO. BREVI RIFLESSIONI A MARGINE DI AD. PLEN. 6/2020, PENSANDO ALL’“AMBIENTE” DELLE GENERAZIONI PRESENTI E FUTURE

Pasquale Pantalone

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La conferma della regola pretoria del “doppio binario” di accesso alla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali. – 3. La “collettivizzazione” degli interessi diffusi. – 4. L’ampio accesso alla giustizia amministrativa dell’interesse (diffuso) alla tutela dell’ambiente. – 5. L’ambiente come dovere di solidarietà: verso un’oggettivizzazione della giurisdizione amministrativa? – Bibliografia.

1. *Premessa.*

Il tentativo di esaminare compiutamente anche solo alcuni dei numerosi aspetti implicati dal tema oggetto della presente relazione si rivelerebbe inevitabilmente arduo. La vastità dell’argomento, la vivacità del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ne è scaturito anche in tempi più recenti¹ e il contesto nel quale queste brevi riflessioni si inscrivono,

¹Tra gli ultimi lavori monografici sul tema, si v. M. DELSIGNORE, *L’amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018. Per una loro analisi critica, si v. G. TROPEA, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, p. 449 ss.

infatti, suggeriscono di concentrare l'attenzione su un profilo d'indagine più circoscritto e che appaia maggiormente coerente sia con il titolo del Convegno "L'accesso alla giustizia nel quadro del *Sustainable Development Goal 16*", sia con il *panel* "Nuove sfide nell'accesso alla giustizia" in cui è più specificamente collocato l'intervento in questione.

In particolare, la "sfida" è sollecitata da una decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato², a partire dal cui principio di diritto si svolgeranno alcune brevi riflessioni di taglio generale con riferimento all'accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa dell'ambiente quale tipico interesse superindividuale, anche in vista della protezione degli interessi delle generazioni future.

2. *La conferma della regola pretoria del "doppio binario" di accesso alla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali.*

La vicenda posta all'attenzione dell'Adunanza Plenaria – invero concernente l'ambito della tutela dei consumatori – trae origine dall'impugnazione da parte di un gruppo di singoli risparmiatori di una serie di provvedimenti amministrativi dinanzi al TAR Lazio, adottati dalla Banca d'Italia a fine 2015 per far fronte allo stato di dissesto finanziario di alcune banche popolari italiane. Da tali provvedimenti, in particolare, era scaturito il sostanziale azzeramento del valore economico dei titoli (azionari e obbligazionari) emessi da queste banche e detenuti anche dai risparmiatori ricorrenti in giudizio.

Oltre ai singoli risparmiatori, tra i ricorrenti figurava anche il Codacons, associazione iscritta nello speciale elenco delle associazioni di categoria rappresentative a livello nazionale di cui all'art. 137 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ("Codice del consumo").

²La n. 6 del 20 febbraio 2020, su cui si v. S. FRANCA, *Il "doppio binario" di legittimazione alla prova dell'Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi? Nota a Cons. Stato, ad. plen. 20 febbraio 2020, n. 6*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, p. 1029 ss.; G. MANNUCCI, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, p. 520 ss.; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra "generalità" e "specialità"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, p. 520 ss.

In primo grado, il TAR Lazio³ ha dichiarato il ricorso in parte inammissibile (per difetto di legittimazione a ricorrere del Codacons) e in parte infondato nel merito (con riferimento alle posizioni giuridiche dei singoli risparmiatori), confermando pertanto la legittimità dei provvedimenti impugnati.

In merito al profilo – che qui più interessa – del difetto di legittimazione a ricorrere del Codacons, il TAR Lazio ha fondato la propria decisione sulla mancata previsione legislativa del diritto di azione processuale in sede giurisdizionale amministrativa in capo alle associazioni di categoria *ex art.* 137 del Codice del consumo. Gli artt. 139 e 140 di detto Codice⁴, infatti, non contemplavano espressamente l'azione di annullamento dinanzi al TAR tra le azioni giurisdizionali espressamente promuovibili da parte delle suddette associazioni.

In appello, con ordinanza n. 7208 del 23 ottobre 2019, rilevato un contrasto giurisprudenziale tra le Sezioni sul punto di diritto relativo alla legittimazione a ricorrere degli enti collettivi e ravvisata una questione di particolare importanza, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha sottoposto all'Adunanza Plenaria il seguente quesito: *«se alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento, fermo il generale divieto di cui all'art. 81 c.p.c., possa ancora sostenersi la sussistenza di una legittimazione generale degli enti esponenziali in ordine alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo, o se sia piuttosto necessaria, a tali fini, una legittimazione straordinaria conferita dal legislatore»*.

I due orientamenti giurisprudenziali contrastanti, oggetto di scrutinio da parte dell'Adunanza Plenaria, sono:

– uno, più tradizionale, che segue la regola del c.d. “doppio binario”, in base alla quale gli enti collettivi (come le associazioni), ove presentino determinati requisiti (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, non occasionalità, in taluni casi collegamento con il territorio), sarebbero legittimati di per sé, ovvero a prescindere da una specifica previsione di legge, a impugnare dinanzi al Giudice amministrativo i provvedimenti che

³ Sez. II-*quater*, 7 gennaio 2017, n. 165.

⁴ Ora trasposti dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, in materia di azione di classe, nel Titolo VIII-*bis* del Libro Quarto del c.p.c.

ritengano lesivi degli interessi diffusi della collettività della quale si configurano come ente esponenziale;

– un altro, cronologicamente più recente e incarnato in Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2016, n. 3303, invece, che fa leva su «*una nuova e più matura tassatività delle azioni esperibili*» sia sul piano soggettivo («*chi può agire*»), sia su quello oggettivo («*il tipo di azione che può essere esercitata*»), con la conseguenza che la legittimazione a ricorrere degli enti esponenziali sarebbe ammissibile nei soli casi espressamente stabiliti dalla legge.

L'Adunanza Plenaria sottopone a critica l'orientamento giurisprudenziale più recente, confermando la bontà dell'indirizzo interpretativo tradizionale, sulla base di tre principali argomenti.

In primo luogo, il progressivo riconoscimento legislativo della protezione di interessi diffusi per il tramite di enti esponenziali che ne assumono statutariamente e non occasionalmente la rappresentanza «*non può essere letto in una chiave che si risolva nella diminuzione della tutela ... ma quale emersione positiva dell'esigenza di protezione giuridica di interessi diffusi, secondo lo schema già delineato in via generale dalla giurisprudenza, e in linea con il ruolo che l'art. 2 Cost. assegna alle formazioni sociali, oltre che con la più attenta ed evoluta impostazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.*».

In secondo luogo, l'art. 81, c.p.c. («*fuori dai casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui*») non sarebbe ostativo al riconoscimento della legittimazione a ricorrere dell'ente esponenziale in assenza di una specifica norma di legge perché la situazione giuridica azionata sarebbe di esclusiva pertinenza dell'ente medesimo, il quale fa valere in nome proprio un "diritto" proprio. Infatti, l'interesse sostanziale del singolo, inteso quale componente individuale del più ampio interesse diffuso, assumerebbe il rango di interesse giuridicamente protetto (dotandosi della protezione propria dell'interesse legittimo) soltanto se proiettato nella sua dimensione collettiva, quale sintesi e non sommatoria dell'interesse di tutti gli appartenenti alla collettività o alla categoria.

In terzo luogo, nel diritto amministrativo – al contrario di ciò che accade nel diritto privato dove le posizioni coinvolte sono connesse a negozi giuridici – la norma abilitativa non sarebbe necessaria, perché «*la cura*

dell'interesse pubblico, cui l'attribuzione del potere è strumentale, non solo caratterizza, qualifica e giustifica ... la dimensione unilaterale e autoritativa del potere ... ma vale anche a dare rilievo, a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi, a posizioni giuridiche che eccedono la sfera del singolo e attengono invece a beni della vita a fruizione collettiva della cui tutela un'associazione si faccia promotrice sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività, del collegamento territoriale e della non occasionalità».

Alla luce degli argomenti sopra sinteticamente riportati, l'Adunanza Plenaria ritiene conclusivamente che *«gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso».*

3. La "collettivizzazione" degli interessi diffusi.

Il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 6/2020 conferma la tradizionale apertura della giurisprudenza amministrativa verso la tutela di interessi superindividuali originariamente adespoti, i quali non godrebbero di per sé di una protezione giuridica perché correlati a beni a fruizione condivisa.

Va rammentato, infatti, che la dimensione individuale dell'interesse legittimo e la connotazione soggettivistica del processo amministrativo (art. 24, Cost.), in origine, non hanno reso agevole l'accesso alla giustizia amministrativa dei c.d. "interessi diffusi", vale a dire di quegli interessi appartenenti a una pluralità indistinta di soggetti e attinenti a beni non suscettibili di fruizione differenziata (si pensi, fra tutti, alla protezione dell'ambiente).

In assenza di un espresso ancoraggio normativo e considerato che la tutela di interessi superindividuali non avrebbe potuto essere una esclusiva prerogativa degli enti pubblici, il grimaldello interpretativo utilizzato dalla giurisprudenza per aprire le porte del processo amministrativo all'interesse diffuso di singoli soggetti privati è stato quello di "trasformare"

tale interesse in interesse collettivo proprio dell'ente esponenziale. In forza di una *fictio iuris*, cioè, l'ente diviene titolare dell'interesse (proprio e distinto da quello) dell'intera categoria di soggetti che rappresenta⁵.

L'interesse collettivo "travestito" da interesse legittimo di cui l'ente è titolare può pertanto essere azionato o per il tramite di una norma abilitativa (nei casi di fattispecie di legittimazione straordinaria *ex lege*: c.d. "legittimazione oggettiva"), oppure previa verifica del possesso in capo allo stesso ente esponenziale di specifici requisiti (effettiva rappresentatività, finalità statutaria, non occasionalità, in taluni casi collegamento con il territorio: c.d. "legittimazione soggettiva").

Anche alla luce di quanto recentemente (ri)affermato dall'Adunanza Plenaria, quindi, l'accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa degli interessi diffusi si realizza su due distinti "binari" e con lo "schiacciamento" di tali interessi su quelli collettivi, nei quali sono più facilmente ravvisabili i tipici caratteri della personalità e della differenziazione propri dell'interesse legittimo.

Considerata la presenza di numerose ipotesi di legittimazione a ricorrere *ex lege*, tuttavia, la compatibilità – ribadita dall'Ad. Plen. n. 6/2020, cit. – del divieto di sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.* rispetto ai casi di legittimazione "soggettiva", mediante il ricorso alla *fictio* della titolarità di un interesse legittimo proprio dell'ente distinto da quello dei suoi singoli componenti, potrebbe non apparire immediatamente sorretta da un solido apparato argomentativo.

Difatti, in base alla regola del "doppio binario", se l'ente può sempre agire in giudizio nel rispetto di quei requisiti già sopra ricordati anche senza una previa base legislativa (configurando, così, una sorta di legittimazione straordinaria generalizzata), l'esistenza di specifiche ipotesi di legittimazione a ricorrere, al contrario, indurrebbe a ritenere che, «*fuori dai casi espressamente previsti dalla legge*», l'interesse del singolo individuo rappresentato sia di regola disgiunto da quello dell'ente, il quale non potrebbe dunque far valere in nome proprio un interesse altrui (art. 81 c.p.c.).

Per riportare a coerenza il sistema, si può però ritenere che le ipotesi di legittimazione oggettiva non si pongano in distonia con la predicata as-

⁵ E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, p. 271-272.

senza di alterità tra la effettiva titolarità dell'interesse (in capo al singolo rappresentato) e il soggetto che lo fa valere (l'ente rappresentante), bensì costituiscano soltanto una *species* del *genus* delle ipotesi di legittimazione soggettiva che, a differenza di queste ultime, hanno soltanto acquisito un espresso riconoscimento legislativo.

Una parte della dottrina⁶ ha osservato che gli interessi collettivi rappresentino “l'altra faccia” degli interessi degli appartenenti a una collettività che non sono emersi in sede di rappresentanza politica. In altri termini, tali interessi non hanno avuto la forza in sede legislativa di “soggettivizzarsi”, non potendo assurgere al rango di diritti soggettivi, interessi legittimi o interessi pubblici.

In ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), essi avrebbero comunque il merito di svolgere un ruolo supplente a tutela dell'individuo nei confronti del potere pubblico quando l'ente pubblico coinvolto non rappresenti efficacemente gli interessi di tutti i componenti della collettività, oppure in casi nei quali la complessità della materia imponga che l'interesse superindividuale da tutelare sia riferibile a un gruppo organizzato perché più attrezzato ad affrontare gli ostacoli (di carattere economico ma anche qualitativo) di accesso alla giustizia che incontrerebbe il singolo individuo.

4. *L'ampio accesso alla giustizia amministrativa dell'interesse (diffuso) alla tutela dell'ambiente.*

Alla luce di queste coordinate teoriche, mi accingo a svolgere alcune riflessioni più specifiche sulla protezione in sede giurisdizionale amministrativa dell'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente, anche nell'ottica delle generazioni future.

La tutela dell'ambiente rappresenta l'interesse diffuso per eccellenza, la cui protezione giurisdizionale trova un espresso fondamento legislativo nel nostro ordinamento già a far data dal 1986⁷.

⁶ M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 385 ss.

⁷ In dottrina, si v., *ex multis*, M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere delle asso-*

L'art. 18, comma 5, legge 8 luglio 1986, n. 349 (istitutiva del Ministero dell'ambiente), infatti, stabilisce che le associazioni ambientaliste di dimensione nazionale e ultraregionale, individuate con decreto del Ministro dell'ambiente ex art. 13 della legge succitata, possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.

La regola pretoria del "doppio binario", peraltro, ha consentito l'accesso alla giustizia amministrativa anche di associazioni e comitati di protezione dell'ambiente non riconosciuti ai sensi dell'art. 13 della legge n. 349/1986, laddove, volta per volta, siano dimostrati in giudizio: il perseguimento statutario in modo non occasionale di obiettivi di protezione ambientale, la presenza di un adeguato grado di rappresentatività e stabilità, l'individuazione di un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa⁸.

L'ampiezza della tutela dell'interesse ambientale è dimostrata anche sotto il profilo oggettivo degli atti impugnabili, atteso che l'orientamento giurisprudenziale prevalente ammette che possano essere censurati anche atti amministrativi generali di natura pianificatoria e programmatica, qualora incidenti negativamente sugli interessi ambientali, in ragione della loro strumentalità rispetto alla corretta valutazione delle ricadute sul paesaggio e sull'ambiente degli interventi programmati⁹.

