

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Centro di ricerca coordinato "Studi sulla Giustizia"

47

GARANZIE ED EFFICIENZA NELLA GIUSTIZIA IN UNA PROSPETTIVA MULTIDISCIPLINARE

a cura di

FRANCESCA BIONDI e ROBERTO SACCHI



G. Giappichelli Editore

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Centro di ricerca coordinato “Studi sulla Giustizia” - 47

REGOLAMENTO DEL CENTRO DI RICERCA COORDINATO
STUDI SULLA GIUSTIZIA

Art. 2 - Finalità e scopi

Il Centro ha lo scopo di promuovere studi e ricerche sulla giustizia (costituzionale, civile, ecclesiastica, penale, amministrativa, internazionale), nelle sue varie dimensioni e proiezioni relative all'ordinamento, alle regole processuali, al funzionamento: sia in prospettiva storica, economica, filosofica e sociologica, sia nell'analisi critica della normativa della dottrina e della giurisprudenza nazionale e internazionale in Italia, nell'Unione Europea e nei singoli Paesi interni ed esterni all'Unione, sia infine nell'elaborazione di proposte di riforma.

GARANZIE ED EFFICIENZA NELLA GIUSTIZIA IN UNA PROSPETTIVA MULTIDISCIPLINARE

a cura di

FRANCESCA BIONDI e ROBERTO SACCHI



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-0861-3

ISBN/EAN 979-12-211-5855-7 (ebook - pdf)

Il presente volume è stato realizzato con il contributo del Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto, del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale e del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria".

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

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.

Questo volume raccoglie contributi che costituiscono uno sviluppo di relazioni presentate al convegno su *Garanzie ed efficienza nella giustizia in una prospettiva multidisciplinare* organizzato dal Centro di ricerca coordinato “Studi sulla Giustizia” dell’Università degli Studi di Milano e tenuto presso questo Ateneo nei giorni 14 e 15 dicembre 2023.

FRANCESCA BIONDI e ROBERTO SACCHI

INDICE SOMMARIO

	<i>pag.</i>
<i>Autori</i>	XI
FLORENT GARNIER – ANNAMARIA MONTI	
<i>Litiganti, garanzie ed efficienza della giustizia dal medioevo all'età moderna</i>	1
DARIO IPPOLITO	
<i>Efficientismo versus garantismo. La giustizia penale nel contratto sociale</i>	31
GIULIO M. SALERNO	
<i>Efficienza della giustizia nella giurisprudenza della Corte costituzionale: alcune riflessioni</i>	51
FRANCESCA BIONDI	
<i>Certezza del diritto ed efficienza della giustizia</i>	71
GIANROBERTO VILLA	
<i>La prova nelle controversie tra privati tra celerità del processo e accuratezza della decisione</i>	91
FILIPPO DANOVÌ	
<i>Efficienza ed effettività nella riforma della giustizia civile: valori indipendenti o "complanari"? Gli obiettivi generali, la giustizia complementare e la "nuova" giustizia familiare e minorile</i>	101
STEFANO A. VILLATA	
<i>Efficienza ed effettività nella riforma della giustizia civile: valori indi-</i>	

	<i>pag.</i>
<i>pendenti o “complanari”? Uno sguardo alla riforma del processo di cognizione e delle impugnazioni</i>	125
NICOLA SELVAGGI	
<i>La riforma del sistema penale nel prisma dell’efficienza. Note tecniche e di metodo sul d.lgs. n. 150/2022</i>	145
GIAN LUIGI GATTA	
<i>Efficienza dell’esecuzione penale ed effettività della pena. La riforma Cartabia e il sistema sanzionatorio</i>	155
MITJA GIALUZ	
<i>La tecnologia al servizio dell’efficienza nella riforma del processo penale</i>	167
LUCA LUPÁRIA DONATI	
<i>Giustizia tecnologica versus tecnologia giudiziaria. La sottile linea tra inabissare o rendere migliore il processo penale</i>	185
DIANA CERINI	
<i>Un’idea di giustizia nella giurisprudenza in ottica comparata: applicazioni nel diritto assicurativo</i>	197
FABIANO DI PRIMA – MARCELLO TOSCANO	
<i>Il principio di bilateralità in espansione: la cooperazione tra istituzioni pubbliche e comunità di fede (verso un’efficiente garanzia di tutela degli interessi religiosi)</i>	221
ALDO TRAVI	
<i>Garanzie ed efficienza nel processo amministrativo</i>	263
LUIGI PELLECCHI	
<i>Fortuna iudex: il sorteggio e i suoi spazi nel processo civile romano</i>	273
LORENZO GAGLIARDI	
<i>Τὰ δικαστήρια κληροῦσιν οἱ ἄρχοντες: il sorteggio e i tribunali dell’Atene classica</i>	295

	<i>pag.</i>
VINCENZO PINTO	
<i>Operazioni gestorie di “interesse primordiale” e diritti degli azionisti</i>	309
ANDREA VICARI	
<i>“Garanzie ed efficienza” nel diritto societario: sviluppo dei mercati e nuove forme di tutela dei soci (in particolare nelle operazioni straordinarie)</i>	329
ANDREA BOLLANI	
<i>Giustizia e certezza nel diritto del lavoro</i>	345
ARMANDO TURSI	
<i>L'incertezza della norma giuslavoristica e la malintesa discrezionalità del giudice</i>	359
JACOPO ALBERTI	
<i>Le udienze dibattimentali nei pregiudiziali italiani, da Lisbona a oggi</i>	365
CECILIA SANNA	
<i>La garanzia del “termine ragionevole” e l'efficienza decisionale nei processi dinanzi ai giudici dell'Unione europea</i>	401
FRANCESCA ROMANIN JACUR	
<i>Garanzia ed efficienza della giustizia nel contenzioso in materia di cambiamento climatico: aspetti di diritto internazionale</i>	417
ANGELICA BONFANTI	
<i>Garanzie ed efficienza della giustizia climatica: prospettive evolutive del contenzioso contro imprese</i>	443

AUTORI

JACOPO ALBERTI

Associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Ferrara

FRANCESCA BIONDI

Ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Milano

ANDREA BOLLANI

Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Pavia

ANGELICA BONFANTI

Associata di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Milano

DIANA CERINI

Ordinaria di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Milano Bicocca

FILIPPO DANOVI

Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Milano Bicocca

FABIANO DI PRIMA

Associato di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Palermo

LORENZO GAGLIARDI

Associato di Diritto romano e Diritti dell'antichità nell'Università degli Studi di Milano

FLORENT GARNIER

Ordinario di Storia del Diritto nell'Université Toulouse Capitole e direttore del Centre toulousain d'Histoire du droit et des idées politiques (cthdip)

GIAN LUIGI GATTA

Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Milano

MITJA GIALUZ

Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Genova

DARIO IPPOLITO

Ordinario di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi "Roma Tre"

LUCA LUPÁRIA DONATI

Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi "Roma Tre"

ANNAMARIA MONTI

Ordinaria di Storia del Diritto medievale e moderno nell'Università degli Studi di Milano

LUIGI PELLECCHI

Ordinario di Diritto romano e Diritti dell'antichità nell'Università degli Studi di Parma

VINCENZO PINTO

Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Pisa

FRANCESCA ROMANIN JACUR

Associata di Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Brescia

GIULIO M. SALERNO

Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nell'Università di Macerata, Direttore CNR-ISSIRFA

CECILIA SANNA

Associata di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli Studi di Milano

NICOLA SELVAGGI

Associato di Diritto penale nell'Università Mediterranea di Reggio Calabria, vice-capo dell'ufficio legislativo presso il Ministero della Giustizia

MARCELLO TOSCANO

Associato di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Milano

ALDO TRAVI

Emerito di Diritto amministrativo nell'Università Cattolica di Milano

ARMANDO TURSI

Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano

ANDREA VICARI

Ordinario di Diritto commerciale nell'Università degli Studi di Milano

GIANROBERTO VILLA

Ordinario di Diritto privato nell'Università degli Studi di Milano

STEFANO A. VILLATA

Associato di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Milano

FLORENT GARNIER – ANNAMARIA MONTI

LITIGANTI, GARANZIE ED EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA DAL MEDIOEVO ALL'ETÀ MODERNA

Il nostro contributo intende offrire un percorso di riflessione sul tema delle garanzie e dell'efficienza della giustizia in una prospettiva di lungo periodo e di respiro europeo, anche alla luce delle più recenti istanze e riforme della giustizia promosse in Francia e in Italia. La nostra attenzione si rivolge all'amministrazione della giustizia civile e, nell'interrogare le fonti, abbiamo scelto come punto di vista quello dei litiganti, delle parti in causa, per focalizzarci sul profilo dell'accesso alla giustizia, quale momento di per sé cruciale, che prelude al tema generale dell'efficienza e delle garanzie *nella* amministrazione della giustizia.

Dunque, oggi, l'efficienza della giustizia è questione fondamentale, che contribuisce alla fiducia dei cittadini nel funzionamento delle istituzioni democratiche.

Vent'anni fa, il Consiglio d'Europa istituiva la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ). Nel suo rapporto sulla valutazione dei sistemi giudiziari, la Commissione si concentra sulla qualità della giustizia e sulla gestione dei tempi giudiziari, utilizzando due indicatori quantitativi: il *Clearance Rate* e il *Disposition Time*¹. Per quanto riguarda i dati del 2020, nel contesto della pandemia, il rapporto rileva come per l'Italia il problema principale in termini di efficienza rimanga l'eccessiva lunghezza dei procedimenti, in particolare per i contenziosi civili e le cause in materia commerciale, nonostante un *trend* favorevole tra il 2012 e il 2018². In Francia, è soprattutto il contenzioso civile di primo grado a richiedere maggior tempo per la trattazione.

¹ *Systèmes judiciaires européens. Efficacité et qualité de la justice. Les études de la CEPEJ* n. 20. Conseil de l'Europe, «Hors collection», 2015, <https://www.cairn.info/systemes-judiciaires-europeens-efficacite--9789287179722.htm> (ultimo accesso 29 febbraio 2024).

² Si veda il sito istituzionale della CEPEJ: <https://www.coe.int/fr/web/cepej> (ultimo accesso 29 febbraio 2024).

Più in generale, diversi sono gli studi che prendono in considerazione l'efficienza del funzionamento della giustizia e le relative garanzie in uno stato di diritto, valutato secondo i parametri della legalità, della certezza del diritto, della prevenzione dell'abuso di potere, dell'uguaglianza davanti alla legge e della non discriminazione, dell'accesso alla giustizia, in forza di quanto stabilito, nel 2016, dalla Commissione di Venezia³. D'altro canto, da vari anni, il buon funzionamento del sistema giudiziario è oggetto di attenzione sia in Italia, sia in Francia, per offrire migliori garanzie e maggiore efficienza dell'istituzione giudiziaria stessa.

Per l'Italia, il pensiero corre alla riforma introdotta con i d.lgs. nn. 149, 150 e 151 del 10 ottobre 2022 e alla sua finalità ultima di garantire una durata ragionevole del processo per tutte le parti coinvolte, in nome di una migliore efficienza della giustizia, nel senso di celerità, organizzazione e più ampio ricorso a procedimenti alternativi al giudizio ordinario (specialmente in ambito penale).