L'accesso alla giustizia in materia ambientale è significativamente valorizzato anche sul piano sovranazionale.

L'art. 1 della Convenzione di Aarhus, sottoscritta il 25 giugno 1998 e ratificata in Italia con legge n. 108/2001, al fine di «contribuire a tutelare il diritto di ogni persona, nelle generazioni presenti e future, a vivere in un ambiente atto ad assicurare la sua salute e il suo benessere», impone a cia-

ciazioni ambientali: questioni aperte, in *Riv. giur. amb.*, 2020, p. 179 ss.; F. GIGLIONI, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1, p. 413 ss.; P. DURET, *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 3, p. 688 ss.

⁸ *Ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. I, 18 dicembre 2019, n. 3182.

⁹ Cons. Stato, n. 3182/2019, cit.; sez. V, 24 maggio 2018, n. 3109; sez. IV, 14 aprile 2011, n. 2329; TAR Lombardia, sez. II, 29 gennaio 2021, n. 283; TAR Veneto, sez. II, 18 gennaio 2017, n. 50.

scuna Parte di garantire il diritto di accesso alle informazioni, di partecipazione del pubblico ai processi decisionali e di accesso alla giustizia in materia ambientale in conformità a quanto stabilito dalla medesima Convenzione.

In particolare, l'art. 9, par. 2 della Convenzione prevede che i membri del «*pubblico interessato*», che vantino un «*interesse sufficiente*» o, in alternativa, che facciano valere la «*violazione di un diritto*», abbiano accesso a una procedura di ricorso dinanzi a un organo giurisdizionale e/o a un altro organo indipendente e imparziale istituito dalla legge, per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti o omissioni in materia ambientale da parte di soggetti pubblici e privati.

Ai sensi dell'art. 2 della Convenzione, per «*pubblico interessato*» si intende in senso ampio «*il pubblico che subisce o può subire gli effetti dei processi decisionali in materia ambientale o che ha un interesse da far valere al riguardo; ai fini della presente definizione si considerano titolari di tali interessi le organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente e che soddisfano i requisiti prescritti dal diritto nazionale*». Viene altresì precisato che «*le nozioni di "interesse sufficiente" e di "violazione di un diritto" sono determinate secondo il diritto nazionale, coerentemente con l'obiettivo di offrire al pubblico interessato un ampio accesso alla giustizia nell'ambito della presente convenzione*».

Alla luce di quanto sopra, dunque, una volta qualificate come tali secondo il diritto nazionale in base a criteri non inutilmente gravosi e discriminatori, alle associazioni ambientaliste è automaticamente riconosciuta la *legitimatio ad causam*, senza che sia necessario dimostrare la lesione di una specifica situazione giuridica soggettiva ascrivibile all'associazione.

Anche a livello eurounitario, in linea con quanto previsto dalla succitata Convenzione e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali («*Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*»), nelle comunicazioni dell'11 dicembre 2019 (sul *Green Deal* europeo) e del 14 ottobre 2020 («*Migliorare l'accesso alla giustizia in materia ambientale nell'UE e nei suoi Stati membri*»), la Commissione europea si è impegnata a favorire l'accesso più agevole alla giustizia dei cittadini e delle organizzazioni non governative che promuovono la tutela dell'ambiente dinanzi alla Corte di giustizia dell'UE e agli organi giurisdizionali nazionali. E ciò anche attra-

verso la disapplicazione da parte del giudice nazionale delle norme interne che prevedano «*indebite limitazioni alla legittimazione ad agire*»¹⁰.

A una esigenza di maggiore tutela giurisdizionale delle organizzazioni non governative, per esempio, si è ispirato il Regolamento UE n. 1767 del 6 ottobre 2021, che ha parzialmente modificato il vigente Regolamento CE n. 1367 del 6 settembre 2006 sull'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Aarhus alle istituzioni e agli organi dell'UE.

5. *L'ambiente come dovere di solidarietà: verso un'oggettivizzazione della giurisdizione amministrativa?*

È stato condivisibilmente affermato¹¹ che l'ampio accesso degli enti collettivi alla giustizia amministrativa sia funzionale a un controllo diffuso sull'amministrazione dell'ambiente, il quale costituisce «*un importante presidio non solo in vista della soddisfazione di interessi individuali, ma altresì della effettività delle stesse norme poste a tutela dell'ambiente e quindi del relativo interesse pubblico*». L'operato delle associazioni ambientaliste «*è in effetti finalizzato all'interesse (non individuale, ma) generale (nazionale come europeo) a che il contrasto con le garanzie procedurali e sostanziali poste a tutela dell'ambiente sia effettivamente sanzionato, in sede giurisdizionale*».

L'obiettivo della massima protezione dell'ambiente, cioè, sembra rendere recessiva, ai fini dell'accesso alla giustizia, la natura della situazione giuridica soggettiva fatta valere, innervando il processo amministrativo di tratti più spiccatamente oggettivi.

D'altra parte, quasi a rammentare l'originaria connotazione oggettiva della giurisdizione amministrativa, la stessa Ad. Plen. n. 6/2020 ha precisato che la dimensione autoritativa del potere pubblico, oltre a caratteriz-

¹⁰ Comunicazione della Commissione UE del 14 ottobre 2020, par. 37; sul punto, si v. altresì Corte di Giustizia UE, 8 marzo 2011, C-240/09, *Lesoochránárske zoskupenie*; 3 ottobre 2019, C-197/18, *Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland e a.*

¹¹ F. GOISIS, *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 101 ss.

zare i rapporti di diritto amministrativo rispetto a quelli di diritto privato, vale anche ad attribuire agli interessi superindividuali un rilievo che è «ordinario» – ossia «a prescindere da espliciti riconoscimenti normativi» – nei primi e che è invece «eccezionale» nei secondi.

Questa tendenza a valorizzare la dimensione oggettiva della tutela piuttosto che il soggetto legittimato ad agire in giudizio si salda con la tesi che configura l'ambiente non come (l'oggetto di) un diritto (soggettivo), bensì come (l'oggetto di) un dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) che incombe anzitutto (ma non solo) sui soggetti pubblici a ciò deputati¹².

Il passaggio dall'antropocentrismo del diritto all'antropocentrismo del dovere pare meglio in grado di spiegare lo "smussamento" delle spigolature della giurisdizione di tipo soggettivo con riferimento alla tutela dell'ambiente, la quale si realizza primariamente mediante l'adempimento di comportamenti giuridicamente doverosi che l'ordinamento presidia.

A conferma della plausibilità di questa differente impostazione teorica, basti menzionare le c.d. *climate change litigations*, ove, a ben vedere, non si discute di "diritti" in capo a soggetti inesistenti, ma piuttosto di mancato adempimento di doveri di protezione ambientale da parte degli Stati¹³.

Questa spinta verso una maggiore oggettivizzazione del processo am-

¹²F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss.; di recente, dello stesso A., si v. *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Dir. econ.*, numero monografico speciale, 2021, p. 55 ss.

¹³ Si v. il noto caso *Urgenda* in cui la Corte suprema olandese ha condannato nel dicembre 2019 il Governo a ridurre di almeno il 25% le emissioni di CO₂ entro la fine del 2020, oppure, di recente, la sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 24 marzo 2021, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale della legge tedesca sul cambiamento climatico del 12 dicembre 2019 per l'assenza di indicazioni dettagliate sulla riduzione delle emissioni dopo il 2030. In dottrina, cfr. M. RAMAJOLI, *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 1, p. 53 ss.; S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, p. 293 ss.; E.G. ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi*, 2021, 17, p. 66 ss.

ministrativo sarebbe di estremo aiuto anche in vista della proiezione intergenerazionale della problematica ambientale, per rendere più facilmente giustiziabili i doveri finalizzati al soddisfacimento dell'interesse delle generazioni future, che trovano un diretto fondamento nell'art. 2, Cost., "letto" unitamente al principio dello sviluppo sostenibile¹⁴.

Difatti, in questo modo si risolverebbe in radice l'arduo problema della previa definizione di un titolare di diritti o di un rappresentante delle generazioni future, evitando eccessive forzature giuridiche (come quella di prevedere diritti in capo alla natura o a soggetti che non sono ancora venuti ad esistenza). Dovrebbe così escogitarsi un meccanismo di attivazione del sindacato giurisdizionale su impulso di enti collettivi privati e/o di organi pubblici che abbia per oggetto l'esatto adempimento dei doveri di protezione che sono a carico dei "custodi" dell'ambiente¹⁵.

Si badi bene: non si intende con ciò neutralizzare l'operatività degli irrinunciabili congegni della democrazia rappresentativa attraverso una estesa legittimazione a ricorrere *uti civis*¹⁶, né considerare illimitata la discrezionalità del Giudice nella selezione degli interessi meritevoli di tutela per l'oggettiva salvaguardia della legittimità amministrativa.

Anche se si può discutere in ordine alla tenuta delle categorie processuali tradizionali, è pur vero che la rilevanza e le peculiarità dei problemi

¹⁴ Art. 3-*quater*, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. L'8 febbraio 2022 la Camera dei deputati ha definitivamente approvato, in seconda deliberazione con la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, il disegno di legge costituzionale – già approvato dal Senato con doppia deliberazione – che inserisce, tra l'altro, un ulteriore comma nell'art. 9, Cost., secondo il quale la Repubblica «Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali». La proiezione intergenerazionale della tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi acquista dunque anche un espresso rilievo costituzionale

¹⁵ G. FRACCHIA, *Quis custodiet custodes? Standing, metaphysics and transgenerational bond*, in T. ANDINA, F. CORVINO (a cura di), *Climate Justice: theory and practice*, E-International Relations, in corso di pubblicazione.

¹⁶ In argomento, si v. E. ROMANI, *Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Dir. econ.*, numero monografico speciale, 2021, p. 204 ss.

ambientali richiedono l'elaborazione di nuove soluzioni giuridiche che il giudice amministrativo potrebbe senz'altro valutare, avendo sovente mostrato – come si può evincere anche dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria n. 6/2020 – un approccio sufficientemente flessibile. A tacere della soluzione giuridica che dovrà essere concretamente elaborata, cionondimeno, occorre constatare che la tutela dell'ambiente – anche guardata nella sua dimensione intergenerazionale – e il sindacato di carattere prevalentemente oggettivo che essa involge, dimostrano ancora una volta la significativa rilevanza e la straordinaria capacità di adattamento della giurisdizione amministrativa rispetto alle nuove e complesse sfide nell'accesso alla giustizia di interessi superindividuali.

Bibliografia

- ASSANTI E.G., *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi*, 17, 2021, p. 66 ss.
- CASSETTA E., FRACCHIA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2021, p. 271-272.
- CUDIA C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Santarcangelo di Romagna, 2012.
- DELSIGNORE M., *La legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali: questioni aperte*, in *Riv. giur. amb.*, 2020, p. 179 ss.
- DELSIGNORE M., *L'amministrazione ricorrente. Considerazioni in tema di legittimazione nel giudizio amministrativo*, Torino, 2020.
- DURET P., *Riflessioni sulla legitimatio ad causam in materia ambientale tra partecipazione e sussidiarietà*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2008, p. 688 ss.
- FRACCHIA F., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss.
- FRACCHIA F., *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Dir. econ.*, numero monografico speciale, 2021, 55 ss.
- FRACCHIA G., *Quis custodiet custodes? Standing, metaphysics and transgenerational bond*, in T. ANDINA, F. CORVINO (a cura di), *Climate Justice: theory and practice*, E-International Relations, in corso di pubblicazione.

- FRANCA S., *Il “doppio binario” di legittimazione alla prova dell’Adunanza Plenaria. Quale spazio per la legittimazione soggettiva degli enti esponenziali di interessi collettivi? Nota a Cons. Stato, ad. plen. 20 febbraio 2020, n. 6*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, p. 1029 ss.
- GIGLIONI F., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell’ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, p. 413 ss.
- GILIBERTI B., *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020.
- GOISIS F., *Legittimazione al ricorso delle associazioni ambientali ed obblighi discendenti dalla Convenzione di Aarhus e dall’ordinamento dell’Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2012, p. 101 ss.
- MANNUCCI G., *La legittimazione a ricorrere delle associazioni: fuga in avanti o ritorno al passato?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, p. 520 ss.
- MIRATE S., *La legittimazione a ricorrere delle associazioni di consumatori tra “generalità” e “specialità”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, 4, p. 520 ss.
- MIRATE S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018.
- MIRATE S., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un’analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2020, p. 602 ss.
- OCCHIENA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002, p. 385 ss.
- RAMAJOLI M., *Il cambiamento climatico tra Green Deal e Climate Change Litigation*, in *Riv. giur. amb.*, 1, 2021, p. 53 ss.
- ROMANI E., *Il principio dello sviluppo sostenibile nella sua dimensione processuale: suggestioni per una legittimazione a ricorrere uti civis*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell’ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Dir. econ.*, numero monografico speciale, 2021, p. 204 ss.
- TROPEA G., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: una rassegna critica della letteratura recente*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, p. 449 ss.
- VALAGUZZA S., *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2021, p. 293 ss.

CAPITOLO 5

IL DINIEGO DI GIUSTIZIA VISTO ATTRAVERSO
IL CASO *LION C. MESSICO* E I PARADOSSI
DELLA VICENDA CHEVRON

Luigi Crema

SOMMARIO: 1. Introduzione: dal bisogno di una tutela internazionale in caso di non accesso alla giustizia, all'ingiustizia di una tutela internazionale parziale. – 2. La patologia degli ordinamenti statali. – 2.1. La protezione degli investimenti stranieri non tutelati dagli ordinamenti statali. – 2.2. Il lodo *Lion c. Messico*. – 3. La debole fisiologia dell'ordinamento internazionale e l'emergere di nuove patologie. – 4. Le controversie *Chevron/Texaco* e i paradossi a cui arriva la limitata giurisdizione internazionale. – 4.1. Le vicende giudiziarie tra Chevron/Texaco ed Ecuador: i fatti e i procedimenti principali. – 4.2. Il lodo *Chevron II*. A chi è stata negata la giustizia? – 5. Un paradosso insolubile? – Bibliografia.