In Francia, varie indagini e sondaggi sul funzionamento del sistema giudiziario richiamano regolarmente l'attenzione sulla richiesta di un sistema giudiziario indipendente e imparziale, sulla critica alla lunghezza e al costo dei processi e sulla messa in discussione della legittimità delle decisioni giudiziarie.

Anche gli operatori del mondo del diritto ne sono testimoni. Nel 2009, ad esempio, il primo presidente della corte d'appello di Parigi iniziava il suo discorso d'apertura del nuovo anno giudiziario sottolineando come i francesi non abbiano fiducia nel loro sistema giudiziario. Rafforzare la legittimità e l'efficacia del sistema giudiziario, rendendolo più rispondente alle esigenze dei cittadini, significherebbe, perciò, ripristinare la loro fiducia in esso.

Il tema della fiducia è stato al centro dei dibattiti e delle riflessioni degli Stati Generali della Giustizia tenutisi in Francia nel 2021 e nel 2022⁴. L'8 luglio 2022 è stato presentato al presidente della repubblica un rapporto dal titolo *Rendre justice aux citoyens* (Rendere giustizia ai cittadini), da parte del comitato degli Stati Generali⁵. In tale contesto, è stata approvata

³ Si veda il sito istituzionale: https://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Rule_of_law&lang=FR (ultimo accesso 29 febbraio 2024).

⁴ Il rapporto è consultabile al seguente link: <https://www.vie-publique.fr/en-bref/285693-etats-generaux-de-la-justice-ce-que-dit-le-rapport-du-8-juillet-2022> (ultimo accesso 29 febbraio 2024).

⁵ Questo rapporto evidenzia una duplice crisi: una crisi del servizio pubblico della giustizia e una crisi dell'autorità giudiziaria. La relazione può essere reperita al seguente indirizzo web: <https://www.vie-publique.fr/files/rapport/pdf/285620.pdf> (ultimo accesso 29 febbraio 2024).

una prima legge sulla fiducia nel sistema giudiziario⁶ ed una legge di orientamento e programmazione del sistema giudiziario per il periodo 2023-2027 prevede diverse misure volte a ripristinare proprio la fiducia⁷.

La preoccupazione di migliorare l'organizzazione e il funzionamento del sistema giudiziario coinvolge risorse umane, finanziarie, materiali e procedurali. In particolare, in Francia, a partire dal 1998, è stato sviluppato il concetto di 'servizio pubblico della giustizia'⁸ e, in una decisione relativa alla questione prioritaria di costituzionalità (artt. 61-2 Cost.), il Consiglio Costituzionale ha precisato come la buona amministrazione della giustizia rappresenti un obiettivo di valore costituzionale, secondo gli artt. 12, 15 e 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789⁹.

Il tema può essere trattato anche in una dimensione economica e con i metodi del *new management* delle amministrazioni pubbliche. Ebbene, approcci di tal sorta conducono a considerare il litigante alla stregua di un utente, o, addirittura, nei paesi anglosassoni, di un cliente¹⁰. Si tratta, o potrebbe trattarsi, di una dichiarazione politica dello Stato, che intende sviluppare e riformare il sistema giudiziario in vista di una maggiore efficienza in termini sia quantitativi che qualitativi.

Ancora, si può ben guardare alle garanzie e all'efficacia della giustizia a partire dal rapporto che intercorre tra i litiganti ed il sistema giudiziario. È una prospettiva diversa e complementare alla visione dall'alto, di chi detiene il potere e consiste nel mettersi nei panni delle parti¹¹. È questa, appun-

⁶ Legge n. 2021-1729 del 22 dicembre 2021, *Journal officiel* del 23 dicembre 2021.

⁷ Tra queste, le misure volte a migliorare l'efficienza del sistema giudiziario attraverso la semplificazione della procedura penale (estensione della possibilità di perquisizioni notturne, riforma dello status di testimone assistito, limitazione della custodia cautelare, possibilità per il pubblico ministero di decidere se aprire o meno un'indagine giudiziaria), la creazione in via sperimentale di tribunali per le attività economiche (estensione della giurisdizione per i procedimenti extragiudiziali e collettivi), ecc.

⁸ Si veda in particolare E. GUIGOU (a cura di), *Le service public de la justice*, Paris, 1998.

⁹ Decisione n. 2009-595 DC del 3 dicembre 2009.

¹⁰ J.-P. JEAN, *Du justiciable à l'usager de la justice*, in *Les Cahiers de la Justice*, 2013, pp. 13-20.

¹¹ J.-L. HALPERIN, *Droit de défense et droits des défenseurs en France de 1789 à 1914*, in L. WAELEKENS (a cura di), *L'assistance dans la résolution des conflits – Assistance in conflict resolution. II: Europe médiévale et moderne – Medieval and modern Europe*, Bruxelles, 1997, pp. 99-122. Vedi anche P. ALVAZZI DEL FRATE, *Garantismo e "giusto processo"*, in Id., *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, 2011, pp. 135-165 e Id., *L'individu face au jugement. Le développement d'une culture des garanties processuelles au XVIII^e siècle*, in N. LAURENT-BONNE N., X. PREVOST (a cura di), *Penser l'ancien droit public. Regards croisés sur les méthodes des juristes*, III, Paris, 2022, pp. 181-191.

to, la prospettiva adottata nelle pagine che seguono: essa consente di affrontare la questione sotto diversi aspetti, innanzitutto dal profilo dell'accesso alla giustizia.

La possibilità di accedere alla giustizia, infatti, è di per sé una garanzia, se non la principale. Così, sulla scorta degli studi più recenti¹², è nostro intendimento tracciare un itinerario storico giuridico dal punto di vista dei litiganti, verificando vie e garanzie di accesso alla giustizia, come pure tutele e meccanismi preposti a supportare in concreto il ricorso alle vie giudiziarie. Lo scritto conserva la forma di dialogo dell'esposizione orale, alternando il *focus* sull'esperienza francese e un breve controcanto sul ducato di Milano, tra Medioevo ed età moderna, e si divide – alla francese – in due parti principali, dedicate, rispettivamente, alla 'domanda di giustizia' e al 'supporto ai litiganti'.

1. *La domanda di giustizia*

Per i litiganti, la domanda di giustizia si esprime nel poter scegliere tra diverse vie legali e nell'emergere di un diritto processuale che garantisce l'accesso al giudice. Questi profili appaiono come garanzie di una migliore risoluzione del conflitto.

1.1. *Scegliere*

La domanda di giustizia è espressa da uomini e donne nel Medioevo e nell'età moderna nel contesto dello sviluppo delle istituzioni giudiziarie e delle molteplici rivendicazioni del potere di dispensare giustizia. In Francia, questa domanda si è espressa nell'ambito di uno Stato in cui la giustizia era controllata dal potere politico del sovrano.

1.1.1. *Il pluralismo giudiziario nel regno di Francia*

Il pluralismo giudiziario prende forma a partire dal periodo medievale e si manifesta in vari modi in Francia e in Italia, con il coinvolgimento di diversi attori. L'affermarsi del pluralismo giudiziario comporta, da un lato,

¹²J. HILAIRE, *La construction de l'État de droit dans les archives judiciaires de la cour de France au XIII^e siècle*, Paris, 2011; X. GODIN, B. BERNABE, *Actualité de l'histoire de la justice*, in J. KRYNEN, B. D'ALTEROCHE (a cura di), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, 2014, pp. 291-326.

l'instaurarsi di diversi tipi di contenzioso, a seconda della controversia e dei contendenti e, dall'altro lato, lo strutturarsi di un ordine giudiziario.

In considerazione dell'esistenza di diversi giudici si afferma anche una loro specializzazione. A seconda dell'evoluzione di un determinato tribunale, della procedura seguita e dei metodi di prova, i contendenti sono più propensi a portare la loro controversia davanti al tribunale che offre loro maggiori garanzie, soprattutto per quanto riguarda l'esecuzione della sentenza. Questa situazione vale sia per la giustizia ecclesiastica, sia per i tribunali civili e penali e persino per i tribunali competenti per le controversie sorte durante le fiere medievali.

Vediamo alcuni esempi. In primo luogo, la giustizia ecclesiastica, con i suoi tribunali (*officialités*), fiorì nel XII secolo. Raggiunse il suo apogeo un secolo dopo. Il vescovo era il giudice ordinario e, insieme al suo vicario per le questioni giudiziarie (*official*), esercitava la giurisdizione civile contenziosa e non contenziosa¹³.

I tribunali ecclesiastici svolgevano un ruolo importante nella società medievale grazie alla procedura inquisitoria seguita in materia penale, alla loro organizzazione, alla loro ampia giurisdizione *ratione personae* e *ratione materiae* e alla loro struttura gerarchica all'interno di un *ordo ecclesiasticus*. Queste caratteristiche distinguevano i tribunali ecclesiastici dai tribunali secolari (signorili, urbani e regi) e contribuivano alla loro capacità di attrarre i litiganti. Questi tribunali, fino all'ordinanza di Villers-Cotterêts del 1539 (art. 1), operavano gratuitamente, anche nelle controversie tra laici.

In secondo luogo, in occasione delle fiere internazionali della Champagne, fino alla metà del Duecento i mercanti, di diversa provenienza geografica, si rivolgevano spesso ai tribunali ecclesiastici, per far sigillare i loro contratti dal vicario e per ottenere una sentenza di scomunica, una pena che fungeva da deterrente e costringeva il debitore a saldare il suo debito.

Attorno al 1260, però, i conti della Champagne iniziarono a rafforzare le prerogative dei giudici delle fiere, potenziando così il ruolo della giustizia laica, a scapito della giustizia ecclesiastica. I giudici delle fiere apponevano il sigillo della fiera e promuovevano strumenti esecutivi sempre più efficaci. Inoltre, applicavano regole che si discostavano dal diritto comune in termini di procedura: il convenuto non poteva sollevare eccezioni dilatorie o declinatorie della giurisdizione. A partire dall'ultimo quarto del Duecento, su richiesta dei mercanti, i giudici delle fiere assicuravano che i

¹³ P. FOURNIER, *Les officialités au Moyen Âge: étude sur l'organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France de 1180 à 1328*, Paris, 1880 (rist. anast. Aalen, 1984); A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Les officialités à la veille du concile de Trente*, Paris, 1973.

contratti sottoscritti alle fiere della Champagne fossero eseguibili in tutti i luoghi.

1.1.2. *Lo sviluppo di un sistema giudiziario in Francia*

Un altro movimento che completò l'affermazione della specializzazione fu la strutturazione del sistema giudiziario attraverso l'integrazione dei tribunali signorili, urbani ed ecclesiastici nella giustizia regia del regno di Francia.

Tra Duecento e Trecento, lo sviluppo della giustizia regia fu evidente. Il debito di giustizia del re nei confronti dei sudditi legittimava il suo intervento. I giuristi dell'*entourage* del re affermavano il principio per cui tutta la giustizia emana dal re, ovvero che il re è la fonte della giustizia. In questo modo, si è sviluppato un discorso che è diventato «un luogo comune ... [che] consiste nel proclamare che la giustizia è la condizione della pace, che Dio ha istituito i re affinché regnasse la giustizia, la missione essenziale, il fondamento e lo scopo del loro potere sovrano»¹⁴. Lo sviluppo della procedura è quindi legato al rafforzarsi della sovranità regia¹⁵.

Lo sviluppo della giustizia regia e del suo funzionamento con giudici preparati attirò un numero maggiore di procedimenti. I sudditi sempre più spesso si rivolgevano al sovrano. La giustizia regia francese si sviluppò di conseguenza, attraverso una serie di mezzi volti a sottrarre i procedimenti alla giustizia signorile ed ecclesiastica, quali la *prévention*, i casi riservati, i casi privilegiati e la procedura di *appel comme d'abus*.

Inoltre, si affermò l'idea della subordinazione delle diverse giurisdizioni ai tribunali regi. A partire dalla metà del regno di Luigi IX, la giustizia del re promosse il diritto di appello¹⁶. Jean Hilaire ha mostrato chiaramente,

¹⁴ J. KRYNEN, *L'État de justice, France, XIII^e-XX^e siècles*, I, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, 2009, p. 17. La traduzione della citazione, dall'originale francese, è di chi scrive.

¹⁵ J. HILAIRE, *La procédure comme instrument au service de la montée en puissance de la souveraineté (XII^e-XIV^e siècle)*, in J. HAUTEBERT, S. SOLEIL (a cura di), *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de procédure en Europe*, Paris, 2008, II, pp. 153-170.

¹⁶ Vedi anche, J. HILAIRE, *La construction de l'État de droit dans les archives judiciaires de la cour de France au XIII^e siècle*, Paris, 2011, pp. 39-50; J. GUYADER, *L'appel en droit canonique médiéval*, in J.-L. THIREAU (a cura di), *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, Paris, 1995, pp. 31-51; A. DEGOY, *Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII^e siècle*, in L. SOULA (a cura di), *Les cours d'appel: origines, histoire et enjeux contemporains*, Rennes, 2016, pp. 33-51; A. DEGOY, *Lumineux Moyen Âge. Les avocats au Parlement de Paris et la légalité pénale à l'époque de Charles VI et d'Henri VI de Lancastre (1380-1436)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 2018, pp. 1-70; J.-L. THIREAU, *L'appel dans l'ancien droit*

sulla base dei primi registri della *Cour du Roi* (c.d. *Olim*), l'effetto delle misure che estendevano le possibilità di appello al re. All'appello attraverso il duello giudiziario, applicabile alle relazioni feudali, si aggiungeva l'appello influenzato dal diritto romano e canonico. Questa seconda forma, l'*appellatio*, si basava sull'importanza della testimonianza, abbandonando così le prove ordaliche, definite irrazionali. La seconda metà del Duecento vide lo sviluppo di questa procedura, che si diffuse in altre giurisdizioni. Essa era legata all'uso della procedura per inchiesta e, più specificamente, delle cosiddette inchieste di verità, fondate sull'audizione di testimoni e sulla segretezza, per stabilire la verità¹⁷.

La *curia regis* e la sua propaggine, il parlamento, beneficiarono di questo sviluppo. In tal modo, questa giurisdizione affermò il proprio ruolo nell'organizzazione della giustizia medievale e mise a punto una sorta di controllo sull'intero sistema giudiziario del regno e non solo sulla giustizia regia¹⁸. Lungo il Trecento e il Quattrocento, in forza dell'affermarsi della sovranità regia, il *parlement* accoglieva un numero crescente di ricorsi¹⁹. La giustizia regia rispondeva così alle richieste dei contendenti, offrendo loro maggiori garanzie di difesa.

1.2. *Garantire*

Il poter adire il proprio giudice è un'esigenza che si pone sin dal Medioevo. Si tratta di una garanzia processuale accordata riconoscendo la possibilità di adire il proprio giudice naturale, nel contesto dei numerosi conflitti di competenza e di intrico giudiziario d'*ancien régime*²⁰.

pénal français, in ID. (a cura di), *Les voies de recours judiciaires, instruments de liberté*, cit., pp. 13-30; A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE, *L'appel, sanction de l'office du juge*, in A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BERNABE (a cura di), *La Prudence et l'Autorité: Juges et procureurs du XXI^e siècle*, Paris, 2014, pp. 211-232.

¹⁷ J.-M. CARBASSE, *Secret et justice: les fondements historiques du secret de l'instruction*, in *Clés pour le siècle*, Paris, 2000, pp. 1243-1269; J. HILAIRE, *La construction de l'État de droit*, cit., pp. 50-57.

¹⁸ J. HILAIRE, *La construction de l'État de droit*, cit., p. 39 e pp. 77-88.

¹⁹ C. GAUVARD, *L'appel à la justice du roi au pénal. Formes et conflits aux XIV^e et XV^e siècles*, in L. SOULA (a cura di), *Les cours d'appel: origines, histoire et enjeux contemporains*, cit., pp. 53-66.

²⁰ J.-P. ROYER, J.-P. JEAN, N. DERASSE, J.-P. ALLINNE, *Histoire de la justice*, Paris, 2001, p. 43.

1.2.1. *La formulazione della domanda giudiziaria*

Lungo il Medioevo e l'età moderna, le parti si rivolgono alla giustizia regia. Più precisamente, formulano una *supplicatio*²¹ alla quale il sovrano medievale, debitore di giustizia, deve rispondere. Il ruolo delle suppliche è importante anche nella procedura normativa e nell'esercizio del potere legislativo regio e ciò non soltanto nel regno di Francia²². La richiesta giudiziaria riecheggia la procedura per rescritto rivolta all'imperatore romano o quella prevista dal diritto canonico al papa. Si instaura così un dialogo giudiziario tra la petizione del supplicante (*supplicando et implorando iudicis officium*)²³ e la risposta della magistratura regia attraverso la *gratia specialis*.

Dalla *supplicatio* prendono origine una serie di altri rimedi straordinari, dal Medioevo all'età moderna. All'inizio del Trecento, il potere regio accetta di rispondere alle richieste di un nuovo processo per una causa già decisa dai giudici regi. Si trattava di una nuova garanzia. Sebbene il principio dell'ultima istanza fosse stato formulato dall'autorità regia nel 1303, si ammetteva, contestualmente, la possibilità di deferire i casi già decisi ai tribunali regi. L'ordinanza del 23 marzo 1303 prevedeva un nuovo mezzo di ricorso in caso di ambiguità od errore e la revisione della decisione da parte del re o del suo *consilium* (*correctio, interpretatio, revocatio o declaratio*)²⁴. Il sovrano interveniva in modo speciale ed *ex certa scientia*²⁵. La procedura per errore risulta attestata nel 1309 ed è descritta da Jean Hilaire come l'anticamera della cassazione²⁶. Ad essa si aggiungeva, nel 1329, la procedura della *requête civile*²⁷.

²¹ J. HILAIRE, *La construction de l'État de droit*, cit., pp. 217-229; P.-A. FORCADET, *Conquestus fui domino regi: étude sur le recours au roi de France d'après les arrêts du Parlement de Paris*, Paris, 2018.

²² A. WÜRGLER, *Voices from Among the «Silent Masses»: Humble Petitions and Social Conflicts in Early Modern Central Europe*, in L.H. VAN VOSS (a cura di), *Petitions in Social History*, Cambridge, 2001, pp. 11-34.

²³ Per un esempio del 1272: J. HILAIRE, *La construction de l'État de droit*, cit., p. 221, nt. 1.

²⁴ V. *Ordonnances des rois de France*, I, pp. 354-367, in particolare l'articolo 12, p. 359. Il testo era chiarito da una successiva ordinanza, del dicembre 1344: F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois de France*, IV, pp. 484-498 e art. 9, pp. 494-496.

²⁵ *Ivi*, p. 495.

²⁶ R. MARTINAGE-BARANGER, *Les idées sur la cassation au XVIII^e siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1969, pp. 244-290; X. GODIN, *La procédure de cassation au XVIII^e siècle*, in *Histoire, économie & société*, 2010, pp. 19-36.

²⁷ S. DAUCHY, *Les voies de recours extraordinaires: proposition d'erreur et requête civile (de l'ordonnance de Saint Louis jusqu'à l'ordonnance de 1667)*, Paris, 1988, pp. 31-50. Per una pre-

La legislazione regia specificava ulteriormente i mezzi di ricorso straordinari vigenti in Francia, in particolare nell'ordinanza di Blois del maggio 1579 e nell'editto di Rouen del gennaio 1597. La *proposition d'erreur* e la *requête civile* si riferivano a una nuova trattazione delle cause. Erano presentate al giudice che avesse già preso una decisione. Si distinguevano dalla cassazione, figlia di queste due prime opzioni. Quest'ultima – la cassazione – si affermava nel Seicento e fu oggetto di uno sviluppo specifico nel regolamento del 28 giugno 1738 relativo alla procedura osservata nel consiglio del re²⁸.

In via generale, i mezzi di ricorso straordinari, cui si è fatto cenno, contribuivano ad offrire maggiori garanzie ai litiganti.

1.2.2. *Il giudice naturale quale garanzia processuale*

Alla fine del Medioevo e in epoca moderna, si riscontra l'idea, presso i litiganti, di voler essere giudicati dal proprio giudice, sempre più spesso considerato quale giudice naturale.

Questa era l'idea di garanzia processuale²⁹, presente nei *cabiers de doléances* del 1789, che fu poi ripresa ed espressa nella l. del 16 e 24 agosto 1790 sull'organizzazione giudiziaria. Oltre ad abolire i privilegi di giurisdizione (art. 16), l'assemblea nazionale costituente stabiliva, infatti, che l'ordine costituzionale dei tribunali non potesse essere turbato, né i litiganti potessero essere distratti dai loro giudici naturali da alcuna commissione, o da poteri o facoltà diversi da quelli determinati dalla legge (Titolo 2, art. 17). Il principio è sancito anche nella Costituzione francese del 3 settembre 1791³⁰.

sentazione di questi due rimedi straordinari basati sullo sviluppo della *supplicatio*, J. HILAIRE, *La construction de l'État de droit*, cit., p. 39 e pp. 224-229.

²⁸ F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois de France*, XXII, pp. 42-106, in part. pp. 45-52.

²⁹ J. HUDAULT, *Sens et portée de la compétence du juge naturel dans l'ancien droit français*, in *Revue critique de droit international privé*, 1972, pp. 27-54 et pp. 249-268; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Roma, 1999; U. SEIF, *Droit et Justice retenue. Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII^e au XIX^e siècle*, in *Revue historique de droit Français et étranger*, 2005, pp. 215-245; E. JEULAND, *Le droit au juge naturel et l'organisation judiciaire*, in *Revue française d'administration publique*, 2008, pp. 33-42; M. DUPUIS-BERRUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Paris, 2013.