1. *Introduzione: dal bisogno di una tutela internazionale in caso di non accesso alla giustizia, all'ingiustizia di una tutela internazionale parziale.*

La tutela dei cittadini stranieri contro il diniego di giustizia è consolidata nel diritto internazionale consuetudinario più risalente, e confermata in molteplici fonti pattizie di epoche diverse¹. Il fatto che sia consoli-

¹La letteratura è particolarmente ampia: si rimanda in particolare a CH. DE VISCHER, *Le déni de justice en droit international*, in *Recueil des cours*, vol. 52, 1935, p. 365; A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938; J. PAULSSON, *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005; F. FRANCONI,

data, tuttavia, non implica che sia anche chiara nei suoi contorni effettivi. Charles De Visser, già nel 1935, la definiva come uno dei concetti «*più antichi e peggio chiariti del diritto internazionale*»².

Essa è oggi centrale nel diritto internazionale degli investimenti, ovvero di quel diritto che regola e protegge gli investimenti dei privati all'estero. Come nota Francesco Francioni:

«*Denial of justice lies at the heart of the development of international law on the treatment of aliens and of foreign investment. At the same time this notion is inextricably linked to the broader concept of access to justice, understood as the individual's right to obtain the protection of the law and the availability of legal remedies before a court or other equivalent mechanism of judicial or quasi-judicial protection*»³.

Il presente capitolo si struttura in due parti. Una prima dedicata alla *patologia dell'ordinamento nazionale*, il quale talvolta si rivela uno strumento non sempre adeguato a garantire giustizia per chi investe all'estero, e alla *fisiologia della giustizia internazionale*, che si propone di dare un foro a chi ne è stato privato e restaurare una giustizia altrimenti compromessa. Una seconda dedicata alla *patologia dell'ordinamento internazionale*, che talvolta abbandona il sentiero del suo svolgersi fisiologico, ordinato all'ottenimento della giustizia, per rivelarsi uno strumento spuntato, parziale, che non solo è inadeguato a risolvere una data controversia ma che nella propria limitata capacità di conoscere e amministrare la giustizia può rivelarsi uno strumento che ne acuisce i problemi.

Per illustrare le due dinamiche si sono scelti due casi. La prima verrà illustrata attraverso il lodo *Lion c. Messico*, del 20 settembre 2021⁴, che si distingue per la ricostruzione ricca e pregevole della giurisprudenza inter-

M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008; Z. DOUGLAS, *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 867.

² DE VISSCHER, *Le déni*, cit., p. 369.

³ F. FRANCONI, *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 729.

⁴ *Lion Mexico Consolidated LP c. Stati Uniti del Messico* (Award), caso ICSID n. ARB(AF)/15/2, 20 settembre 2021.

nazionale in materia di trattamento giusto ed equo e del diniego di giustizia. Il secondo di essi è, invece, il c.d. *caso Chevron*, che da anni ormai è assurto agli onori della cronaca per i drammatici danni all'ambiente e alle comunità amazzoniche del Lago Agrio, per gli innumerevoli procedimenti giudiziari ad esso connessi, nonché per le cifre ingentissime che diverse corti e tribunali arbitrali hanno indicato come riparazione⁵. In particolare, ci si soffermerà sui risultati parziali a cui il c.d. lodo *Chevron II* ha condotto⁶.

2. La patologia degli ordinamenti statali.

2.1. La protezione degli investimenti stranieri non tutelati dagli ordinamenti statali.

Il diritto internazionale degli investimenti ha come scopo originario quello di proteggere gli investimenti transnazionali dalle ingerenze indebite degli stati⁷. Più di recente si è ad esso ricollegata anche un'ulteriore funzione, quella di *promozione* degli investimenti stranieri, tut-

⁵J. KIMERLING *et al.*, *Amazon crude*, New York, 1991; P.M. BARRETT, *Law of the Jungle: The \$ 19 Billion Legal Battle Over Oil in the Rain Forest and the Lawyer Who'd Stop at Nothing to Win*, New York, 2014; N. CELY, *Balancing Profit and Environmental Sustainability in Ecuador: Lessons Learned from the Chevron Case*, in *Duke Environmental L. & Pol. Forum*, 2014, p. 353; D. KHATAM, *Chevron and Ecuador Proceedings: A Primer on Transnational Litigation Strategies*, in *Stanford Journal of International Law*, 2017, p. 249; P. JAROSLAVSKY, F. WAJNMAN, *The Chevron Saga: The Denial of Justice Standard under the Fair and Equitable Treatment and Customary International Law*, in *European investment law and arbitration review*, 2019, p. 274.

⁶*Chevron Corporation e Texaco Petroleum Company c. Repubblica dell'Ecuador* (Second Partial Award on Track II), caso PCA 2009-23, 30 agosto 2018. Il lodo è detto *Chevron II* per distinguerlo da uno iniziato nel 2006 presso la medesima istituzione, *Chevron Corporation (USA) e Texaco Petroleum Company (USA) c. Repubblica dell'Ecuador* (Award), caso PCA n. 34877, 31 agosto 2011. In letteratura questi due arbitrati sono talvolta nominati *Chevron II* e *Chevron III* perché nel computo si include anche un arbitrato cominciato da Chevron a New York nel 2004 e volto a fare ottenere un indennizzo a Texaco da parte dell'Ecuador – Ecuador che prevalse in questo primo arbitrato.

⁷FRANCIONI, *Access to Justice*, cit., pp. 732-737.

tavia originariamente esso riguardava la sola protezione⁸.

Le clausole che proteggono gli investimenti transnazionali – sia quando contenute in accordi internazionali, come quelli bilaterali di protezione degli investimenti o di libero scambio, sia quando contenute negli *state contracts* tra stati e privati – contengono pressoché sempre una clausola attraverso cui uno stato si impegna a garantire un trattamento giusto ed equo agli investimenti stranieri, e/o un trattamento secondo il *minimum standard*. Il concetto di diniego di giustizia si ritiene incluso in entrambe queste due clausole⁹.

Quest'obbligo di tutela, inoltre, è presente anche nel diritto internazionale consuetudinario, come chiarito in una pronuncia spesso ripresa dagli arbitrati tra stati e privati sugli investimenti internazionali, come nel caso *Mondev c. USA*¹⁰, vale a dire il caso *ELSI*, deciso dalla Corte internazionale di giustizia nel 1989¹¹.

Le ultime evoluzioni in materia di trattati sugli investimenti confermano l'inclusione del diniego di giustizia all'interno della clausola del trattamento giusto ed equo o del *minimum standard*. Negli ultimi anni gli stati hanno mostrato una maggiore attenzione rispetto al passato nel calibrare nel dettaglio le garanzie da attribuire agli investitori stranieri per

⁸ Su questa distinzione si permetta il rinvio a L. CREMA, *Disappearance and New Sightings of Restrictive Interpretation(s)*, in *European Journal of International Law*, 2010, pp. 698-700.

⁹ M. PAPARINSKIS, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2013, pp. 182-216; *Chevron II*, par. 8.24.

¹⁰ «[i]n the *ELSI* case, a Chamber of the Court described as arbitrary conduct that which displays “a wilful disregard of due process of law, [...] which shocks, or at least surprises, a sense of judicial propriety”. [...] The test is not whether a particular result is surprising, but whether the shock or surprise occasioned to an impartial tribunal leads, on reflection, to justified concerns as to the judicial propriety of the outcome, bearing in mind on the one hand that international tribunals are not courts of appeal, and on the other hand that Chapter 11 of NAFTA (like other treaties for the protection of investments) is intended to provide a real measure of protection», *Mondev International Ltd. c. United States of America* (Award), caso ICSID n. ARB(AF)/99/2, 11 ottobre 2002, par. 127. Nello stesso senso si v. *TECO Guatemala Holdings, LLC v. The Republic of Guatemala* (Award), caso ICSID n. ARB/10/23, 19 dicembre 2013, par. 454.

¹¹ *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Stati Uniti d'America c. Italia)* (Judgment), ICJ Reports 1989, par. 128.

evitare possibili interpretazioni troppo estensive delle stesse¹². Questa maggiore attenzione ha portato a una descrizione più analitica del contenuto del trattamento giusto ed equo e del *minimum standard*. Il diniego di giustizia si trova sempre esplicitato tra gli elementi fondamentali di questi concetti. Si prendano ad esempio i modelli di trattati bilaterali degli Stati Uniti e del Canada¹³, oppure l'art. 8.10(2) dell'Accordo economico e commerciale globale (CETA) tra Canada e Unione Europea del 2016, dedicato al *Treatment of Investors and of Covered Investments*¹⁴. L'attenzione recente verso la clausola del trattamento giusto ed equo ha portato a dettagliare, ed includere, il diniego di giustizia come elemento caratterizzante dello stesso, invece che ad escluderlo.

2.2. *Il lodo Lion c. Messico.*

Nonostante il diniego di giustizia sia ritenuto pacificamente come facente parte delle garanzie offerte dalla clausola del trattamento giusto ed equo, è molto raro trovare degli arbitrati internazionali sugli investimenti che abbiano rilevato la sua effettiva violazione. In particolare, non era mai stato invocato con successo da tribunali arbitrali formati ai sensi del non più in vigore NAFTA, il trattato di libero scambio tra Canada, Stati Uniti d'America e Messico del 1992¹⁵. Per questa ragione il lodo *Lion c. Messico*, del 20 settembre 2021¹⁶, è particolarmente rilevante. In questo lodo non solo viene riconosciuta per la prima volta la violazione dell'ac-

¹² A. REINISCH, *Advanced Introduction to International Investment Law*, Northampton, 2020, Sect. 3.4.

¹³ Art. 5(2)(a) dello *US Model BIT* del 2004.

¹⁴ «2. *A Party breaches the obligation of fair and equitable treatment referenced in paragraph 1 if a measure or series of measures constitutes: (a) denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings ...*».

¹⁵ North American Free Trade Agreement (NAFTA), Città del Messico, Ottawa, Washington DC, 17 dicembre 1992, entrato in vigore il 1° gennaio 1994. Questo trattato è oggi sostituito dall'*U.S.-Mexico-Canada Agreement* (USMCA), Buenos Aires, 30 novembre 2018, in vigore dal 1° luglio 2020.

¹⁶ *Lion Mexico Consolidated LP c. Stati Uniti del Messico* (Award), caso ICSID n. ARB(AF)/15/2, 20 settembre 2021 (J. Fernández-Armesto, Presidente; D.J.A. Cairns e L. Boisson de Chazournes, arbitri).

cesso alla giustizia ai sensi del NAFTA, ma si dedica anche una lunga sezione all'evoluzione di tale concetto nel tempo.

La controversia riguardava una società canadese che aveva prestato più di 30 milioni di dollari a un uomo d'affari messicano sotto forma di mutui e cambiali al fine di promuovere degli investimenti di sviluppo immobiliare di tre proprietà in Messico. Successivamente, questi crediti erano stati cancellati dall'autorità pubblica messicana, e la società canadese che aveva operato i prestiti attraverso la propria sussidiaria messicana aveva sottolineato l'impossibilità di agire efficacemente attraverso la giustizia civile o amministrativa del Messico avverso queste cancellazioni.

A fronte di questa difficoltà, nel 2015, la società *Lions* contestò la violazione del *minimum standard of treatment* garantito dal NAFTA, e cominciò sulla base dello stesso trattato un procedimento arbitrale, con seggio presso Washington D.C., regolato dalle *ICSID Additional Facilitative Rules*.

Il tribunale comincia, ai par. 199-201, a definire cosa si intenda per diniego di giustizia e per diritto d'accesso alla giustizia nel diritto internazionale degli investimenti:

«*Denial of justice [...] is a defect in a country's organization of courts or administration of justice, resulting in the country's violating its international legal duties to protect aliens. [...] A denial of justice, in a broad sense, occurs whenever a State, through any department or agency, fails to observe, with respect to an alien, any duty imposed by international law or by treaty with his country. [...] [A] narrower view prevails [and] encompasses administrative acts, whether manifestly unjust court decisions on the merits can constitute denial of justice, and whether subjective elements, such as bad faith, should be required*»¹⁷.

Il lodo prosegue affermando che il diniego di giustizia è incluso nel *minimum standard of treatment* garantito dall'art. 1105 del NAFTA¹⁸.

¹⁷ *Lion Mexico Consolidated LP c. Stati Uniti del Messico* (Award), caso ICSID n. ARB(AF)/15/2, 20 settembre 2021, par. 199-201.

¹⁸ *Lion Mexico Consolidated LP c. Stati Uniti del Messico* (Award), caso ICSID n. ARB(AF)/15/2, 20 settembre 2021, par. 206. L'art. 1105 del NAFTA recita: «*Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security*».

Riprendendo la posizione di Jan Paulsson¹⁹, il tribunale arbitrale sottolinea la scarsa utilità del distinguere tra diniego di giustizia *sostanziale* e *procedurale* delineata in alcuni lodi precedenti²⁰, sostenendo che nel diritto internazionale degli investimenti contemporaneo il diniego di giustizia debba sempre intendersi come *procedurale*. Il tribunale di fatto rigetta la (autorevolissima) dottrina di Zachary Douglas, secondo cui nel diritto internazionale c'è sempre una connessione tra ingiustizia procedurale e tutela di un diritto sostanziale²¹. Per Douglas soffermarsi solo sulla prima non porterebbe a un risultato giusto, che si può ottenere solo la protezione del diritto garantisce una giustizia tanto procedurale quanto sostanziale²².

Nel lodo *Lions* si raggiunge una conclusione diversa. L'arbitrato internazionale sugli investimenti, infatti, non dev'essere concepito come un appello sul merito dell'operato del giudice interno: «*it is trite to repeat that international tribunals cannot be and do not constitute domestic courts of appeal*»²³.

Dopo avere chiarito questo primo aspetto, il tribunale passa poi ad analizzare le fattispecie incluse nel diniego di giustizia. Esso si verifica quando viene negato: *i*) il diritto ad avere accesso a un giudice; *ii*) il diritto a essere sentito e a partecipare ad un procedimento; oppure *iii*) il diritto a ottenere una decisione senza ingiustificato ritardo²⁴.

Diritto di accesso alla giustizia. Il tribunale, commentando lodi arbitra-

¹⁹ J. PAULSSON, *Denial*, cit., pp. 82 e 98: «*in modern international law there is no place for substantive denial of justice [...] If a judgment is grossly unjust, it is because the victim has not been afforded fair treatment [...] Extreme cases should thus be dealt with on the footing that they are so unjustifiable that they could have been only the product of bias or some other violation of the right of due process. [...] denial of justice is always procedural*»; si v. anche F. FRANCONI, *Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale*, in F. FRANCONI *et al.*, *Accesso*, cit., pp. 13-19 e 31-34.