³⁰ Titolo 3, capitolo V, articolo 4: «Les citoyens ne peuvent êtres distraits des juges que la loi leur assigne, par aucune commission, ni par d'autres attributions et évocations que celles qui sont déterminées par les lois».

L'idea è oggi ben nota come principio fondamentale nel diritto nazionale³¹, ad esempio, nell'ordinamento francese, in relazione ai principi di uguaglianza, imparzialità e diritto a un giusto processo³², o ancora, in Italia, nella Costituzione repubblicana del 1948 (art. 25: «Nessuno può essere distolto dal giudice naturale previsto dalla legge»). Tuttavia, permangono delle esitazioni. Per alcuni i contorni restano imprecisi³³, per altri, il diritto al giudice naturale avrebbe un'esistenza incerta, ovvero la figura del giudice naturale sarebbe addirittura introvabile³⁴. Si tratta, comunque di un'idea costitutiva, a lungo intesa come garanzia.

Il concetto di giudice naturale concerne l'idea di *iurisdictio* e il riconoscimento del suo esercizio nell'ambito della giurisdizione ordinaria³⁵. Si sviluppa in un contesto di pluralità di poteri giudiziari e con l'affermazione di un giudice considerato *iudex natus*. Con questo termine si indicavano i giudici, in particolare i magistrati feudali e urbani, il cui potere era messo in discussione dalla giustizia regia.

L'idea del giudice naturale si sviluppò per combattere la pratica regia di ricorrere all'avocazione, alle commissioni straordinarie o addirittura alle *lettres de cachet*, sottraendo così il litigante alla giurisdizione del primo giudice naturale. Tali interventi della giustizia straordinaria del re, denominata anche giustizia *retenue*³⁶, provocarono una reazione a difesa della giurisdizione del giudice naturale come autentica garanzia per i litiganti. Questa era la posizione dei tribunali signorili, urbani e mercantili: per essi, la posta in gioco era il mantenimento della propria competenza giurisdizionale.

³¹ T. RENOUX, *Le droit au juge naturel, droit fondamental*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, pp. 33-58; G. ROYER, *Le juge naturel en droit criminel interne*, in *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2006, pp. 787-807; N. PICARDI, *Le juge naturel – Principe fondamental en Europe*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2010, pp. 27-73.

³² P. ALVAZZI DEL FRATE, *Droit naturel et 'procès équitable': considérations historico-juridiques*, in M. MATHIEU (diretto da), *Droit naturel et droits de l'homme*, Grenoble, 2011, pp. 321-334.

³³ M. DUPUIS-BERRUUX, *Le juge naturel dans le droit de l'ancienne France*, Paris, 2013, pp. 13-18.

³⁴ Per il diritto internazionale privato, H. GAUDEMET-TALON, *L'introuvable 'juge naturel'*, in C. BONTEMS (a cura di), *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, 1999, pp. 591-613.

³⁵ Per uno studio recente, B. ALIX, *La notion de iudex ordinarius en droit romano-canonique médiéval (XII^e-XV^e siècle)*, tesi di dottorato in storia del diritto, svolta sotto la direzione del prof. Franck Roumy, Université Panthéon-Assas, 2020.

³⁶ J. KRYNEN, *Réflexions sur la justice dite retenue*, in C. LEVELEUX-TEIXEIRA, A. ROUSSELET-PIMONT, P. BONIN, F. GARNIER (a cura di), *Le gouvernement des communautés politiques à la fin du Moyen Âge. Entre puissance et négociation. Villes, finances, État. Actes du colloque en l'honneur d'Albert Rigaudière*, Paris, 6-8 novembre 2008, Paris, 2011, pp. 523-532.

L'idea di giudice naturale si rinviene nel *Dictionnaire de l'Académie Française* (1694), che considera il giudice naturale ordinario come colui al quale appartiene naturalmente, ordinariamente e di diritto la conoscenza di una causa. Settant'anni dopo, l'*Encyclopédie* di Diderot e d'Alembert precisava, alla voce *Juge*, che il giudice ordinario è il giudice naturale del luogo ed ha il pieno esercizio della giurisdizione. La giurisdizione poteva essere distratta dal giudice naturale per attribuzione o privilegio e, in queste ipotesi, i giudici di attribuzione o di privilegio, ovvero i commissari designati per giudicare determinate controversie, erano solo giudici straordinari³⁷.

Invero, il ricorso all'idea del giudice naturale oltrepassa l'ambito della lotta tra la giustizia regia e le corti concorrenti. L'argomento del giudice naturale era utilizzato di frequente nel contesto del pluralismo giudiziario che caratterizzava l'organizzazione della stessa giustizia regia e in occasione di conflitti di giurisdizione³⁸.

Anche all'interno dell'*ordo iudiciarius* regio esistevano, infatti, delle tensioni tra il potere del re e quello delle corti sovrane. È il caso delle rimozioni dei parlamenti di antico regime³⁹ e, in particolare, della fronda del 1648. La *chambre Saint-Louis* (che riuniva le corti sovrane, ossia i parlamenti, le *cours des aides*, il gran consiglio e le *chambres des comptes*) decise di limitare la durata della detenzione di un prigioniero. La detenzione non doveva superare le ventiquattro ore se, durante questo periodo, non si era svolto alcun interrogatorio. Gli ufficiali del re stabilirono che l'imputato fosse rinviato al suo giudice naturale⁴⁰, ma i benefici di tale misura furono limitati pochi mesi dopo⁴¹.

In Francia, i litiganti trassero vantaggio dalla concorrenza tra i diversi tribunali e per effetto dell'affermarsi della giustizia regia e dell'appello al re. Beneficiarono, altresì, dell'introduzione di rimedi ordinari e straordinari, che contribuirono a fornir loro maggiori garanzie. I litiganti ricorrevano al giudice che consideravano più efficiente e meno costoso. Tuttavia, il ri-

³⁷ *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Neufchastel, 1765, IX, p. 14.

³⁸ P. ALVAZZI DEL FRATE, *La justice par commissaires. Les conflits de juridiction et le principe du juge naturel sous l'Ancien Régime*, in *Crises*, 1994, pp. 53-59.

³⁹ *Ivi*, p. 55.

⁴⁰ F.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois de France*, XVII, pp. 72-84, in part. pp. 75-76.

⁴¹ F. OLIVIER-MARTIN, *L'absolutisme français*, Paris, 1981, p. 351, per il provvedimento del 22 ottobre 1648.

correre alla giustizia dei tribunali non era l'unica via per risolvere i conflitti: gli stessi litiganti si servivano di una serie di rimedi cumulativi e non alternativi, tra cui l'arbitrato e altre procedure di composizione amichevole delle controversie⁴².

Nel contesto della giustizia di epoca medievale e moderna, i litiganti incontravano anche delle difficoltà. Il giurista Charles Loyseau (1566-1627), nel suo *Discours de l'abus des justices de village* (1603-1604), citava la confusione della giustizia, che non era inferiore a quella delle lingue al tempo della Torre di Babele⁴³. Ne *Les Fourberies de Scapin* (1671), Molière si riferiva alle 'deviazioni' della giustizia. In particolare, Scapino dipingeva un quadro della giustizia che non era né efficiente né nell'interesse dei litiganti: la giustizia era un pericoloso labirinto, seminato di trappole e il palazzo di giustizia una macchina mangiasoldi (Atto 2, scena 5).

Oltre alla difficoltà di risolvere la controversia in tempi brevi, per come la giustizia era organizzata e funzionava, sussisteva, infatti, anche il tema gravoso dei costi della giustizia.

1.3. *Il ducato di Milano*

Il ducato milanese tra Medioevo ed età moderna presenta, anch'esso, come il regno di Francia, un panorama composito di giurisdizioni cui i sudditi potevano rivolgersi, per vedere soddisfatta la propria domanda di giustizia. Giudici laici ed ecclesiastici, magistrati cittadini e corti feudali, curie mercantili riflettevano la pluralità delle fonti del diritto e la struttura della società, per ordini e corpi intermedi. Per tacere del largo ricorso, documentato nelle fonti, a procedure stragiudiziali.

1.3.1. *Pluralismo giudiziario e centralizzazione della giustizia*

Lungo il Trecento, inizia anche qui ad affermarsi una centralizzazione dell'amministrazione giudiziaria: al vertice dello Stato visconteo-sforzesco, accanto al duca, figuravano due consigli ristretti, il consiglio segreto e il

⁴² Si veda, ad esempio, A. CORDES, PH. HÖN, 'Per amorem vel per iusticiam'. *La résolution juridique et extra-juridique des conflits en matière commerciale (1250-1650)*, in S. AMRANI-MEKKI, G. DAVY, S. KERNEIS, M. ROCCATI (a cura di), *Les chimères de l'alternativité? Regards croisés sur les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, 2018 pp. 47-57; J. FERRAND, *Entre volontarisme législatif et jurisprudence réactionnaire: les vicissitudes de l'arbitrage dans la France moderne (XVI^e-XVIII^e siècle)*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2009, pp. 103-155.

⁴³ C. LOYSEAU, *Discours de l'abus des justices de village*, Paris, 1603, p. 4.

consiglio di giustizia, quest'ultimo con attribuzioni più tecniche e specializzate in relazione, proprio, all'amministrazione della giustizia⁴⁴.

Nella seconda metà del Trecento, sotto i Visconti, quando i sudditi si ritenevano lesi nei loro diritti e, in particolare, dalla giustizia ordinaria, erano soliti presentare suppliche al duca: per ottenere soddisfazione alle proprie ragioni, chiedevano al duca di delegare la causa ai giudici signorili presenti sul territorio, per mezzo di apposite *commissiones*. Si trattava dell'esercizio, da parte del signore, dello *ius speciale*, che comprendeva l'emanazione di vari provvedimenti consistenti in massima parte in deroghe al diritto vigente, come per il caso di privilegi e grazie. I supplicanti, di solito, si ritenevano lesi dalla giustizia ordinaria⁴⁵.

D'altro canto, però, a quanto emerge dalle fonti, gli stessi sudditi manifestavano un forte attaccamento alle autonomie locali e, per contro, uno scontento nei confronti delle magistrature centrali, che parevano operare senza il necessario coordinamento. Questo evidentemente rappresentava un'inefficienza, che si trascinò molto a lungo, per secoli e, puntualmente, venne illustrata al re di Francia Luigi XII, al momento del suo ingresso trionfale in città, nel 1499⁴⁶.

Proprio al re di Francia si deve la fondazione del tribunale centrale del ducato, il Senato, sull'esempio dei parlamenti francesi, primo fra tutti il *parlement* di Parigi⁴⁷. Il supremo consesso milanese acquisiva ben presto il carattere di magistratura centrale e cardine dell'intero ordinamento, investita di fondamentali compiti direttivi in ambiti eterogenei, per delega diretta dell'autorità regia⁴⁸. Le sue funzioni, nell'idea originale di Luigi XII,

⁴⁴ P. DEL GIUDICE, *I Consigli ducali e il Senato di Milano. Contributo alla storia del diritto pubblico milanese dal XIV al XVI secolo*, Milano, 1899.

⁴⁵ C. STORTI STORCHI, *Giudici e giuristi nelle riforme viscontee del processo civile per Milano (1330-1386)*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, 1996, pp. 47-187; M.N. COVINI, *La trattazione delle suppliche nella cancelleria sforzesca: da Francesco Sforza a Ludovico il Moro*, in C. NUBOLA, A. WÜRGLER (a cura di), *Suppliche e «gravamina». Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, Bologna, 2002, pp. 107-146.

⁴⁶ C. STORTI STORCHI, «accìò che le cause passino più consultamente e con minor rechiamo». *Nodi della giustizia nei primi anni del dominio di Luigi XII sul Ducato di Milano*, in L. ARCANGELI (a cura di), *Milano e Luigi XII. Ricerche sul primo dominio francese in Lombardia (1499-1512)*, Milano, 2002, pp. 147-165, in part. pp. 159 ss.

⁴⁷ V. l'editto di Vigevano dell'11 novembre 1499 di Luigi XII, per l'istituzione del Senato di Milano, in L.G. PELISSIER, *Documents pour l'histoire de la domination française dans le milanais*, Toulouse, 1891, pp. 17-28. Cf. anche O. LANDI, *Senatus Mediolanensis*, Mediolani, 1637.

⁴⁸ U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di*

dovevano essere soprattutto intese a controllare dall'alto la retta amministrazione della giustizia all'interno del ducato e a sovrintendere all'operato dei magistrati inferiori, dirimendo anche eventuali conflitti di giurisdizione, non tanto a decidere nel merito le singole controversie. In realtà, ben presto, la corte centrale assumeva una serie di competenze di merito, che contribuivano ad accrescerne il peso, anche politico⁴⁹.

In campo civile, la corte era riconosciuta competente in primo grado per una serie di cause ardue o di un determinato valore, oltre che per le cause tra i vassalli o tra il principe ed i vassalli ed in materia di confini. Si interessava di questioni di diritto di famiglia e successorio, dove il suo intervento si esercitava soprattutto in materia di fedecommissi; nominava tutori e curatori per infanti e pupilli; concedeva immunità e privilegi; regolava dall'alto i rapporti di credito ed obbligatori intercorrenti tra i privati, accordando sospensioni dei termini e dilazioni di pagamento. Era giudice d'appello per le sentenze rese dagli altri magistrati superiori dello Stato e corte di ultima istanza per ogni tipo di reclamo contro qualsiasi provvedimento reso da un organo giudicante del ducato⁵⁰.

Nel composito *Dominium mediolanense*, in epoca spagnola, gli organi centrali, *in primis* il Senato, si limitavano a sovrapporsi al variegato insieme delle preesistenti magistrature locali, cittadine, del contado, feudali, che continuarono a sopravvivere e ad agire, secondo meccanismi e ripartizioni di competenze propri di uno Stato regionale che, nei suoi connotati più specifici, si era già delineato al tempo dei Visconti e degli Sforza⁵¹.

1.3.2. *Le suppliche dei litiganti*

Dal punto di vista dei litiganti, lungo l'età moderna, fino alla fine del Settecento, ai sudditi fu riconosciuta sempre la possibilità di adire diretta-

Milano da Carlo V a Giuseppe II, Milano 1972. La bibliografia sui grandi tribunali è vastissima: di recente, è tornato sul tema, con specifico riferimento al Senato di Milano, M. ASCHERI, *Italy from Medieval Times to 1800*, in A. WIJFFELS, C.H. VAN RHEE (a cura di), *European Supreme Courts. A Portrait Through History*, London, 2013, pp. 46-48.

⁴⁹ A. MONTI, *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, 2003, pp. 65 ss.

⁵⁰ *Constitutiones mediolanensis Domini jam primum illustratae decisionibus et annotationibus ab egregio jurisconsulto et avvocato Pio Antonio Mogno Fossato, Mediolani, 1764, lib. I, tit. de senatoribus*, pp. 7-8.

⁵¹ D. SELLA, C. CAPRA, *Il Ducato di Milano dal 1535 al 1796*, Torino, 1984. Di recente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. GAMBERINI (a cura di), *A Companion to Late Medieval and Early Modern Milan. The Distinctive Features of an Italian State*, Leiden, 2015.

mente il sommo giudice⁵². In particolare, si accedeva alla giustizia senatoria attraverso delle suppliche – *preces* – intitolate P.R. – *potentissime Rex* – e inoltrate alla cancelleria del Senato⁵³, dove i senatori di turno ne prendevano visione e le spedivano tramite apposite lettere, i rescritti⁵⁴, dei quali si è detto sopra, in generale e con riferimento al regno di Francia. Anche il Senato di Milano era solito inviare rescritti ai giudici del ducato, su istanza di parte⁵⁵.

Anzi, a Milano le suppliche, attraverso cui si impetrava il rescritto, fungevano da libello, cioè da atto introduttivo del giudizio nelle cause civili e potevano assumere valore di ricorso in appello⁵⁶: erano, le *preces*, il modo consueto per adire la corte centrale. Tuttavia, gli adempimenti richiesti da leggi e prassi potevano rappresentare un ostacolo all'accesso alla giustizia per le parti, innanzitutto in termini economici, ma non solo.

Nel centocinquantenario (della morte) di Alessandro Manzoni, piace ricordare l'incontro tra il dottor Azzecagarbugli e Renzo Tramaglino (*Promessi Sposi*, cap. 3). Soggezione, senso di inferiorità, sono i sentimenti che si impadroniscono del povero Renzo, dinnanzi a una giustizia inefficiente, piegata al desiderio dei potenti, come pure significativi sono i suoi tentativi di spiegarsi, interrogare, comprendere, cercando di seguire il ragionamento dell'avvocato. L'Azzecagarbugli, il leguleio, nella sua miseria morale, è

⁵² C. NUBOLA, *Supplications between Politics and Justice: The Northern and Central Italian States in the Early Modern Age*, in L.H. VAN VOSS (a cura di), *Petitions in Social History*, cit., pp. 35-56.

⁵³ Milano, Biblioteca Ambrosiana, ms. I 40 suss, *Formularium Civile manuscriptum ab Iurisconsulto [...] Domini Bernardini a Porta, cui nonnulla addita fuere ab Iurisconsulto [...] Joanne Maria Crotta* [post 1714?], pp. 72-73, 127-128 e 141-144.

⁵⁴ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. I, tit. *de rescriptis, et mandatis Principum*, pp. 4-5. In dottrina, tra gli autori lombardi, G. OLDRADE, *De litteris et mandatis principum et praesertim excellentissimi sacrique regii Senatus Mediolanensis ac aliorum supremorum totius orbis Senatus commentaria in tres partes digesta, in quibus Caesareae Provinciae Mediolanensis Constitutiones in tit. De rescriptis ... explicantur ... Pars prima*, Mediolani, 1630. V. anche A.S. GARONI, *Observationes in Constitutiones Domini Mediolanensis*, Mediolani, 1627, pp. 6-11; G.C. RUGGINELLI, *Practicarum quaestionum rerumque iudicatarum liber singularis*, Venetiis, 1610, cap. 29.

⁵⁵ Per le formule dei rescritti senatori, v. Milano, Biblioteca Ambrosiana, ms. D 118 suss., *Formulae Senatus mediolanensis scriptae ab Iacopo Ivagnes fere anno 1610*, e ms. I 90 suss., *Inscriptiones litterarum quae nomine Senatus inscribuntur*, editi in appendice a A. MONTI, *I formulari del Senato di Milano (secoli XVI-XVIII)*, Milano, 2001.

⁵⁶ G.A. ZAVATTARI, *De Fori Mediolanensis praxi, et nonnullis depravationibus ex eo tollendi dialogus*, Venetiis, 1584, nn. 379 ss., pp. 138 ss. e in part. nn. 383-384; ID., *Panegyricus*, Mediolani, 1595, pp. 115-116. In materia di appello, G.C. RUGGINELLI, *Commentarii ad Caesareas Constitutiones Provinciae Mediolanensis in tit. de Appellationibus*, Mediolani, 1619, pp. 2-14.

emblema di una visione consolidata della giustizia milanese lungo il Seicento, che val la pena interrogare alla luce delle fonti documentarie.

Dunque, in riferimento alla giustizia senatoria le suppliche si presentavano, a Milano, alla cancelleria del Senato e nessuno degli ufficiali ivi preposti avrebbe dovuto, nel modo più assoluto, curare la spedizione di un atto in favore di una parte, ovvero patrocinare la causa di un'altra o semplicemente prestarsi a scrivere una supplica o a redigere un libello per qualche privato cittadino.

La frequenza degli interventi della corte centrale volti a debellare una simile deleteria prassi, sempre accompagnati dalla previsione di severe pene per i contravventori, induce tuttavia a supporre che tale forma di devianza fosse alquanto diffusa e radicata. Ulteriori abusi erano alimentati dalla circostanza che fonte prevalente del salario del personale di cancelleria fossero i diritti e le tasse sugli atti processuali: spettava ad uno dei segretari, scelto appositamente dal senato, vigilare e far rispettare i precetti regi e senatori e, se del caso, punire i colpevoli.

Senza dubbio, a limitare un accesso diretto alla giustizia vi era anche un tema di linguaggio tecnico e di lingue del diritto. La prassi senatoria richiedeva che le suppliche fossero redatte in forma chiara e intellegibile⁵⁷, in latino e recassero la sottoscrizione di un legale⁵⁸. Occorreva, perciò, che la parte si rivolgesse a un professionista.

Molte le similitudini con analoghi modi di procedere non solo in Francia, come ricordato nelle pagine che precedono, ma anche in Inghilterra: alle origini (medievali) del *common law* inglese vi sono i *brevia*, i documenti formali, redatti in latino, rilasciati dalla cancelleria regia, che accordavano tutela giudiziaria alle richieste dei sudditi, in un rapporto dialettico tra potere centrale, giudici locali e corti regie⁵⁹.

⁵⁷ «Preces, et quaecunque acta, quae fient coram Senatu conscribantur claro, et intelligibili caractere, ut facile legi possint, aliter non admittantur, vel lacerentur»: così ribadiva il Senato, con un ordine del 22 agosto 1686, in *Ordines excellentissimi Senatus Mediolani, ab Anno 1490 usque ad Annum 1639 collecti, et scholiis ornati ab olim J.C. ANGELO STEFANO GARONO ... Ab Anno vero 1639 usque ad Annum 1743 collecti ab egregio J.C. Don JOANNE PETRO CARLIO ... nec non perutilibus annotationibus illustrati ab egregio J.C. et avvocato PIO ANTONIO MOGNO FOSSATO ...*, Mediolani, 1743, n. 30, p. 427.

⁵⁸ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. I, tit. *de rescriptis, et mandatis Principum*, par. *Supplicationes*, p. 5. Il Senato, nei suoi ordini, ribadiva, pare invano, che doveva trattarsi di un avvocato o di un causidico iscritto nella matricola del collegio della città in cui si dibatteva la causa: v. gli ordini del 15 gennaio 1580, par. *Supplicationes*, in *Ordines*, cit., p. 105, rinnovati, una prima volta, l'11 agosto 1616, par. *Supplicationes*, *ibidem*, p. 220 e ancora successivamente.