²⁰ *Jan de Nul N.V. c. Repubblica Araba d'Egitto* (Award), caso ICSID n. ARB/04/13, 6 novembre 2008, para 204; *Jan Oostergetel e Theodora Laurentius c. Repubblica Slovacca* (Final Award), UNCITRAL, 23 aprile 2012.

²¹ Z. DOUGLAS, *International*, cit., p. 884.

²² *Ivi*, pp. 870, 887 e 890.

²³ *Lion c. Mexico*, cit., par. 218.

²⁴ *Lion c. Messico*, cit., par. 220 ss.

li e diversa dottrina²⁵, osserva che l'esistenza di un diritto ad avere accesso alla giustizia è oggi pacifico nel diritto internazionale (par. 221). Esso può ritenersi violato, in diversi casi: quando avviene una «*purposeful disruption of the commencement of the proceedings, or even the absence of notification about proceedings that exclude the possibility to challenge them*» (par. 222); quando non è garantita né la possibilità fisica di accedere a una corte (par. 225), né il tempo necessario per farlo (par. 226); quando non è stata data la possibilità di poter presentare le proprie posizioni durante un procedimento o di portare le dovute prove (par. 227); nel caso in cui, infine, il procedimento non sia stato notificato allo straniero e si sia deciso in sua assenza (par. 228). Il lodo specifica poi che queste garanzie riguardano tutti gli eventuali gradi di giudizio eventualmente previsti dalla legge (par. 228).

Diritto di difesa e di prova. Il tribunale comincia ricordando che l'esistenza del diritto di difesa e di prova nel diritto internazionale è unanimemente riconosciuto tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza internazionale (par. 230), evidenziando ch'esso debba ritenersi violato: quando un tribunale si rifiuti di sentire la parte interessata o di ricevere le prove ch'essa presenta; quando alla parte viene negato il diritto di avere un avvocato o di presentare appello; quando, infine, un tribunale mostri una chiara intenzione di non voler verificare le dichiarazioni di un testimone chiave o di voler considerare una prova decisiva (parr. 231-237).

Proibizione di un ritardo ingiustificato. Anche in questo caso il tribunale comincia ricordando la pressoché unanime inclusione di questo aspetto nel diniego di giustizia (par. 238) per poi concentrarsi sui diversi lodi e

²⁵ E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *International Law in the Past Third of a Century*, p. 159; J. PAULSSON, *Denial*, cit., pp. 82 e 98; M. PAPANISKIS, *The International*, cit., p. 190; A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, 1938, pp. 267-268. *The Ambatielos Claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Award, 6 marzo 1956, in *United Nations Reports of International Arbitral Awards*, vol. 12, p. 111; *Jacob Idler v. The United States of Venezuela, Claim No. 2*, Award, 14 luglio 1890, in *United States and Venezuelan Commission, Opinions*, pp. 152-153; *Award Pronounced in the case of Cotesworth and Powell*, in H. LA FONTAINE, *Pasricrisie Internationale: Historie Documentaire des Arbitrages Internationaux*, 1902, p. 188; *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. Repubblica del Tajikistan (Partial Award on Jurisdiction and Liability)*, caso SCC n. V(064/2008), 2 settembre 2009, parr. 82, 221, 227.

sentenze internazionali che ne hanno specificato il contenuto (par. 239-244). In particolare la giurisprudenza ha messo in luce che non esiste uno *standard* unico in materia di lunghezza ingiustificata di un procedimento, ma che la valutazione dev'essere in concreto, a seconda dei fatti del caso²⁶:

«*There is not, under international law, a specific measure by which lapses of time may be condemned as excessive: the lapse is to be considered on a case-by-case ...*»²⁷.

Questi fattori includono la complessità del caso, il comportamento tenuto dalle parti durante il procedimento, gli interessi in gioco, nonché l'atteggiamento del tribunale giudicante²⁸.

3. *La debole fisiologia dell'ordinamento internazionale e l'emergere di nuove patologie.*

Se, da una parte, l'ordinamento internazionale si pone come garante del rispetto dei diritti degli stranieri che investono in un altro stato, dall'altra non propone agli investitori un vero e proprio grado di appello dove poter accedere a, e valutare, tutti i fatti all'origine di una controversia, e decidere secondo *tutte* le norme di diritto internazionale rilevanti per la risoluzione di un caso. Esso, infatti, propone un tribunale arbitrale dalle limitate capacità, stabilite dalla cornice di legittimità e giurisdizione disegnata dagli stati parti di un trattato, e non oltre essa. Un tribunale arbitrale che è chiamato a giudicare una controversia tra un privato e uno

²⁶ Par. 241, citando *Toto Construzioni Generali S.p.A. c. Repubblica del Libano* (Decision on Jurisdiction), caso ICSID n. ARB/07/12, 11 settembre 2009, par. 155; *Victor Pey Casado e President Allende Foundation c. Repubblica del Cile* (Final Award), caso ICSID n. ARB/98/2, 8 maggio 2008, par. 659; *El Oro Mining and Railway Company (Ltd.) (Great Britain) v. United Mexican States*, Great-Britain and Mexico Claims Commission, Award, 18 giugno 1931, in *UNRIAA*, vol. 5, p. 191, par. 9; *Oostergetel*, cit., parr. 208 e 290.

²⁷ *Toto Construzioni*, cit., par. 155.

²⁸ Par. 242, citando *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador* (Partial Award on the Merits), 30 marzo 2010, par. 250.

stato, infatti, potrà solamente valutare la violazione (o non violazione) da parte di uno stato delle norme pattizie poste a tutela degli investitori privati; non potrà verificare ed eventualmente sanzionare l'eventuale condotta dei privati coinvolti in una controversia lesiva di altre norme del diritto internazionale, come per esempio quelle poste a protezione dell'ambiente. Non è, quindi, un *tribunale neutro*, posto sopra le parti, al fine di garantire in controversie particolarmente rilevanti, un luogo dove evitare le partigianerie della giustizia locale o poter sanzionare gli abusi o la corruzione di un investitore straniero. Nasce e ha la struttura tipica della giustizia internazionale, secondo cui si considera che, se avvengono degli abusi da parte di una grande società multinazionale, lo stato abbia tutti i mezzi necessari per affrontarli, giudicarli e punirli, e secondo cui è l'investitore, e solo lui, che ha nella giustizia internazionale una tutela²⁹.

Questo schema tradizionale diventa quindi non adeguato a gestire quei casi in cui la giustizia interna non si sia dimostrata imparziale nel giudicare una controversia, ma in cui la controversia abbia il proprio fulcro in fatti attribuibili alla condotta dell'investitore, oppure, come nel caso *Chevron II*, quando i fatti siano avvenuti con la complicità dello stato. L'attitudine parziale – se non corrotta – dei giudici interni implica infatti il verificarsi di un caso di diniego di giustizia, e dà possibilità agli investitori di azionare le tutele previste da un accordo di protezione degli investimenti. Gli eventuali fatti criminali posti in essere da un investitore e su cui si è faticato a indagare a livello interno restano non conoscibili dal tribunale arbitrale sia per la mancanza di giurisdizione in tal senso, sia per la mancanza di poteri di indagine su di essi.

Un caso emblematico in tal senso è il già menzionato caso *Chevron II*³⁰, in cui un tribunale arbitrale da una parte si è potuto pronunciare

²⁹ Si fa astrazione in questo capitolo delle possibili domande riconvenzionali che uno stato può allegare in determinati casi avverso il ricorso di un privato – si tratta di ipotesi rarissime che per ovvie ragioni non vengono qua approfondite; si v. tuttavia il caso *Urbaser S.A. e Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. Repubblica Argentina* (Award), caso ICSID n. ARB/07/26, 8 dicembre 2016, parr. 1143-1210 e, in dottrina, A. DE NANTEUIL, *Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, p. 374.

³⁰ Cfr. *supra*, nota 6.

sulle gravi mancanze delle corti dell'Ecuador nel garantire un giusto processo alle società Chevron/Texaco e ha violato la clausola del trattamento giusto ed equo contenuta nell'accordo bilaterale tra Ecuador e Stati Uniti di America del 1993; ma dall'altra parte non è potuto entrare nel merito dell'entità effettiva dei danni provocati dalla stessa Texaco per i danni provocati dalle attività estrattive nella foresta amazzonica.

4. *Le controversie Chevron/Texaco e i paradossi a cui arriva la limitata giurisdizione internazionale.*

4.1. *Le vicende giudiziarie tra Chevron/Texaco ed Ecuador: i fatti e i procedimenti principali.*

Non è semplice ricostruire il lodo *Chevron II* senza dare prima una sommaria presentazione dei fatti occorsi in Ecuador a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, e senza tenere conto delle lunghissime, a tratti si direbbero inesauribili, vicende processuali ad essi legati. Si contano almeno 50 procedimenti giudiziari, sia di diritto interno americano ed ecuadoriano, dalla prima *class action* nel 1993 nei tribunali di New York fino ai casi *Lago Agrio* nelle corti dell'Ecuador, sia di diritto internazionale con gli arbitrati più recenti ed i relativi procedimenti ad essi connessi nei Paesi Bassi, Brasile, Canada, Gibilterra e Argentina³¹. Il 28 giugno 2011 l'Ecuador cominciò persino un arbitrato interstatale contro gli Stati Uniti d'America sulla base dell'art. VII del trattato bilaterale d'investimento tra i due stati ma la richiesta fu rigettata sulla base della giurisdizione³². L'ul-

³¹ Una scheda riassuntiva di tutti i procedimenti avviati per i fatti del Rio Agrio si trova in D. KHATAM, *Chevron and Ecuador Proceedings: A Primer on Transnational Litigation Strategies*, in *Stanford Journal of International Law*, 2017, p. 249, alle pp. 276-290.

³² Il quale dispone che «*Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Treaty which is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted upon the request of either Party, to an arbitral tribunal for binding decision in accordance with the applicable rules of international law ...*», *Repubblica d'Ecuador c. Stati Uniti d'America* (Award), caso PCA n. 2012-05, 29 settembre 2012.

tima sentenza in ordine cronologico è stata quella della Corte distrettuale de L'Aja nel 2020, vale a dire 27 anni dopo la prima causa³³.

I fatti trovano origine nelle attività estrattive di petrolio nell'Amazonia ecuadoriana della multinazionale statunitense Texaco – poi Chevron, dopo l'acquisizione – che ha operato nell'area tra il 1964 e il 1992. Nel 1964 la Texaco Petroleum Company, una sussidiaria della Texaco, aveva ottenuto una concessione per esplorare la zona del Lago Agrio, nell'Amazonia, nella Regione dell'Orienté e, a partire dal 1972, aveva cominciato a esplora ed estrarre in un'area di circa cinquecento mila ettari nella foresta amazzonica³⁴. Tra il 1973 e il 1994 Texaco raggiunse un nuovo accordo con Gulf e il Governo dell'Ecuador per continuare le attività estrattive nell'area, con una partecipazione al consorzio del 25% garantita alla nuova compagnia petrolifera nazionale ecuadoriana: PetroEcuador. Nel tempo la quota di PetroEcuador aumentò fino al 62.5% del consorzio, le cui attività estrattive erano sempre condotte da Texaco.

Ai primi anni '90 del secolo scorso il consorzio operava 339 pozzi petroliferi e 800 bacini di smaltimento. Sotto quell'accordo, valido fino al 1992, le diverse attività estrattive furono perciò condotte con la partecipazione del Governo dell'Ecuador, portando a un ricavo totale superiore ai 23 miliardi di dollari, di cui circa 22 (inclusendo tasse, *royalties*, indotto, ed il profitto attraverso la partecipazione di PetroEcuador nel consorzio) a favore dello Stato dell'Ecuador³⁵.

Nel 1990 Texaco e il Governo dell'Ecuador costituirono una sussidiaria dedicata a operare nell'area, Petroamazonas, e cominciarono una valutazione dell'impatto ambientale delle attività estrattive, stimando un costo – chiaramente sottostimato – tra gli 8 e 13 milioni di dollari per rimediare ai danni causati. Si può dire che fu chiaramente sottostimato perché nel tempo è emerso che era prassi consolidata il rilascio di scarti bituminosi lungo le strade per rinforzare le carreggiate e che non vi fosse

³³ *Repubblica dell'Ecuador c. Chevron Corporation (Usa) e Texaco Petroleum Company* (Rechtbank Den Haag), 16 settembre 2020 (originale in olandese al sito <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11832.pdf>).

³⁴ Si v. la ricostruzione dei fatti operata dallo stesso tribunale arbitrale in *Chevron II*, par. 4.149 ss.

³⁵ *Chevron II*, par. 4.64.

alcuna struttura per lo stoccaggio e la bonifica delle acque utilizzate nelle attività estrattive, riversando così più di 70 miliardi di litri di acqua contaminata con sostanze tossiche in un'area di quasi 3.000 km quadrati. Anche tralasciando un calcolo approssimativo di quanto potrebbe costare una bonifica di queste proporzioni, occorrerebbe poi includere le migliaia di persone delle popolazioni indigene locali colpite da cancro negli ultimi 60 anni. Tuttavia le varie e contrastanti opinioni presentate ed emerse da molti esperti chiamati nei vari procedimenti di questa lunga battaglia legale mostrano che è difficile, se non impossibile, capire oggi l'entità dei danni di allora, e riuscire a stabilire quali di questi danni siano imputabili agli anni in cui l'estrazione era operata da Texaco e quanti agli anni successivi in cui era operata da PetroEcuador³⁶.

In ogni caso, Texaco, il Governo dell'Ecuador e PetroEcuador si accordarono nel 1995 per sostenere una serie di opere per mitigare i danni emersi e firmarono un accordo che liberava Texaco da ogni ulteriore obbligo per ogni eventuale responsabilità per le attività estrattive condotte da Texaco nell'area tra il 1964 e il 1992. Texaco commissionò un *Remedial Action Plan* a una società di ingegneria ambientale e negli anni successivi cominciò una serie di iniziative per circa 40 milioni di dollari, sia per limitare i danni all'ambiente, sia per promuovere progetti di sviluppo delle comunità indigene. L'esecuzione di queste opere fu, infine, certificato dal c.d. *Acta final* del 30 settembre 1998 (*Final Release*), in cui le parti certificarono la corretta esecuzione da parte di Texaco delle opere previste dall'accordo del 1995, sollevando Texaco da ogni ulteriore responsabilità ambientale per l'operato del consorzio nell'area³⁷.