⁵⁹ Cf. J. BAKER, *Introduction to English Legal History*, Oxford, 2019.

1.3.3. *Efficienza, economia processuale e abusi*

La cancelleria del Senato riceveva quotidianamente le richieste dei privati cittadini, che, in alcuni casi, potevano anche trarre vantaggio dalle caratteristiche (di inefficienza) di quel sistema. Lo smisurato numero delle suppliche costringeva ad un affrettato esame delle stesse, affidato ai singoli membri del collegio, senza un opportuno coordinamento tra i vari senatori. Era pratica consolidata, infatti, che la spedizione dei rescritti avvenisse da casa, nel senso che i singoli senatori se ne occupavano dalle rispettive dimore private, sbrigando quel compito delicato con l'assistenza di un segretario personale, salvo, in via di principio, l'intervento del presidente, cui era richiesta la sottoscrizione del provvedimento finale⁶⁰.

Non di rado, quindi, accadeva che due parti in causa ottenessero due rescritti differenti, oppure che una stessa parte conseguisse il rilascio di due successivi rescritti, di contenuto contrastante o quantomeno non omogeneo, malgrado fossero entrambi emanati in relazione alla stessa questione controversa, nella identica causa agitata innanzi al giudice locale. Il tribunale infatti non conosceva solo delle controversie riservate alla sua cognizione, ma soleva intervenire anche nei processi pendenti innanzi ai giudici inferiori e, su richiesta di parte, inviava loro i suoi rescritti, con le istruzioni di merito o di rito da seguire per il procedimento in corso⁶¹.

Al fine di rimediare a simili inconvenienti, piuttosto imbarazzanti, il Senato imponeva ai sudditi l'obbligo di avvertire (*monere*) la controparte, per renderla edotta dei contenuti della supplica presentata in cancelleria. Inoltre, il sommo tribunale reiterava in più occasioni l'obbligo, sempre per i litiganti, di menzionare nelle *preces* eventuali rescritti già impetrati ed esibiti in giudizio per la fattispecie *sub iudice*. In sintesi, il Senato addossava il problema dei rescritti erronei alla scorrettezza delle parti.

Nelle lettere senatorie si intendeva sempre inserita, anche in via tacita, la clausola *si preces veritate nitantur*⁶², a significare che il provvedimento del Senato si considerava valido se la supplica fosse stata ben fondata. La clausola, infatti, determinava l'inefficacia del rescritto e rendeva necessaria

⁶⁰ Si veda il settecentesco *Sommario sopra l'autorità, che tiene il Senato di Milano, e della maniera colla quale in esso si rende la Giustizia, con altre prerogative, e pratiche tanto nelle di lui preminenze quanto nel modo di fare ivi le cause*, in Milano, Biblioteca Trivulziana, Belgioioso, cartella 239 (altra copia in Milano, Archivio di Stato, *Uffici giudiziari parte antica*, cartella 170).

⁶¹ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. I, tit. *de senatoribus*, par. *Cognoscetque Senatus*, pp. 7-8. V. anche A.S. GARONI, *Commentaria in tit. de Senatoribus Novarum Constitutionum Status Mediolani*, Mediolani, 1643, lib. I, tit. IV, art. VI, pp. 206-211.

⁶² G. OLDRADE, *De litteris et mandatis principum*, cit., prael. VI, n. 78, p. 38.

una sua immediata modifica, se risultava un vizio nella supplica, derivante da affermazioni false o dall'aver taciuto il vero. In concreto, però, questo meccanismo non sembrava rappresentare una soluzione adeguata⁶³. Gli statuti di Milano del 1396, peraltro, avevano già stabilito che le lettere concesse dai signori godessero di piena efficacia solo se il contenuto delle suppliche alla loro origine corrispondesse a verità, prevedendo altresì per i soggetti eventualmente lesi la facoltà di provare il contrario⁶⁴.

Lungo il Settecento, una tale gestione dall'alto della giustizia, concentrata nelle mani di un solo organo, dotato di vasti poteri, fu denunciata ed avversata dagli esponenti dell'illuminismo lombardo⁶⁵. Sotto il dominio degli *Austrias*, tuttavia, ed ancora con l'avvento degli Asburgo d'Austria numerosi erano i sudditi che presentavano le loro suppliche presso la cancelleria senatoria, al fine di ottenere un intervento del collegio. In qualsiasi stadio del giudizio poteva intravedersi una convenienza nell'interpellare la corte centrale, il cui insindacabile giudizio era fondato sull'*aequitas*. Non da ultimo, un ricorso al Senato consentiva di guadagnare tempo in contenziosi incerti o dal prevedibile esito già compromesso.

La mole di lavoro che gravava sul tribunale, nel solo settore dell'amministrazione della giustizia, contenziosa e non, era considerevole: malgrado il prezioso contributo di segretari colti ed efficienti e di una schiera di cancellieri nella stesura e conservazione degli atti, erano i singoli senatori, guidati dal presidente, a farsi carico del disbrigo di tutte le pratiche. E costoro non erano molto numerosi: i due di nomina più recente erano inviati per un biennio presso le preture di Pavia e Cremona, alcuni erano anziani, altri impossibilitati per infermità, o per altri motivi contingenti, a partecipare alle attività del collegio. In tempi di peste, peraltro non infrequenti, pare che i ranghi rimanessero quasi deserti.

Ne discendeva la necessità di ripartire il più possibile i compiti tra i vari membri, riducendo al minimo le occasioni di sedute collegiali. Ecco il criterio dell'organizzazione efficiente. Da un punto di vista pratico, benché seri inconvenienti derivassero dalla mancanza di coordinamento tra l'agire dei singoli, indubbi erano i vantaggi per il funzionamento della macchina

⁶³ Diffusamente, G.P. MASSETTO, *Un magistrato e una città nella Lombardia spagnola. Giulio Claro pretore a Cremona*, Milano, 1985, pp. 125 ss.

⁶⁴ C. STORTI STORCHI, *Giudici e giuristi nelle riforme viscontee del processo civile per Milano*, cit., p. 174.

⁶⁵ V. le belle pagine di A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975.

giudiziaria che, già estremamente rallentata e farragिनosa, non conosceva vie alternative⁶⁶.

Il tribunale centrale non deludeva le aspettative dei sudditi, nel senso che ciascuno poteva ottenere con relativa facilità un rescritto senatorio. In veste collegiale, il Senato interveniva solo nella decisione finale delle cause più importanti, sulla base della relazione presentata dal senatore referente: un moderno principio di economia processuale ne stava a fondamento. Ciò che qui risultava carente erano le garanzie di legalità e correttezza dell'operato dei magistrati⁶⁷.

2. *Il supporto ai litiganti*

Nel rapporto tra i contendenti e il sistema giudiziario, la questione dell'accesso alla giustizia deve prendere in considerazione anche la situazione di chi risulti invisibile, perché non denuncia i fatti di cui è vittima, non sporge denuncia o non dispone delle risorse finanziarie per affrontare i costi del procedimento. La garanzia e l'efficacia della giustizia sono assicurate, infatti, se ampio è l'accesso ai tribunali. Si tratta sia di proteggere i litiganti, sia di assisterne il maggior numero possibile.

2.1. *Proteggere*

Nel Medioevo e nell'età moderna, la Chiesa e i poteri secolari intervenivano a protezione delle parti più deboli.

⁶⁶ *Succinta esposizione dei metodi prescritti dalle Costituzioni di Milano, e dalli Ordini del Senato per la celere spedizione dei processi tanto civili, quanto criminali, e tanto avanti li giudici inferiori, quanto avanti al Senato: ripartita in §§ corrispondenti alle diverse classi della materia*, allegato F alla consulta del Senato del 13 febbraio 1753, § VI, *Delle cause avanti il Senato in via di ricorso con soprassessoria, o di appellazione*, p. 173, in Milano, Archivio di Stato, *Uffici giudiziari parte antica*, cartella 169.

⁶⁷ V. il settecentesco *Piano di varie providenze, parte per richiamare a più esatta osservanza li antecedenti ordini, e parte di nuove cautele, affinché tutte insieme servano alla celere spedizione delle cause sì civili che criminali, e tanto avanti li giudici inferiori, quanto avanti il Senato*, allegato G alla consulta del Senato del 13 febbraio 1753, § VI, *Delle cause avanti il Senato in via di appellazione o ricorso con soprassessoria*, in part. p. 191, in Milano, Archivio di Stato, *Uffici giudiziari parte antica*, cartella 169.

2.1.1. *Il supporto caritatevole della Chiesa*

Secondo lo storico francese Jacques Le Goff, la carità era il legame sociale essenziale tra l'uomo medievale e Dio e tra tutti gli uomini del Medioevo⁶⁸. La carità si esprimeva in varie forme e in diversi luoghi⁶⁹. La protezione della Chiesa nei confronti dei più svantaggiati era diversificata: dal diritto di asilo, alle pacificazioni, fino all'accettazione del furto commesso in casi di evidente e urgente necessità, seguendo la dottrina di san Tommaso d'Aquino. La chiesa interveniva anche nell'ambito della giustizia, a favore dei più vulnerabili.

Il diritto canonico conosceva la categoria delle *miserabiles personae*⁷⁰, alla quale la Chiesa dedicava un'attenzione particolare e una protezione giudiziaria. Questo gruppo comprendeva varie situazioni derivanti dall'isolamento e dalla fragilità economica e sociale di alcune persone. Era il caso, ad esempio, degli orfani e delle vedove non risposate. Queste persone beneficiavano di norme specifiche che regolavano l'assunzione delle prove e l'esecuzione delle sentenze. Yves Mausen ritiene che, in ultima analisi, non si trattava tanto di garantire un processo equo alle *personae miserabiles*, quanto di volgere la procedura a loro vantaggio⁷¹.

La giurisdizione ecclesiastica si riteneva competente a occuparsi del contenzioso relativo a tali soggetti e, in particolare, delle vedove, qualunque fosse il tipo di affare. Il diritto canonico prendeva in considerazione anche la condizione giuridica dei figli illegittimi⁷².

Se, in linea di principio, le unioni fuori dal matrimonio erano condannate, il diritto canonico, meno severo del diritto romano e per una preoc-

⁶⁸ J. LE GOFF, *Le Moyen Âge et l'argent*, Paris, 2010, pp. 224-225.

⁶⁹ Si veda ad esempio, A. VAUCHEZ, *Assistance et charité en Occident, XIII^e-XVI^e siècle*, in V. BARBAGLI BAGNOLI (a cura di), *Domande e consumi, livelli e strutture, sec. XIII-XVIII* (Prato, 1974), Firenze, 1978, pp. 151-162; A. GUERREAU-JALABERT, *Caritas y don en la sociedad medieval occidental, in Hispania. Revista española de historia*, 2000, pp. 27-62.

⁷⁰ R. METZ, *La femme et l'enfant dans le droit canonique médiéval*, Londra, 1985, pp. 94-95; Y. MAUSEN, *Personae miserabiles et causae fauorabiles, victimes-nées? La réponse de la procédure médiévale*, in *La victime. I. Identifier, écouter*, Limoges, 2007, pp. 79-96.

⁷¹ Y. MAUSEN, *Personae miserabiles et causae fauorabiles, victimes-nées?*, cit., pp. 86-87.

⁷² A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant. Du droit canonique et romain médiéval au Code civil de 1804*, Leiden, 2008; S. McDUGALL, *À la recherche des enfants illégitimes dans les archives de l'officialité de Troyes au XV^e siècle: Un exemple atypique?*, in C. AVIGNON (a cura di), *Bâtards et bâtardises dans l'Europe médiévale et moderne*, Rennes, 2016, pp. 207-212; C. AVIGNON, *Bâtardise, sang, chair et consanguinitas dans la pensée romano-canonique de la parenté au Moyen Âge (XII^e-XIII^e siècles)*, in *Revista de Demografia Histórica*, 2019, pp. 25-45.

cupazione di carità, si faceva comunque carico della situazione della madre e del bambino nato fuori dal matrimonio. Le donne potevano così intentare azioni contro i padri naturali, adulterini o incestuosi, in base alle cause *dotis*, *provisionis* e *captionis*⁷³. Simili azioni erano finalizzate a riconoscere un obbligo di mantenimento a carico del padre. Le azioni canoniche medievali si evolvevano, nel Seicento e nel Settecento, assumendo contorni di maggiore severità, a scapito della madre.

A partire dal Trecento⁷⁴, in Francia, la giurisdizione dei tribunali ecclesiastici, anche nel caso delle vedove⁷⁵, fu sempre più spesso contestata dalla giustizia regia: ne rende testimonianza l'operato di Pierre de Cugnieres, un ex balivo del re che divenne presidente del *parlement* nel 1343⁷⁶. La tendenza, affacciata nel Medioevo, si rafforzò a partire dal Cinquecento, in un contesto di tensioni, a seguito del concordato di Bologna e con il gallicanesimo⁷⁷. Le ordinanze di Villers-Cotterêts del 1539 e di Blois del 1579 ridussero l'ambito della giurisdizione ecclesiastica civile e penale *ratione materiae* e *ratione personae*. Le vedove passavano così sotto la sola giurisdizione del re⁷⁸.

2.1.2. *Il supporto dei poteri secolari*

Dalla fine del XII secolo, la Chiesa intervenne a proibire ai chierici di patrocinare dinnanzi ai tribunali secolari (Concilio Lateranense III del 1179). Come eccezione, potevano difendere le *miserabiles personae* nei tribunali laici. Riprendendo la legislazione canonica, le ordinanze del re di Francia stabilivano diverse regole per gli avvocati. In particolare, essi do-

⁷³ A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Autour de l'enfant*, cit., pp. 259-273.

⁷⁴ J.-PH. LEVY, *L'officialité de Paris et les questions familiales*, in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, 1965, II, pp. 1266-1274; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Les officialités à la veille du concile de Trente*, cit.

⁷⁵ A. ROSAMBERT, *La veuve en droit canonique jusqu'au XIV^e siècle*, Paris, 1923.

⁷⁶ M. BOULET-SAUTEL, G. SAUTEL, *Une rétrospective sur la juridiction avec Pierre de Cugnieres, in Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal*, Montpellier, 1994, pp. 119-137.

⁷⁷ P. OURLIAC, *L'Église et les laïques à la fin du Moyen Âge: étude de droit canonique*, in *Mélanges offerts au professeur Louis Falletti*, Paris, 1971, pp. 473-485; O. DESCAMPS, *Le déclin des officialités à l'époque moderne*, in P. ARABEYRE, B. BASDEVANT-GAUDEMET (a cura di), *Les clercs et les princes. Doctrines et pratiques de l'autorité ecclésiastique à l'époque moderne*, Paris, 2013, pp. 195-211.

⁷⁸ J. POUmarede, *Le droit des veuves sous l'Ancien Régime (XVII^e-XVIII^e siècles) ou comment gagner son douaire*, in *Itinéraire(s) d'un historien du droit, Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, Toulouse, 2011, pp. 217-225.

vevano difendere cause ‘giuste e vere’ e assistere i più poveri.

I poteri secolari, dunque, si preoccupavano di fornire assistenza agli indigenti che non fossero in grado di affrontare i costi di un processo. Durante il periodo medievale, si registrano esperienze di supporto ai litiganti anche in ambiente cittadino. Tra gli statuti delle città italiane, si può citare il caso di Siena, del 1258⁷⁹. Altri esperimenti furono messi in atto al di là delle Alpi. Un avvocato dei poveri fu istituito in Provenza, nel 1355, e a Nîmes, nel Quattrocento⁸⁰. Nel 1484 fu fondata la *Domus Advocati Pauperum*, la cui sede è oggi un edificio storico protetto dalle Belle Arti.

Nota è pure un'altra iniziativa, su scala più ampia, intrapresa nel ducato di Savoia, tra il 1430 e il 1860. Fu il duca Amedeo VIII a pagare gli avvocati che assistevano gli indigenti (*Statuta Sabaudiae*, lib. II, cap. LIII, *De advocato pauperum*)⁸¹. Questa disposizione può essere letta in riferimento alla vocazione degli statuti sabaudi (libri I e V) a rappresentare un vero e proprio ‘progetto’ di società⁸².

Simili pratiche continuarono ad essere diffuse in antico regime. L'assistenza ai poveri faceva parte degli obblighi personali dell'avvocato ed era espressione dell'idea di disinteresse che caratterizzava gli ordini, in via di strutturazione sin dagli anni Sessanta del Seicento⁸³. Varie erano le forme: tra l'altro, si segnalavano i cosiddetti uffici di consultazione gratuita. Nel

⁷⁹ M. ASCHERI, *Législation italienne du Bas Moyen Âge: le cas de Sienne (ca. 1200 – 1545)*, in J.-M. CAUCHIES, É. BOUSMAR (a cura di), *Légiférer dans la ville médiévale: «Faire bans, edictz et statutz»*, Bruxelles, 2001, pp. 51-83.

⁸⁰ J.-C.-M.-G. DU BEUX, *Études sur l'institution de l'avocat des pauvres*, Paris, 1847, pp. 90-91 e pp. 318-323; L. MENARD, *Histoire civile, ecclésiastique et littéraire de la ville de Nîmes avec les preuves*, III, Preuves, n° CII, Paris, 1752, pp. 296-311.

⁸¹ M. CAESAR, F. MORENZONI (diretto da), *La loi du prince. La raccolta normativa sabauda di Amedeo VIII (1430). I. Les statuts de Savoie d'Amédée VIII de 1430. Une œuvre législative majeure*, Torino, 2019 e II. *Compendium statutorum generalis reformationis Sabaudiae. Introduction, édition critique et index* (a cura di C. AMMANN-DOUBLIEZ), Torino, 2019; J.-A. LATHOUD, *L'Avocat des pauvres en Savoie (1430-1860): une magistrature charitable ou un service public novateur?*, in *Histoire de la justice*, 2018, pp. 251-263.

⁸² R. COMBA, *Un progetto di una società coercitivamente cristiana: gli Statuti di Amedeo VIII di Savoia*, in *Rivista storica italiana*, 1991, pp. 33-56.

⁸³ Y. OZANAM, *Des conférences de charité à l'accès au droit: qu'est-ce qu'un avocat désintéressé?*, in *Barreau de Paris. Actualités*, 2001, pp. 14-20; H. LEUWERS, *Les avocats et la défense du 'pauvre'. L'aide judiciaire dans la France du XVIII^e siècle*, in PH. GUIGNET (a cura di), *Le peuple des villes dans l'Europe du Nord-Ouest (fin du Moyen Âge-1945)*, I, Lille, 2002, pp. 33-50; J.-L. GAZZANIGA, *Études d'histoire de la profession d'avocat*, Toulouse, 2004; J.-P. GUTTON, *L'assistance judiciaire dans la France d'Ancien Régime*, in *Mélanges offerts au professeur Maurice Gresset. Des institutions et des hommes*, Besançon, 2008, pp. 101-111.

1679, a Lione, fu istituita una società per l'assistenza ai poveri nelle loro cause legali. Nel 1787, Boucher d'Argis fondò a Parigi una *Association de bienfaisance judiciaire*, per aiutare coloro che non rivendicavano o difendevano i propri diritti davanti ai tribunali.

Più tardi, alla fine dell'Ottocento, nell'ambito del socialismo municipale, alcuni comuni francesi svilupparono l'idea dell'assistenza gratuita per i più bisognosi. Più in generale, l'assistenza ai litiganti divenne preoccupazione del legislatore ottocentesco.

2.1.3. *Il supporto ai litiganti nel ducato di Milano*

Per tornare al ducato di Milano, valga un esempio, quello dei soggetti considerati particolarmente deboli, anche sotto il profilo processuale, già evocato nelle pagine precedenti.

In particolare, le cause degli orfani, delle vedove e più in generale di tutte le *miserabiles personae* erano riservate alla decisione del Senato, in virtù dell'antico privilegio, sopra ricordato, sancito nel codice giustiniano (C. 3. 14. 1), volto a tutelare chi, in sede processuale, appunto, si trovasse in una condizione di debolezza ed inferiorità. Il Senato quale giudice supremo, padre dei suoi sudditi, ne garantiva e tutelava diritti ed aspettative in diversi modi, fino a giungere alla avocazione a sé delle loro controversie⁸⁴.

L'avocazione delle cause delle *miserabiles personae* era una pratica comune presso i grandi tribunali dell'età moderna, che si consideravano emanazioni di sovrani *superiorem non recognoscentes*, i quali, come l'imperatore, decidevano le cause dei pupilli e delle vedove procedendo *sola facti veritate inspecta*, basandosi su fatti non dedotti nel libello, giudicando secondo la propria coscienza, senza essere vincolati a ciò che veniva allegato in giudizio, senza il rispetto delle formalità del diritto, né dei termini sostanziali⁸⁵.

Il Senato di Milano non faceva eccezione ed anzi non si ritraeva dall'esercizio di quella sua attribuzione. Così, ad esempio, nel 1635, il collegio avvocò a sé la causa intentata contro la comunità di Niella, nelle Langhe, per la dazione di una certa quantità di frumento e di biada ai feudatari, su richiesta della stessa parte convenuta, in forza proprio della l. *unica* C.

⁸⁴ G.C. RUGGINELLI, *Tractatus de Senatoribus sive Commentaria ad Novas Constitutiones Mediolani hoc titulo*, Mediolani, 1697, par. I, glos. VI, cap. XXVI, n. 258, p. 187; cap. I, n. 40, p. 128.

⁸⁵ G.M. NOVARIO, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis*, Neapoli, 1637; ID., *Tractatus de electione, et variatione fori seu dilucida commentaria ad l. unica c. quando imperator ...*, II, Neapoli, 1640; J. MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis*, Venetiis, 1588, lib. II, centuria I, casus LXVI, n. 4, f. 106r.

quando imperator inter pupillos (C. 3. 14. 1)⁸⁶. Non solo vedove e minori, infatti, rientravano nel novero delle persone miserabili.