A fronte di questi fatti, si avviò una battaglia legale tra Texaco prima (poi Chevron, dopo l'acquisizione nel 2000), popolazioni indigene, e Governo dell'Ecuador. La prima causa, c.d. *Aguinda*, fu intentata il 3 novembre 1993 – quindi prima della transazione tra Texaco ed Ecuador – attraverso una *class action* in nome di circa 30.000 residenti della regione dell'Orienté presso il *Southern District* di New York e con una richiesta di

³⁶ *Chevron II*, par. 4.71 ss. Diverso, invece, il discorso riguardo alle responsabilità per i singoli casi di tumore, l'inizio del cui decorso può essere stimato con certezza; su questo aspetto si v. *infra*, par. 4.2.

³⁷ *Chevron II*, parr. 3.15-3.29 e 4.66 ss.

risarcimento dei danni verso Texaco dovuti alla violazione del diritto alla vita e alla salute, il diritto di proprietà, il diritto all'acqua e a un ambiente salubre³⁸.

La causa fu poi portata, dopo varie vicende processuali, presso i tribunali dell'Ecuador, a partire del 7 maggio 2003, col caso *Ángel Piaguage et al. c. Chevron*, fino alla Corte costituzionale dell'Ecuador, il 27 giugno 2018³⁹. Essa si è sviluppata, come già ricordato, in parallelo con molti altri procedimenti⁴⁰, in particolare con un procedimento arbitrale presso la Corte Permanente di arbitrato de L'Aja, cominciato il 23 settembre 2009 e culminato nel lodo del 30 agosto 2018⁴¹.

I procedimenti in Ecuador erano, ovviamente, incentrati sui danni ambientali provocati da Texaco e riguardavano la non validità dell'accordo del 1995 e il dovere di Chevron di risarcire le vittime di quei danni. Le corti dell'Ecuador avevano individuato inizialmente il risarcimento in 18 miliardi di euro, poi ridotti a 9,5 miliardi. Il procedimento arbitrale, invece, verteva sul trattato bilaterale di investimento tra Ecuador e Stati Uniti d'America del 1993, e vedeva Chevron chiedere all'Ecuador un risarcimento per il mancato rispetto della transazione del 1995 e per diniego di giustizia presso le proprie corti.

4.2. *Il lodo Chevron II. A chi è stata negata la giustizia?*

Il nocciolo della richiesta di Chevron si basava sulle clausole ombrello e del trattamento giusto ed equo racchiuse all'art. II(3) del trattato bilaterale tra Ecuador e Stati Uniti d'America del 1993, il quale dispone:

³⁸ *Chevron II*, parr. 4.75-4.88. Vi furono anche altre cause meno importanti intentate negli Stati Uniti d'America, cfr. D. KHATAM, *Chevron*, cit., p. 249.

³⁹ Procedimento iniziato il 7 maggio 2003, *Ángel Piaguage et al. c. Chevron*, Corte Superiore di Giustizia di Nueva Loja, Ecuador, sentenza del 14 febbraio 2011; condanna di Chevron confermata in appello il 3 gennaio 2012, e confermata dalla Corte di giustizia Nazionale di Cassazione in una sentenza del 12 novembre 2013. L'integrità del procedimento fu poi affermato dalla Corte Costituzionale dell'Ecuador in una sentenza del 27 giugno 2018.

⁴⁰ D. KHATAM, *Chevron*, cit., p. 249; *Chevron II*, parr. 4.95-4.148.

⁴¹ La *notice of arbitration* nel caso *Chevron II* è, infatti, del 23 settembre 2009, e il lodo finale (Second Partial Award on Track II) è del 30 agosto 2018.

«a) Investments shall at all times be accorded fair and equitable treatment, shall enjoy full protection and security and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law. [...]

5) Each Party shall observe any obligation it may have entered into with regards to investments. [...]

7) Each Party shall provide effective means of asserting claims and enforcing rights with respect to investments ...».

Il tribunale dopo un'analisi sulla personalità di Texaco e Chevron come investitori (parr. 7.66-7.78), e una pregevole quanto articolata ricostruzione del principio di buona fede nel diritto internazionale (parr. 7.79-7.114), passò ad analizzare il merito della controversia, stabilendo (par. 8.11) che «*under the Umbrella Clause in Article III(3)(c) of the Treaty [...] the Respondent is liable to make reparation to each of Chevron and TexPet*».

La questione ambientale non è al centro del lavoro del tribunale, il quale è chiamato a stabilire se l'Ecuador fosse responsabile per non aver rispettato l'accordo con Texaco del 1995 e, in secondo luogo, se fosse responsabile di alcuni fatti emersi durante il procedimento arbitrale. Infatti era emerso che la sentenza del *Lago Agrio* non era stata scritta dal giudice del processo bensì da esponenti dei ricorrenti: «*In the Tribunal's view, as also explained later below, the circumstantial and other evidence, including testimony by Dr Zambrano in the RICO Litigation, does not support Dr Zambrano's account of writing the Lago Agrio Judgment. Conversely, as explained below, it supports the Claimants' case that the Lago Agrio Judgment was not prepared by Judge Zambrano, but, at least in material part, that it was "ghostwritten" by certain of the Lago Agrio Plaintiffs' representatives with Judge Zambrano's corrupt connivance*»⁴².

A fronte di questi fatti il tribunale arbitrale osservò che «*There is a consistent line of awards over many years, amounting to a jurisprudence constante, deciding that a denial of justice in violation of customary international law will also amount to a breach of an FET standard in a treaty*»⁴³, ed oltre a menzionare il già citato rapporto tra i ricorrenti e (almeno) un giudice, passò in rassegna tutta una serie di negligenze dei tribunali del-

⁴² *Chevron II*, par. 5.17.

⁴³ *Chevron II*, par. 8.24.

l'Ecuador nel considerare la posizione di Chevron⁴⁴. Il tribunale arbitrale concluse ricordando alcuni aspetti del diniego di giustizia già commentati *supra*, par. 2.1, vale a dire che il diniego di giustizia riguarda innanzitutto la *procedural unfairness* (par. 8.37) e che la soglia oltre cui scatta il diniego di giustizia è che la sentenza contestata sia «*clearly improper and discreditable*»⁴⁵: «*Bad faith and not judicial error seems to be the heart of the matter, and bad faith may be indicated by an unreasonable departure from the rules of evidence and procedure*»⁴⁶.

Il lodo entra poi nel dettaglio dei fatti rilevanti per capire se vi fosse stato effettivamente un diniego di giustizia e che esso fosse attribuibile all'Ecuador, concludendo che la condotta dello stato latino-americano aveva violato la clausola ombrello e quella del trattamento equo e giusto citate poco sopra⁴⁷. Ciononostante, il tribunale arbitrale citando la corpora giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia sul punto, incluso il caso sulle immunità tra Germania e Italia⁴⁸, riconobbe anche che la propria pronuncia non ha l'effetto di annullare le sentenze ecuadoriane contestate, pur tuttavia potendo ordinare al Governo dell'Ecuador di prendere le misure necessarie in tal senso⁴⁹.

⁴⁴ *Chevron II*, parr. 8.26-28, spiegando: «*[T]he Tribunal has found that the Lago Agrio Court, the Appellate Court, the Cassation Court and the Constitutional Court did not investigate Chevron's allegations of procedural fraud and judicial misconduct; and the Appellate, Cassation and Constitutional Courts also did not investigate the allegedly corrupt "hostwriting" of the Lago Agrio Judgment. This was not done in ignorance of Chevron's specific allegations at the time. In the Tribunal's view, these Courts had sufficient information available to them so as to amount (at least) to a strong prima facie case of judicial misconduct, procedural fraud in the Lago Agrio Litigation and (as regards the Appellate, Cassation and Constitutional Courts) the "ghostwriting" of the Lago Agrio Judgment*». Si v. anche i par. 8.28-8.36 per le contestazioni mosse dal tribunale arbitrale all'operato delle corti dell'Ecuador.

⁴⁵ *Chevron II*, parr. 8.38-8.42.

⁴⁶ *Chevron II*, par. 8.41.

⁴⁷ *Chevron II*, parr. 8.43-8.78.

⁴⁸ *Jurisdictional Immunities of the State (Germania c. Italia: intervento della Grecia)*, ICJ, Judgment, 3 febbraio 2012, ICJ Reports, p. 99.

⁴⁹ *Chevron II*, par. 9.14: «*Albeit unlawful under international law as to "process" (as decided by the Tribunal), the Lago Agrio Judgment exists as a concrete fact under Ecuadori-*

Il tribunale cita la sentenza della CIG tra Germania e Italia e probabilmente non per caso, altrove, rivela la stessa frustrazione che a tratti i giudici de L'Aja hanno manifestato nel trattare della spinosa questione dei risarcimenti ai cittadini italiani internati in Germania, e non inclusi negli accordi di riparazione successivi per errore. Dopo aver ricordato che l'accordo del 1995 tra Texaco ed Ecuador implica l'impossibilità per l'Ecuador di agire collettivamente contro Chevron, ma lascia aperta la porta ai ricorsi individuali⁵⁰, e dopo avere individuato le colpe dell'Ecuador appena analizzate in questo par., il tribunale nota in un *postscriptum* che esplicitamente «*does not form part of the reasons in this Award, or its Operative Part*», che «*it is deeply regrettable that individual claims for personal harm caused by such damage were not amicably settled long ago, without the massive costs expended on the multiple lawsuits and arbitrations (including this arbitration) ...*»⁵¹.

an law, hence the Claimants'successive appeals to the Respondent's courts. Given such existence, the Lago Agrio Judgment has a legal effect and resulting consequences under international law. However, the remedy of annulment, as such, lies with the Respondent's internal law. This Tribunal has no power to apply such an internal remedy, as an international tribunal. It does, however, have the power to order the Respondent to take steps to secure that result».

⁵⁰ *Chevron II*, par. 7.39-7.42: «*In the Tribunal's view [...] it remains clear that individual claims for personal harm from environmental damage, made by the Aguinda Plaintiffs in the Aguinda Litigation in New York or similar claims for personal harm (not being diffuse claims) made by the Lago Agrio Plaintiffs in the Lago Agrio Litigation, are not and cannot be claims asserted by the Respondent in its own right against Chevron (or TexPet) in this arbitration. [...] Such an assertion would require an exercise lying beyond this Tribunal's jurisdiction under the Parties' Arbitration Agreement, inconsistent with the Tribunal's application of the principle in Monetary Gold in its Third Interim Award. [...] Under the 1995 Settlement Agreement, the Respondent is precluded from asserting any diffuse claim against Chevron as a "Releasee". [...] [W]hatever right is here being asserted by the Respondent for its cross-claim alleging environmental damage, it is a right belonging only to these individual plaintiffs alleging personal harm. It is not a right belonging to the Respondent. [...] There is therefore no safe passage for the Respondent's cross-claim between Scylla and Charybdis».*

⁵¹ *Chevron II*, par. 8.79-8.80.

5. *Un paradosso insolubile?*

Il risultato del lodo *Chevron II* è agrodolce, e mette in luce i limiti della giustizia arbitrale internazionale quando una controversia abbraccia fatti così complessi da rendere necessaria una finestra di legittimità più ampia di quella sola accettata dalle parti di un trattato, o disegnata dalle domande delle parti.

Da una parte, la giurisdizione internazionale può essere inquadrata come una tutela contro procedimenti giudiziari interni viziati da gravissime violazioni procedurali: il caso *Lions c. Messico* e diversi procedimenti presso le corti dell'Ecuador nel caso *Chevron* lo mostrano chiaramente.

Dall'altra, essa non si rivela sufficiente a abbracciare e chiarire vicende che necessitano di un diritto applicabile molto ampio, che includa anche la tutela dell'ambiente e il rispetto dei diritti umani, ad esempio; che richiedono poteri di indagine molto approfonditi; e che riguardano domande di entrambe le parti. Per essere più chiari: non si sta parlando di bagatelle. Da una parte alcune popolazioni indigene (Huorani, Kichwa, Cofan, Siona, e Secoya) sono state costrette da Texaco e PetroEcuador ad abbandonare le proprie terre, usando persino esplosivo gettato dagli elicotteri, ed oggi le loro comunità non esistono più⁵²; dall'altra, sono state acclarate pratiche di corruzione della magistratura giudicante.

Per sua natura l'arbitrato degli investimenti si dimostra insufficiente in tutte e tre queste dimensioni: si basa su un accordo specifico, dal limitato oggetto e scopo (la protezione degli investimenti) e quindi dal limitato diritto applicabile; non ha poteri di indagine sul campo paragonabili a un tribunale interno; considera una delle due parti (quella statale) come perfettamente in grado di difendersi da sola con i propri poteri sovrani, contro privati piccoli o grandi che siano, lascia ai soli privati l'iniziativa arbitrale e dà un limitatissimo potere di domande riconvenzionali agli stati⁵³.

Un arbitrato internazionale può quindi, paradossalmente, essere iniziato per tutelarsi da un diniego di giustizia, ma non offrire a sua volta un

⁵² J. KIMERLING, *Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia: The Case of Ecuador, Chevrontexaco, and Aguinda v. Texaco*, in *Indigenous Law and Politics*, 2006, pp. 413, 459-60.

⁵³ A. DE NANTEUIL, *Counterclaims*, cit., p. 374.

foro capace di dare adeguata tutela ai diritti, ai fatti e agli interessi in gioco in una data controversia⁵⁴. Tuttavia, non è trasformando gli arbitrati internazionali in un foro omnicomprendivo che si può risolvere la questione.

La vicenda *Chevron* non è conclusa, e probabilmente, messi da parte i risarcimenti miliardari, le ultime pagine di questa storia verranno scritte nei tribunali interni statunitensi ed ecuadoriani, muovendosi nel perimetro disegnato proprio nell'arbitrato *Chevron II*. Sono gli individui e le comunità amazzoniche, infatti, le vere vittime di questa vicenda. Il Governo dell'Ecuador è stato a lungo protagonista delle attività estrattive nel *Lago Agrio* e in ogni caso è stato connivente con le società petrolifere operanti nella zona, e le corti locali dell'Ecuador, e la Corte Inter-Americana dei Diritti Umani sono il luogo dove cercare giustizia se non per quanto compiuto da Chevron/Texaco, quantomeno per quanto fatto direttamente e tollerato dalle autorità dell'Ecuador.

Bibliografia

- ANDERSON A.M., BEAUMONT B. (eds.), *The investor-state dispute settlement system: reform, replace or status quo?*, Alphen aan den Rijn, 2021.
- BARRETT P.M., *Law of the Jungle: The \$ 19 Billion Legal Battle Over Oil in the Rain Forest and the Lawyer Who'd Stop at Nothing to Win*, New York, 2014.
- CELY N., *Balancing Profit and Environmental Sustainability in Ecuador: Lessons Learned from the Chevron Case*, in *Duke Environmental L. & Pol. Forum*, 2014, p. 353.
- DE ARÉCHAGA E.J., *International Law in the Past Third of a Century*, in *Recueil des cours*, vol. 159, 1978, p. 6.
- DE NANTEUIL A., *Counterclaims in Investment Arbitration: Old Questions, New Answers?*, in *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 2018, p. 374.

⁵⁴ La riforma del sistema di protezione degli investimenti, come quella dell'Organizzazione mondiale del commercio, sta ormai diventando un genere letterario a sé stante; per tutti si rimanda a A.M. ANDERSON, B. BEAUMONT (eds.), *The investor-state dispute settlement system: reform, replace or status quo?*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2021.

- DE VISSCHER CH., *Le déni de justice en droit international*, in *Recueil des cours*, 52, 1935, p. 367.
- DOUGLAS Z., *International Responsibility for Domestic Adjudication: Denial of Justice Deconstructed*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 867.
- FRANCIONI F., *Access to Justice, Denial of Justice and International Investment Law*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 729.
- FRANCIONI F., GESTRI M., RONZITTI N., SCOVAZZI T. (a cura di), *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione Europea*, Milano, 2008.
- FREEMAN A.V., *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London-New York, 1938.
- JAROSLAVSKY P., WAJNMAN F., *The Chevron Saga: The Denial of Justice Standard under the Fair and Equitable Treatment and Customary International Law*, in *European investment law and arbitration review*, 2019, p. 274.
- KHATAM D., *Chevron and Ecuador Proceedings: A Primer on Transnational Litigation Strategies*, in *Stanford Journal of International Law*, 2017, p. 249.
- KIMERLING J. et al., *Amazon crude*, New York, 1991.
- KIMERLING J., *Indigenous Peoples and the Oil Frontier in Amazonia: The Case of Ecuador, Chevrontexaco, and Aguinda v. Texaco*, in *Indigenous Law and Politics*, 2006, p. 413.
- LA FONTAINE H., *Pasicrisie Internationale: Historie Documentaire des Arbitrages Internationaux*, Berne, 1902.
- PAPARINSKIS M., *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford, 2013.
- PAULSSON J., *Denial of Justice in International Law*, Cambridge, 2005.
- REINISCH A., *Advanced Introduction to International Investment Law*, Northampton, 2020.

CAPITOLO 6
CONCLUSIONI AL PANEL III: NUOVE SFIDE
NELL'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

Angelica Bonfanti

Numerose e complesse sono le nuove sfide dell'accesso alla giustizia nel quadro dell'Obiettivo n. 16 dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo Sviluppo Sostenibile. Come dimostrano i contributi riuniti in questa sezione del volume, la realizzazione dell'Obiettivo in esame richiede infatti, tra gli altri, un rinnovato sforzo da parte degli Stati affinché l'accesso alla giustizia sia garantito e realizzato in maniera effettiva, con il coinvolgimento di giudici indipendenti che valutino in maniera imparziale le posizioni delle parti, nell'ambito di procedimenti giusti che portino a soluzioni corrette.

Dal punto di vista metodologico, le riflessioni svolte da autrici e autori valorizzano gli aspetti centrali della materia, muovendo da prospettive disciplinari differenti. Nel merito, i contributi evidenziano – nel complesso e ciascuno nel proprio ambito di indagine – gli obiettivi, i limiti e le potenzialità delle iniziative di carattere normativo e delle tendenze giurisprudenziali relative alla protezione sia del diritto delle vittime di abusi di adire un giudice competente a decidere la controversia sia di esperire rimedi effettivi e adeguati a raggiungere soluzioni giuste. Il primo aspetto costituisce un elemento essenziale dell'accesso alla giustizia: come rilevato dalla Corte europea dei diritti umani, «*an individual who has an arguable claim to be a victim of a violation of one of the rights in the Convention is entitled to a national remedy in order to have his claim decided and if appropriate to obtain redress*» (Corte europea dei diritti umani, *Silver and Others v. United Kingdom*, ricorsi n. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75;

7107/75; 7113/75; 7136/75, 25 marzo 1983). Entrambi i profili necessitano, inoltre, di interventi statali che sappiano evitare dinieghi di giustizia, garantiscano la tutela dei valori essenziali e assicurino la giustizia procedurale e sostanziale. Come rileva Nerina Boschiero nella propria introduzione, l'accesso alla giustizia è infatti «il primo strumento *per difendere tutti gli altri diritti fondamentali delle persone*» (il corsivo è nel testo). Non si può che condividere il pensiero dell'autrice, secondo cui «*solo rispondendo alle domande di giustizia, predisponendo meccanismi di accountability e procedure semplici mediante le quali consentire a tutti di far valere i propri diritti, si può rafforzare la democrazia, rendendola davvero funzionante, eliminare le disuguaglianze e gli squilibri di potere spesso alla base di politiche commerciali, economiche o di salute, che mirano a proteggere determinati settori della società a scapito di altri*».

Il nostro Paese, come dimostrano i contributi riuniti in questa sezione, è messo alla prova. Emblematiche sul punto sono, peraltro, anche le parole espresse recentemente dal Working Group delle Nazioni Unite su Imprese e Diritti Umani, a conclusione della propria visita all'Italia, svolta nell'ottobre 2021 con il mandato di monitorare il livello di attuazione, da parte del nostro Stato, dei *Guiding Principles on Business and Human Rights* (Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite, 2011) e lo stato di avanzamento del nostro ordinamento e delle politiche intraprese a livello nazionale in questa materia. In merito, è utile ricordare che i Principi Guida sono stati adottati dal Rappresentante Speciale del Segretario Generale delle Nazioni Unite nel 2011 e, pur formalmente giuridicamente non vincolanti, hanno acquisito il ruolo di strumento-guida nella salvaguardia, da parte di Stati e operatori privati, dei diritti umani in presenza di attività di impresa. Da un lato, il Gruppo di lavoro ha rilevato aspetti meritevoli dell'azione dello Stato italiano; dall'altro, purtroppo, non è si è potuto astenere dal sottolineare che:

... persistono diverse sfide significative per la cui risoluzione a breve termine il Governo dovrebbe adottare misure urgenti, elaborando nel contempo piani per affrontare i problemi sistemici a medio e lungo termine. Alcune di siffatte sfide (ad esempio il trattamento dei lavoratori, compresi i lavoratori migranti in diversi settori) contribuiscono a infangare la reputazione dell'Italia nel settore delle imprese e dei diritti umani e dovrebbero essere immediatamente affrontate per tutelare i diritti delle persone che si trovano in

posizioni estremamente vulnerabili. Affinché alcune leggi siano realmente adatte a tal fine, è necessario rivederle, mentre per alcuni aspetti fondamentali, anche se la legislazione è adeguata, l'attuazione rimane carente ed è *spesso assente un accesso effettivo ai mezzi di ricorso per gli abusi*. (Dichiarazione al termine della visita in Italia del Gruppo di lavoro delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani, Roma, 6 ottobre 2021, reperibile sul sito dell'Ufficio dell'Alto Commissario per i diritti umani delle Nazioni Unite; corsivo aggiunto).

In modo analogo, anche le autrici e gli autori si sono confrontati con le difficoltà e lo sforzo che lo Stato (ogni Stato) deve compiere per poter conferire un'attuazione efficace all'Obiettivo n. 16, in termini di politiche correttive e misure di carattere normativo e giudiziario che sappiano garantire la necessaria connessione tra giustizia procedurale e giustizia sostanziale.

In particolare, il contributo di Luigi Crema affronta il tema dell'accesso alla giustizia nel diritto internazionale degli investimenti, soffermandosi, in primo luogo, proprio su un caso di abuso dei diritti umani da parte di imprese. La vicenda giudiziaria, relativa alla violazione dei diritti fondamentali della popolazione indigena e del diritto dell'ambiente connessi allo sviluppo delle attività estrattive di Chevron/Texaco in Ecuador, è estremamente complessa e culmina con il lodo con cui la Corte permanente di arbitrato nel 2018 ha condannato lo Stato per la violazione, ai danni dell'impresa, dello standard, previsto dal trattato bilaterale di investimento tra Ecuador e Stati Uniti d'America, del trattamento giusto ed equo. La violazione è ravvisata, dalla Corte, nello svolgimento scorretto – è acclarato il ricorrere di pratiche di corruzione – del procedimento giudiziario dinanzi ai tribunali dell'Ecuador, procedimento che aveva condotto a ordinare all'impresa di risarcire i danni sofferti dalla popolazione, per un elevatissimo ammontare. Non ci si può astenere dal notare che nella valutazione della corte arbitrale non gioca alcun peso la condotta tenuta da Chevron/Texaco in violazione di norme sulla protezione dei diritti umani o dell'ambiente e che dalla vicenda discende la conseguenza che la popolazione locale è condannata a non ottenere una giustizia sostanziale. Il diniego di giustizia è inoltre oggetto del lodo arbitrale adottato nella controversia *Lion c. Messico*, nell'ambito del quale è considerato parte del *minimum standard of treatment* garantito dal NAFTA. Afferman-

do, tuttavia, la natura solo procedurale del diniego, ossia l'inidoneità dell'«*arbitrato internazionale sugli investimenti [ad] essere concepito come un appello sul merito dell'operato del giudice interno*» – rileva correttamente Luigi Crema – il tribunale rigetta l'idea che nel diritto internazionale vi debba essere «*una connessione tra ingiustizia procedurale e tutela di un diritto sostanziale*», idea quest'ultima, che non può che essere condivisa, «*in quanto soffermarsi solo sulla prima non porterebbe a un risultato giusto, che si può ottenere solo quando l'individuo ottiene la protezione del diritto e [...] una giustizia tanto procedurale che sostanziale*» (così, l'autore).

Anche Giulia Vallar tratta della relazione tra giustizia procedurale e sostanziale, esaminando, a sua volta, il tema dell'accesso delle vittime ai rimedi giudiziari in presenza di violazioni dei diritti umani riconducibili ad attività di impresa. Nel proprio contributo l'autrice analizza i titoli di giurisdizione attualmente previsti dal Regolamento Bruxelles I-bis e le proposte contenute, rispettivamente, nella Risoluzione con cui il Parlamento europeo nel marzo 2021 ha raccomandato l'adozione di una Direttiva sulla responsabilità e la dovuta diligenza delle imprese, e nel progetto di trattato, oggi negoziato in seno alle Nazioni Unite, sulla regolamentazione delle attività di impresa e il rispetto dei diritti umani. Entrambi gli strumenti contengono interessanti disposizioni, finalizzate a istituire, negli ordinamenti interni, obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani in capo alle imprese. Come correttamente rilevato da Giulia Vallar, tuttavia, «*un'efficace tutela prevista da un punto di vista sostanziale non può prescindere da un'efficace tutela anche da un punto di vista processuale*», aspetto sul quale la formulazione della proposta di direttiva richiesta dal Parlamento suscita, per l'autrice, perplessità condivisibili. La versione finale della risoluzione ha eliminato, infatti, gran parte delle disposizioni di diritto internazionale privato e processuale presenti nelle bozze precedenti, idonee a garantire un più efficace accesso alla giustizia per le vittime delle violazioni poste in essere da imprese. Se, pertanto, le iniziative sono nel complesso lodevoli, l'autrice nota che «*resta tuttavia da vedere cosa in concreto verrà fatto (sul punto il testo di risoluzione approvata dal Parlamento europeo nel marzo 2021 non lascia ben sperare) su un piano legislativo (internazionale ed europeo) e come la prassi attuerà le eventuali previsioni introdotte*».

Tra le disposizioni, oggi non previste dal progetto di risoluzione del Parlamento, ma di cui sarebbe auspicabile l'introduzione al fine di garan-

tire un accesso effettivo alla giustizia e la protezione dal rischio di dinieghi di giustizia, riteniamo vi sia quella volta all'istituzione del *forum necessitatis*. In merito occorre ricordare che, pronunciandosi su un caso di tortura, la Corte europea dei diritti umani nel 2018, da un lato, ha escluso che l'esercizio della giurisdizione civile universale o la previsione negli ordinamenti interni del foro di necessità costituiscano l'oggetto di un obbligo internazionale di carattere consuetudinario a carico degli Stati; dall'altro, essa ha tuttavia precisato che si registra un «*broad consensus within the international community on the existence of a right for victims of acts of torture to obtain appropriate and effective redress*», consenso che riteniamo si estenda anche alle altre violazioni gravi dei diritti umani e che porta la Corte a concludere che gli Stati «*are encouraged to give effect to this right by endowing their courts with jurisdiction to examine such claims for compensation, including where they are based on facts which occurred outside their geographical frontiers*» (Corte europea dei diritti umani, *Nait-Liman v. Switzerland*, ricorso n. 51357/07, Grande Camera, 15 marzo 2018, parr. 187-188 e 218). In questa prospettiva riteniamo che l'introduzione del *forum necessitatis*, come strumento utile a evitare i dinieghi di giustizia in presenza di violazioni gravi dei diritti umani da parte di imprese, sarebbe decisamente opportuna.

Affrontando ancora il tema della connessione tra giustizia sostanziale e procedurale, il contributo di Giada Ragone evidenzia la portata innovativa di una recente modifica del giudizio costituzionale italiano: l'introduzione dell'*amicus curiae*. Per l'autrice la presentazione, disciplinata dal novello art. 4-ter delle Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte Costituzionale, di brevi opinioni scritte finalizzate a offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al giudizio, da parte di formazioni sociali senza scopo di lucro e soggetti istituzionali portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alle questioni in discussione, amplia infatti l'insieme degli «*ufficiali interlocutori della Corte*» e consente, pertanto, a «*un più ampio numero di informazioni di raggiungere il collegio dei giudici*», contribuendo così ad «*arricchire il panorama argomentativo a disposizione del Giudice delle leggi*». Non si possono, tuttavia, che condividere le preoccupazioni manifestate da Giada Ragone con riguardo ad alcune opacità del procedimento. Il rilievo conferito ai *briefs of amici curiae* nelle pronunce è infatti disomogeneo, tanto che in alcuni casi ne è semplicemente

citata l'ammissione, in altri si accennano i motivi che l'hanno fondata e, infine, in ulteriori decisioni si riportano gli elementi conoscitivi offerti dalle opinioni o, addirittura, la posizione sostenuta. Alcune pronunce trattano, inoltre, gli argomenti degli *amici* alla stregua di quelli presentati da parti o terzi intervenienti, mentre si riscontra molto raramente traccia della mancata ammissione; il rigetto delle opinioni, d'altronde, non è espressamente regolato dalla normativa di riferimento, aspetto, quest'ultimo, particolarmente critico se si considera che circa la metà dei *briefs* presentati fino al settembre 2021 non è stata ammessa. Al netto di queste criticità, emerge tuttavia chiaramente dallo scritto in commento che l'istituto offre un rimedio alle «*strette all'accesso*» alla Corte Costituzionale e al «*marginale ruolo delle parti nel giudizio sulla legge*», contribuendo in questo modo a rendere l'accesso alla giustizia più efficace anche in termini sostanziali.

Altrettanto rilevanti in materia di accesso alla giustizia nelle sue dimensioni procedurale e sostanziale sono le considerazioni espresse da Virginia Cecchini Manara, che esamina, con gli strumenti dell'analisi economica del diritto, gli effetti della sentenza n. 194 del 2018 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del sistema di calcolo forfettario per la determinazione dell'indennità monetaria in caso di licenziamento illegittimo, così come introdotto con il *Jobs Act* del 2015. La sentenza ha restituito la discrezionalità al giudice, sostituendo il costo rigidamente determinato – e dunque certo – del licenziamento illegittimo con un costo variabile e incerto. Secondo la Corte costituzionale, al fine di determinare l'entità dell'indennizzo, il giudice deve infatti tener conto «*innanzitutto dell'anzianità di servizio*», ma anche di altri criteri, «*desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)*». L'analisi conduce Virginia Cecchini Manara a concludere che l'accesso al giudice e la discrezionalità attribuita a quest'ultimo comportano nella pratica un'incertezza, che sortisce l'effetto di determinare «*un bilanciamento degli interessi in gioco*», idoneo a «*condurre a un miglioramento non solo dell'equità ma anche dell'efficienza*». È proprio in questa prospettiva che l'autrice valorizza il nesso tra giustizia procedurale e sostanziale: appare infatti dimostrato dalla sua analisi che «*garantire l'accesso al giudice in caso di licenziamento ingiusto non costituisce un mero miglioramento in termini di giustizia, ma induce le parti in gioco a*

una contrattazione più equa, che [in ultima analisi] si traduce in un maggiore incentivo a investire in capitale umano da parte dei lavoratori».

Anche le riflessioni di Pasquale Pantalone, con riferimento alle recenti evoluzioni della giurisprudenza amministrativa e al loro rilievo in materia di tutela giurisdizionale dell'ambiente, si inseriscono nella linea di ragionamento che valorizza l'accesso alla giustizia come elemento imprescindibile dello sviluppo sostenibile. Muovendo dalle conclusioni raggiunte, in un contesto diverso, dal Consiglio di Stato in favore della legittimazione a ricorrere di un'associazione di categoria che faceva valere *«posizioni giuridiche che ecced[evano] la sfera del singolo e atten[evano] invece a beni della vita a fruizione collettiva della cui tutela [essa] si fa[ceva] promotrice sulla base dei criteri giurisprudenziali della rappresentatività, del collegamento territoriale e della non occasionalità»* (così Ad. Plen. n. 6 del Consiglio di Stato, 20 febbraio 2020), l'autore conclude che la tutela dell'ambiente, in quanto interesse diffuso, può essere fatta valere da associazioni ambientaliste riconosciute o meno ai sensi dell'art. 13 della legge n. 349/1986. La protezione dell'ambiente acquisisce in questo modo una dimensione oggettiva, entro cui viene pretesa non come *«(l'oggetto di) un diritto (soggettivo), bensì come (l'oggetto di) un dovere di solidarietà [...] che incombe anzitutto (ma non solo) sui soggetti pubblici a ciò deputati»* (così l'autore, citando autorevole dottrina). Ciò è particolarmente evidente nel recente contenzioso in materia di cambiamento climatico, in cui – rileva correttamente Pasquale Pantalone – *«non si discute, di “diritti” in capo a soggetti inesistenti, ma piuttosto di mancato adempimento di doveri di protezione ambientale da parte degli Stati»*. Da ultimo, per quel che ci interessa più da vicino con riguardo all'attuazione dell'Obiettivo di Sviluppo Sostenibile n. 16, non rimane che rilevare che l'accesso alla giustizia, come ricostruito nel contributo in esame, è congeniale a proteggere proprio la dimensione intergenerazionale dell'ambiente, poiché consente di superare le difficoltà connesse alla *«previa definizione di un titolare di diritti o di un rappresentante delle generazioni future, evitando eccessive forzature giuridiche»*. Al pari delle iniziative di carattere normativo o delle tendenze giurisprudenziali precedentemente commentate, anche l'evoluzione giuridica esaminata appare pertanto strumento utile ad affrontare la sfida cruciale della realizzazione dello sviluppo sostenibile.

CONCLUSIONI GENERALI

Claudia Storti

L'accesso universale alla giustizia è stato inserito nell'agenda dell'ONU tra gli obiettivi che dovrebbero essere perseguiti dai governi di tutti gli Stati del mondo per il rafforzamento della pace sociale in nome dei principi di uguaglianza e di inclusione. Quella della sua attuazione costituisce una tra le tante sfide – a iniziare dalla garanzia del diritto al cibo, all'acqua e alle cure, alla libertà e alla giustizia sociale, fino alla tutela dell'ambiente – la cui complessiva realizzazione è considerata fondamentale e indispensabile ai fini del miglioramento dell'umanità o, quanto meno, della sua sopravvivenza.

Dopo la fine della seconda guerra mondiale, il diritto di ottenere giustizia è stato inserito nelle carte costituzionali dell'Italia e della maggioranza degli Stati membri dell'Unione Europea tra i pilastri dello stato di diritto e declinato nel senso di “uguale” accesso a un giudice indipendente e imparziale.

Da un punto di vista programmatico, gli articoli della nostra costituzione, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e i relativi atti e regolamenti di attuazione appaiono del tutto corrispondenti al *Goal* 16.3. L'Europa “civile” – come essa stessa si è proclamata nella fase di costruzione del diritto internazionale nell'Ottocento – e democratica ha pertanto rappresentato e dovrebbe continuare a rappresentare un modello per quegli Stati del mondo che, per cultura, tradizioni, vicende politiche e geopolitiche, sono ancora ben lontani dal poterlo o, ancor più, dal volerlo raggiungere¹.

¹ Come ricordato anche da G. CARULLO, *Accesso alla giustizia e processo amministrativo: la riduzione della distanza geografica e dei tempi grazie alla digitalizzazione*, p. 37

In realtà, anche in alcuni paesi dell'Unione Europea come l'Italia che si sono fatti carico da decenni di garantire l'accesso alla giustizia, tale obiettivo continua a affrontare problemi di attuazione di diversa natura, come gli interventi interessantissimi di questa intensa giornata di studi hanno dimostrato. Da storico del diritto qual sono non posso che limitarmi a estrarre alcune linee comuni e rinviare per gli approfondimenti ai testi pubblicati e alle considerazioni dei *discussant* di ogni panel².

Come era prevedibile in un dibattito proiettato verso il futuro, il giudice costituzionale Nicolò Zanon nella sua introduzione e gli esperti del nostro Dipartimento, dalle loro diverse prospettive disciplinari, si sono soffermati su alcune criticità del nostro "sistema" giustizia e sulla misura in cui esse ostacolano più o meno direttamente, nel diritto vivente interno e sovranazionale, l'effettività dei principi di un uguale accesso a un equo processo.

Seppur incentrate quasi esclusivamente sul versante della giustizia civile e amministrativa, infatti, le relazioni hanno approfondito, innanzitutto, più che i progressi nella realizzazione del principio dell'accesso alla giustizia (italiana, ordinaria e costituzionale, europea e internazionale), alcuni rilevanti problemi delle procedure giudiziarie imputabili ora alle norme vigenti ora alla prassi. Non tanto, dunque, limiti derivanti da problemi di carattere ideologico o politico, ma piuttosto dall'eredità o dal "deposito" di problemi di natura organizzativa e procedurale ai quali lo stesso legislatore italiano stenta a porre rimedio, come evidenziato da ultimo dall'*European Judicial Systems CEPEJ Evaluation Report del 2020*³.

La generalissima espressione di "accesso alla giustizia", seppure affiancata e cumulata nella carta delle Nazioni Unite a un ampio complesso di requisiti indispensabili per una giustizia giusta⁴ meriterebbe forse, a sua volta, una più precisa definizione⁵.

In ogni caso quel che da ogni contributo traspare, è, innanzitutto,

con riferimento a UNRIC «*promuovere lo stato di diritto a livello nazionale e internazionale e garantire un pari accesso alla giustizia per tutti*».

² Ai quali rinvio anche per l'aggiornato apparato bibliografico su ogni tema.

³ <https://rm.coe.int/rapport-evaluation-partie-1-francais/16809fc058>.

⁴ D.U. GALETTA, *Introduzione al panel 1: SD Goal 16 e accesso alla giustizia*, p. 13 ss.

⁵ C. AMALFITANO, L. VIOLINI, *Prefazione*, pp. 2-3.

quanto i giuristi sanno bene e cioè che nel “prisma” giustizia di uno Stato di diritto l’attuazione di ogni principio mette a prova di resistenza una o più delle sue “facce” con frequenti difficoltà di bilanciamento⁶. Ugualianza, certezza del diritto, giusto processo, celerità, garanzia del giudice naturale precostituito per legge, tutela dei diritti umani, anche nella prospettiva specifica dell’accesso alla giustizia, non solo possono risultare tra loro in rotta di collisione, ma, a loro volta, implicano il ricorso a categorie e procedure consolidate, che nondimeno potrebbero esigere affinamenti o aggiornamenti.

Per quanto concerne in particolare l’Italia, si è evidenziato, innanzitutto, il retaggio di problemi, organizzativi e strutturali irrisolti, che da molti decenni contribuiscono ad alimentare la sfiducia dell’opinione pubblica nel sistema giustizia ancor prima che nella magistratura⁷. In aggiunta, quantunque molto si sia fatto per estendere la sfera dell’accesso in materia di patrocinio gratuito e di tutela dei minori, la persistenza delle disuguaglianze e le cosiddette barriere invisibili di carattere sociale continuano a costituire un ostacolo alla piena attuazione del dettato costituzionale⁸.

Per quanto concerne, in particolare, l’accesso alla giustizia costituzionale, con specifico riguardo alla tutela dei diritti fondamentali, i limiti posti dal meccanismo del ricorso incidentale, già rilevati da Nicolò Zanon, sono stati approfonditi in merito alla concorrenza tra corti costituzionale e corti europee nelle diverse fasi della storia del loro coordina-

⁶ È stata molto chiara a questo proposito la prolusione di N. ZANON con riguardo alle possibili ricadute di accelerazione o “efficientamento”. Si vedano, inoltre, F. GAF-FURI, *Osservazioni, in qualità di discussant, sugli interventi dei relatori del panel 1 avente ad oggetto “SD Goal 16 e accesso alla giustizia,”* pp. 103-109; B. RANDAZZO, *Introduzione al Panel II. Accesso alla giustizia e diritti fondamentali nella dimensione costituzionale nazionale e sovranazionale,* pp. 113-135; G. ARCONZO, *Accesso alla giustizia e tutela dei diritti fondamentali. Relazione di sintesi,* pp. 307-321.

⁷ R. BIANCHI RIVA, F. ROSSI, *L’accesso alla giustizia nell’Italia repubblicana: problemi ordinamentali e strutturali,* pp. 137-182.

⁸ A. OSTI, *La rule of law come grimaldello per abbattere le barriere all’accesso alla giustizia: considerazioni in chiave comparata sulle court fees,* pp. 189-205 in part. p. 190 e 199ss. e EAD., *Teoria e Prassi dell’Access to Justice. Un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri,* Milano, 2016, ai quali rinvio anche per la bibliografia.

mento. La novità inaugurata da una recente sentenza della nostra Corte rappresenta il passaggio a un nuovo importantissimo grado di cooperazione con le corti sovranazionali⁹ ed è amplificata anche dal Protocollo 16 CEDU con l'introduzione del parere consultivo della Gran Camera su «*questioni di principio*» che apre la strada a un più efficace “dialogo” tra le giurisdizioni degli Stati membri dell'Unione Europea¹⁰.

Altre rilevanti novità sono costituite negli ultimi anni dall'inaugurazione del processo telematico amministrativo, civile e penale al fine, in primo luogo, di rendere più rapidi i procedimenti¹¹.

L'innovazione, tuttavia, impone a sua volta la necessità di adottare cautele per evitare che un'applicazione scorretta possa provocare distorsioni o persino l'abbattimento di taluni principi o categorie giuridiche fondamentali della giustizia in uno Stato “democratico”.

In alcuni casi, l'introduzione di alcune innovazioni potenzialmente utili ai fini dell'accelerazione della giustizia ha, ad esempio, provocato l'“invenzione” – all'interno di tradizionali categorie del processo civile – di nuove ipotesi di inammissibilità, improcedibilità, nullità¹² applicate agli atti processuali telematici dalla Cassazione civile in maniera “formalistica” e “sproporzionata”¹³ al punto di garantire bensì l'accesso al tribunale, ma non il diritto all'esame del merito del caso¹⁴.

In altri casi, invece, è auspicabile l'intervento immediato del legislatore per ovviare ai problemi “nuovi” generati, appunto, dall'innovazione.

Si torna così all'annosa questione dei “ritardi” del legislatore, evocati, ad esempio, con riguardo all'esigenza di unificare le regole del processo telema-

⁹ S. LEONE, C. NARDOCCI, *L'accesso alle “corti dei diritti” all'incrocio tra la dimensione costituzionale e sovranazionale*. pp. 207-252.

¹⁰ E. CRIVELLI, *L'accesso alla corte di Strasburgo e il nuovo meccanismo consultivo previsto dal Protocollo 16 CEDU*. pp. 289-305.

¹¹ G. CARULLO, *Accesso alla giustizia*, cit., pp. 52-54.

¹² S.A. VILLATA, *Giustizia civile digitale e suprema corte: tra agevolazione dell'accesso alla giustizia e strumento di diniego della stessa*, pp. 59-85 in part. 61 ss. e F. GAFFURI, *Osservazioni*, cit., pp. 104 ss.

¹³ S.A. VILLATA, *Giustizia civile digitale*, cit., p. 82 sulla validità dell'atto processuale telematico.

¹⁴ *Ivi*, pp. 82 ss.

tico civile, penale e amministrativo¹⁵, di riorganizzare gli uffici e ridefinire le circoscrizioni per una più equilibrata distribuzione del carico giudiziario¹⁶, evitando naturalmente i rischi della violazione del principio del giudice naturale¹⁷, di ridurre gli oneri fiscali relativi all'assistenza legale gratuita¹⁸, di regolare *ex novo* aspetti del diritto non solo processuale, ma anche sostanziale come quello relativo alla nuova tipologia degli illeciti informatici¹⁹.

Nel contempo, sono numerose le incognite relative all'efficacia e all'effettività dei principi dell'immediatezza e del contraddittorio quando esso sia condotto, invece che in presenza, con una discussione per via telematica²⁰. Non sono, inoltre, ottimistiche le previsioni sulle conseguenze delle linee adottate con la delega al governo per la riforma della giustizia penale, con riguardo, ad esempio, al nuovo istituto della improcedibilità e alle sue eventuali ricadute sulla possibilità di concludere l'iter giudiziario con una decisione nel merito²¹.

Tali considerazioni hanno così indotto a considerare un altro versante della garanzia di accesso al processo, quando la si intenda non come fine a se stessa, ma come comprensiva del diritto o dell'interesse individuale ad ottenere una (giusta) decisione, nel nome altresì dell'interesse generale della società alla soluzione dei conflitti²².

Dal punto di vista della giusta soluzione del merito delle cause, due ulteriori prospettive hanno assunto considerevole rilievo.

Da un lato, quello dell'analisi del contributo (con numerosi *caveat*) che il ricorso all'intelligenza artificiale (la cosiddetta giustizia robotica)²³

¹⁵ G. CARULLO, *Accesso alla giustizia*, cit., 39

¹⁶ F. GAFFURI, *Il processo amministrativo telematico*, cit., pp. 106-107.

¹⁷ V. anche D.U. GALETTA, *Introduzione*, cit., p. 16.

¹⁸ A. OSTI, *La rule of law*, cit., secondo quanto rilevato anche da N. ZANON nel discorso introduttivo.

¹⁹ M. VANZETTI, *Accesso alla prova negli illeciti perpetrati attraverso strumenti informatici*, pp. 87-101.

²⁰ G. CARULLO, *Accesso alla giustizia*, cit., p. 53.

²¹ Come rilevato da N. ZANON nel discorso introduttivo.

²² B. RANDAZZO, *Introduzione*, cit., pp. 113-135.

²³ B. CAPIELLO, *Nuove tecnologie e accesso alla giustizia. La "despazializzazione" del processo per una giustizia internazionale più accessibile?*, pp. 19-36, in part. 28 ss. Il Con-

potrebbe offrire se non altro con funzione “ordinatoria” e “predittiva”. Tale esame è stato svolto sia in merito alla giurisdizione per «*aiutare e semplificare il lavoro dei giudici e degli avvocati*»²⁴ (purché sia fatto salvo il principio della rigidità delle norme ai fini della certezza del diritto e della parità di trattamento)²⁵, sia con riguardo alla mediazione e all’arbitrato destinati ad offrire a coloro che non possono permettersi di adire il giudice la possibilità di avvalersi di un procedimento di equità per una soluzione del caso concreto²⁶ che, nonostante la disparità di potere contrattuale delle parti, corrisponda almeno a criteri di ragionevolezza²⁷.

Dall’altro, quello del ricorso al parere di esperti non necessariamente di parte, i cosiddetti *amici curiae*, affrontato con riguardo alla nostra Corte costituzionale (nei limiti della procedura finora adottata) nonché in chiave comparatistica²⁸ al fine anche di mettere a punto criteri sulla base dell’esperienza di altri ordinamenti. Secondo talune prospettive, l’introduzione della nuova figura degli *amici curiae* sarebbe utile per garantire l’accesso al processo di coloro che, pur non potendo assumere il ruolo di parte, vogliono dare voce a soggetti privi di tutela, come è il caso delle ONG per la tutela dell’ambiente²⁹.

Tali considerazioni ci hanno allora proiettato verso i temi più delicati del futuro (peraltro già iniziato), a cominciare dall’elenco dei invitati di pietra all’accesso alla giustizia ai quali allo stato attuale delle nostre cate-

siglio ha invitato la Commissione a definire in modo chiaro le applicazioni di IA ad alto rischio. Cfr. Consiglio europeo, Riunione speciale del Consiglio europeo (1 e 2 ottobre 2020), Conclusioni, EUCO 13/20, 2020.

²⁴F. GAFFURI, *Osservazioni*, cit., p. 103.

²⁵*Ivi*, p. 108.

²⁶B. CAPIELLO, *Nuove tecnologie*, cit., pp. 27-28.

²⁷Cfr. anche in prospettiva precipuamente economica e a proposito della scelta tra ricorso alla giurisdizione o ricorso alla mediazione nel contenzioso relativo a contratti di lavoro, V. CECCHINI MANARA, *Accesso alla giustizia e tutela dei lavoratori dopo il Jobs Act: la ratio economica della sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, pp. 335-355.

²⁸Secondo quanto rilevato da N. ZANON nel suo *Keynote speech* e si veda, in particolare, G. RAGONE, “*Sullo spartiacque tra parte e partecipazione*”: *l’apertura della Corte costituzionale all’amicus curiae tra prime applicazioni e prospettive future*, pp. 357-379.

²⁹I. ANRÒ, *L’accesso delle ONG alla corte di giustizia dell’Unione Europea in materia ambientale*, pp. 253-287.

gorie del diritto è impossibile riconoscere una soggettività: l'ambiente (con il corollario della persecuzione dei reati ambientali) evoca, infatti, prima di tutto, i diritti delle generazioni future³⁰, ma non solo.

Quasi impercettibilmente siamo passati dai problemi che non siamo ancora riusciti a risolvere nel nostro piccolo mondo (ammesso che ne abbiamo una percezione completa e che vogliamo veramente farcene carico)³¹ a quelli del mondo globalizzato nel quale il grande tema della tutela dell'ambiente è, almeno per quanto concerne la vivibilità di intere aree molto estese, a sua volta strettamente connesso con quello dell'ancor più risalente e irrisolto problema della tutela dei diritti umani³².

Sulla categoria dei diritti umani, non solo nel mondo si stenta – tra politica, economia e diritto – a condividere una definizione univoca (anzi da anni si parla anche della “relatività” del concetto di diritti umani), ma a causa della debolezza del diritto internazionale si rischia anche di compromettere la possibilità degli Stati, che lo vorrebbero, di assicurarne la tutela giudiziaria agli individui che tuttora vivono in una condizione assimilabile alla schiavitù, a coloro che già molti anni orsono erano definiti *disposable people*³³.

Nel diritto internazionale, a seguito di un dibattito secolare sulla determinazione dei soggetti e sulla definizione del sistema delle fonti, riaperto per brevi periodi – come avvenne alla fine della seconda guerra mondiale – al termine di fasi storiche particolarmente tragiche, soggetti sono gli Stati sovrani e le fonti sono di natura convenzionale.

Nihil obstat, ovviamente, dal punto di vista della certezza del diritto; tale tendenza ha tuttavia assicurato e continua ad assicurare ai governi

³⁰ G. ARCONZO, *Accesso alla giustizia*, cit., pp. 309 ss.

³¹ Basti pensare alla condizione degli immigrati nel limbo dell'attesa del riconoscimento o a casi recenti, come quello dei migranti bloccati sul confine tra Polonia e Bielorussia. Quale accesso alla giustizia possono chiedere quei migranti, fuggiti o estromessi dalle loro terre o oggetto di traffico di esseri umani, dei quali alle frontiere degli Stati di arrivo o di transito non si vuole o non si riesce nemmeno a accertare l'identità?

³² N. BOSCHIERO, *Introduzione al panel III: nuove sfide nell'accesso alla giustizia*, pp. 325-338, in part. 328 ss.

³³ Basti guardare anche alle cifre in tema di accesso alla giustizia riportate da N. BOSCHIERO, *Introduzione* cit., p. 325.

nazionali il potere esclusivo di determinare quali siano gli interessi più meritevoli di tutela e di trascurare la tutela dei diritti di minoranze, di persone in condizioni di necessità, di lavoratori cittadini o migranti e così via. Tale tendenza, ulteriormente rafforzata dalle attuali dinamiche geopolitiche, si è frapposta e continua a fraporsi all'esigenza di realizzare una giustizia universale "sopra gli Stati" in grado di risolvere altresì le cosiddette "patologie nazionali" se non altro nel senso di un "controllo" sugli orientamenti al diniego di giustizia dei giudici di taluni Stati³⁴.

Questo fenomeno è costatabile anche all'«incrocio tra diritto internazionale pubblico e diritto internazionale privato e processuale» a proposito di *corporate social responsibility* e con riguardo all'individuazione della giurisdizione e delle leggi applicabili in casi di violazione di diritti umani da parte di società i cui investitori e la cui filiera produttiva abbiano sede in paesi che non li tutelano, ma che traggono enormi vantaggi dall'esportazione dei loro prodotti in paesi nei quali tale tutela è o dovrebbe essere assicurata³⁵.

Insomma, i invitati di pietra al tavolo dell'accesso alla giustizia (dall'ambiente, alle future generazioni, agli "invisibili" in una condizione assimilabile alla schiavitù) sono molti e, in aggiunta, sono quelli che appaiono maggiormente meritevoli di tutela per il futuro del pianeta. Le vie da intraprendere per risolvere il problema della cosiddetta giustiziabilità dei loro interessi e diritti sono ancora incerte in considerazione del primato della sovranità degli Stati e delle tradizionali categorie del diritto che permeano le nostre norme e la loro interpretazione.

Questo è risultato ben chiaro anche dall'ultima relazione incentrata sul diritto amministrativo: solo il ricorso a una *fiction iuris* consente che gli interessi di natura superindividuale o diffusa dei quali si sono fatti carico organizzazioni non governative siano considerati quali interessi collettivi e pertanto meritevoli di tutela giurisdizionale³⁶.

³⁴ Cfr. l'intervento di L. CREMA, *Quale giurisdizione per i diritti sociali, ambientali e degli investitori? Riflessione sul possibile ruolo di corti internazionali e tribunali arbitrali ad-hoc nel diritto internazionale degli investimenti* qui pubblicato con il titolo: *Il diniego di giustizia visto attraverso il caso Lion c. Mexico e i paradossi della vicenda Chevron*, pp. 411-430, in part. 413 ss.

³⁵ G. VALLAR, *Giurisdizione in materia di Corporate Social Responsibility*, pp. 381-397.

³⁶ P. PANTALONE, *Interessi superindividuali e giudice amministrativo. Brevi riflessioni*

Come prevedere quanti e con quale ampiezza gli obiettivi dell'ONU saranno stati raggiunti nel 2030, se appare così difficile, allo stato della nostra conoscenza e delle nostre categorie del diritto, valutare gli effetti delle misure finora messe in atto e delle proposte finora avanzate?³⁷ Quali previsioni fare nel quadro sempre più complesso del mondo globalizzato e nella continua evoluzione dei rapporti internazionali e delle dinamiche geopolitiche? Come colmare la sproporzione tra i (pochi o molti che siano) interventi già adottati e quelli che sembrerebbero necessari?

Da storico del diritto, e nel paradosso che proprio a uno storico sia affidato il compito di tracciare qualche linea di conclusione di un dibattito sul futuro, non posso che rievocare la domanda sottostante a tutti i discorsi.

Che cosa intendiamo per accesso alla giustizia e a quale giustizia intendiamo garantire l'accesso per tutelare quale genere di pace per i popoli?

Se lo sono chiesti per secoli tanti "padri" del pensiero occidentale a cominciare da Dante e da Kant proprio nella prospettiva di un'organizzazione pacifica di società organizzate su molti livelli e continueremo sempre a interrogarci su questo problema³⁸.

A noi giuristi spetta un compito immane: quello di non perdere di vista i principi generali e gli obiettivi da raggiungere nel mettere a fuoco modelli e strumenti indispensabili alle esigenze sociali, utilizzando magari talvolta anche l'analisi del passato per verificarne le ricadute sul presente; quello di coltivare l'indispensabile specializzazione per la soluzione di problemi immediati senza sacrificare il dialogo tra discipline giuridiche che si possono e si devono integrare nel sistema complessivo del diritto e della giustizia; quello di non essere rinchiusi nel nostro sapere, ma di estendere lo sguardo alle conoscenze offerte da altri settori scientifici, a partire da quelli economico e sociale; quello di educare i nostri allievi a tutte queste diverse sensibilità.

a margine di Ad. Plen. 6/2020, pensando all'"ambiente" delle generazioni presenti e future, pp. 399-409.

³⁷ A. BONFANTI, *Conclusioni al panel III Nuove sfide nell'accesso alla giustizia*, pp. 431-437.

³⁸ Mi limito a rinviare al suggestivo recentissimo articolo di A. PADOA SCHIOPPA, *Ancora su Dante e l'idea d'Impero* (in corso di stampa).

Le sfide richiedono (o richiederebbero) risposte lucide e immediate, ma questo non sembra essere possibile nelle difficoltà e nella complessità della fase storica che l'umanità sta attraversando. D'altra parte, come osservava Bobbio nelle fasi iniziali della nostra democrazia, il bene della libertà si conquista per piccoli passi.

Concludo ricordando quanto sostenne un giurista in uno dei tanti momenti storici in cui si tentò di riformare la giustizia italiana. Vi è sempre una duplice serie di problemi che ne ostacolano il corretto funzionamento: quelli derivanti dai “difetti del sistema” – da norme, procedure, organizzazione ... – e quelli generati dai “difetti degli uomini”, sui quali il legislatore dovrebbe intervenire, ma che perlopiù non è nemmeno in grado di prevedere³⁹.

³⁹ Relazione sul progetto del codice di procedura per il Regno d'Italia, in *Commento al codice di procedura penale*, vol. 1, Torino, 1913, pp. 620-622.

Finito di stampare nel mese di maggio 2022
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220