Al di là della possibilità di avocare la causa in Senato, si prevedevano, nello stato di Milano, così come accadeva altrove, apposite regole per disciplinare le liti che coinvolgessero soggetti bisognosi di una speciale protezione da parte del giudice designato, in ragione della qualità personale delle parti. In particolare, nel ducato milanese, la normativa concernente la trattazione di quei processi davanti ai giudici inferiori si rinveniva nelle disposizioni contenute in un'ordinanza del 1502 del re di Francia Luigi XII⁸⁷, oltre che negli statuti cittadini⁸⁸.

Alla condizione di miserabile si collegavano diritti specifici concernenti il procedimento anche nella legislazione principesca del ducato⁸⁹. Il titolo *de advocatis miserabilium personarum* delle costituzioni milanesi, in particolare, era espressamente dedicato alla disciplina del gratuito patrocinio, che i dottori collegiati erano chiamati a prestare a Milano, a Pavia e nelle altre città del dominio con modalità analoghe⁹⁰; il *de notariis publicis*, invece, statuiva l'obbligo per i notai di redigere gli atti processuali in favore dei poveri e delle persone miserabili senza pretendere in cambio alcun salario, pena il pagamento del quadruplo⁹¹.

L'osservanza di tali norme premeva al supremo collegio, che si preoccupò di attuarle con i mezzi a sua disposizione: attraverso un ordine del 1544, ad esempio, il Senato ribadiva la gratuità delle scritture processuali per le persone miserabili⁹².

Diventava allora indispensabile stabilire un metodo valido, per determinare chi potesse rientrare nel novero dei soggetti miserabili. La normati-

⁸⁶ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. I, tit. *de senatoribus*, n. 144, p. 21.

⁸⁷ L'ordine regio del 23 dicembre 1502 si legge in L.G. PÉLISSIER, *Documents*, cit., n. 21, pp. 65-66.

⁸⁸ Per esempio, *Statuta Mediolani* [ed. 1498] *cum appostillis clarissimi viri iureconsulti mediolanensis Domini* CATELLIANI COTTAE, Mediolani, 1552, cap. XLVII, *De summaria ratione facienda in certis casibus*, ff. 18v.-19r.

⁸⁹ M.G. DI RENZO VILLATA, *Diritto comune e diritto locale nella cultura giuridica lombarda dell'età moderna*, in *Diritto comune e diritti locali nella storia dell'Europa*, Milano, 1980, pp. 329-388.

⁹⁰ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. I, tit. *de advocatis miserabilium personarum*, pp. 111-112. Quanto alla normativa sforzesca in materia, G. DI RENZO VILLATA, *La vita del diritto nella Milano del tardo Quattrocento*, in *Milano nell'età di Ludovico il Moro*, I, Milano, 1983, pp. 154-155.

⁹¹ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. II, tit. *de notariis publicis*, par. *notarii in causis pauperum*, p. 186.

⁹² Ordine senatorio del 24 aprile 1544, in *Ordines*, cit., p. 22.

va principesca, al titolo *de notariis publicis*, lo indicava nel giuramento *de credulitate* di un parrochiano e di due deputati dall'Ospedale Maggiore, mentre per coloro che abitavano *extra civitates*, per i quali le costituzioni nulla stabilivano, il Senato ordinò che l'attestazione fosse prestata, alla presenza di un notaio, dal parroco, dal console e da due sindaci del luogo, o, in difetto, da due vicini di provata fede.

Così, si passava dalla condizione di miserabile a quella di privilegiato: chi fosse considerato in posizione di inferiorità, dunque nell'impossibilità, di fatto, di sostenere le proprie ragioni nelle trafilie dei giudizi ordinari, chiedeva l'avocazione della causa in Senato.

Alla fine del Seicento, poiché con tutta evidenza gli abusi dei falsi poveri non erano diminuiti, né nei processi civili, né nei giudizi criminali, ed anzi recavano grave pregiudizio al fisco regio e ai giudici, il sommo tribunale imponeva ulteriori requisiti per la validità di quelle dichiarazioni che aprivano la via ai privilegi riservati alle *miserabiles personae*, quali il voto favorevole dato dal sindaco fiscale specificamente incaricato e la sottoscrizione di uno dei senatori all'uopo delegati.

Il Senato poteva tuttavia accogliere la prova contraria: così accadde il 14 febbraio 1595, quando la corte centrale, in seguito alle *preces* degli scolari di san Vincenzo di Pavia, inviò un rescritto al giudice della causa affinché ammettesse i capitoli probatori dedotti *ex adverso*, benché il giuramento avesse provato la condizione di povertà⁹³.

La causa poteva giungere innanzi al tribunale supremo anche se coinvolgeva una donna coniugata, purché *miserabilis*, oppure sposata con un marito *inutilis, et fere miserabilis*, ovvero esule, che fosse in lite con un nobile ricco⁹⁴, secondo una prassi osservata anche in altri luoghi e dinanzi ad altre giurisdizioni⁹⁵.

Se si trattava di un litisconsorzio e tra i litisconsorti vi erano dei non privilegiati, costoro erano ugualmente tratti al foro privilegiato. Qualora, poi, ciascuna parte avesse diritto ad invocare il medesimo foro privilegiato, il Senato era solito statuire che «Privilegiatus contra aequae privilegiatum non utitur privilegio fori ex ... l. unica C. quando Imperator»⁹⁶, secondo

⁹³ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. II, tit. *de notariis publicis*, n. 100, p. 193.

⁹⁴ *Constitutiones mediolanensis Domini*, cit., lib. I, tit. *de senatoribus*, nn. 148-149, p. 21.

⁹⁵ Sulla possibilità per la donna sposata, che avesse un marito esule o comunque *inutilis*, di godere del privilegio delle vedove, G.M. NOVARIO, *Tractatus de electione, et variatione fori*, cit., II, decisio IV, n. 13, p. 8; decisio XI, nn. 12-14, p. 24; decisio XIV, pp. 25 ss.

⁹⁶ *Constitutiones mediolanensis Domini* cit., lib. I, tit. *de senatoribus*, nn. 145-146, p. 21.

una linea di comportamento che coincideva con quanto praticato negli altri possedimenti spagnoli, in particolare nel regno di Napoli⁹⁷.

Ancora una volta, dalle fonti traspare una circolazione di prassi che caratterizzano un'intera stagione della storia giuridica europea.

2.2. *Assistere*

Una prima forma di assistenza esiste sotto forma di assistenza fornita ai litiganti durante il processo. Un'assistenza diversa da quella fornita da un avvocato fu sperimentata durante la Rivoluzione francese con il sistema dei difensori "ufficiosi". La diffidenza nei confronti degli avvocati e l'abolizione dell'ordine degli avvocati, unita all'affermazione della libertà di difesa⁹⁸, condussero all'idea che ogni cittadino avesse il diritto di difendersi da solo o tramite un difensore di sua scelta (decreto del 15 dicembre 1790). In linea di principio, questi difensori agivano su base disinteressata. Oltre a questo esperimento temporaneo, nell'agosto 1789 fu prevista un'altra forma di assistenza per i più poveri.

2.2.1. *La legalizzazione dell'assistenza legale*

Il 17 agosto 1789, pochi giorni prima della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, Nicolas Bergasse presentò un progetto di legge sull'organizzazione del sistema giudiziario, dove illustrava una Costituzione del potere giudiziario⁹⁹. Con l'affermazione del principio della gratuità della giustizia, chi non aveva nulla doveva poter chiedere giustizia allo stesso modo del possidente.

Nella nuova organizzazione giudiziaria, si prevedeva la presenza di giudici di pace con competenza soprattutto in materia civile (Titolo 2, art. 7). Il progetto formulava il principio per cui ognuno aveva il diritto di patrocinare personalmente la propria causa, se lo riteneva opportuno (art. 8). Inoltre si stabiliva di istituire, nelle diverse città sedi giudiziarie, un ufficio di beneficenza di giureconsulti e cittadini di buona reputazione, che si occupassero in particolare di esaminare le cause dei poveri e di assisterli gra-

⁹⁷ G.M. NOVARIO, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis*, cit., sectio prima, praeludium VII, in part. n. 2-3, p. 9.

⁹⁸ J.-L. HALPERIN, *Droit de défense et droits des défenseurs en France de 1789 à 1914*, cit., pp. 99-122.

⁹⁹ *Archives parlementaires de la Révolution française*, Paris, 1875, VIII, pp. 446-449.

tuitamente con la loro consulenza nel perseguimento dei loro diritti (art. 10). Veniva quindi fornita assistenza e garantita una consulenza gratuita.

Era solo un primo passo: l'ufficio di beneficenza forniva una consulenza che, se favorevole, permetteva ai cittadini poveri di far patrocinare la loro causa da uno degli avvocati del re presso il tribunale ordinario o da uno degli avvocati generali presso il tribunale supremo (art. 11). Il testo fu modificato dal progetto sul sistema giudiziario proposto dal Comitato costituzionale il 22 dicembre 1789¹⁰⁰. Durante la seduta del 5 agosto 1790, il relatore Jacques Guillaume Thouret difese l'istituzione di un ufficio di giurisprudenza caritatevole al fine di fornire ai litiganti poveri lumi e difensori gratuiti, oltre che per coinvolgerli così nella protezione delle leggi¹⁰¹. Gli articoli relativi all'ufficio di giurisprudenza caritatevole furono adottati senza discussione. Questo sistema fu confermato e sviluppato dalla l. del 16 e 24 agosto 1790 (Titolo X, artt. 8 e 9)¹⁰², ma la sua attuazione fu ritardata. Un sistema simile fu previsto dalla l. del 27 ottobre 1796, con un'applicazione limitata ai difensori della patria e ai cittadini assenti per servizio negli eserciti di terra e di mare.

Il codice di procedura penale del 1808 introduceva la nomina di un difensore da parte del presidente della corte d'assise (art. 294), tuttavia la misura era generica, cosicché a metà Ottocento le disposizioni a favore dei più svantaggiati non apparivano soddisfacenti.

L'idea di un'assistenza per gli indigenti fu avanzata alla camera dei deputati nel 1846 e sollecitata dal sostituto procuratore Du Beux nel 1847, con la richiesta al governo di creare un avvocato per i poveri¹⁰³. Un mes-

¹⁰⁰ *Archives parlementaires de la Révolution française*, Paris, 1884, X, p. 738: Tit. IX, Art. 7: «Le bureau de paix du district sera en même temps bureau de jurisprudence charitable, chargé d'examiner les affaires des pauvres qui s'y présenteront, de leur donner des conseils, et de défendre ou faire défendre leurs causes». Art. 8: «Il sera établi, par les soins, du corps municipal, de pareils bureaux de jurisprudence charitable auprès des juges d'appel». Art. 9: «Le service qui sera fait par les hommes de loi dans les bureaux de paix et de jurisprudence charitable, leur vaudra l'exercice public des fonctions de leur état auprès des tribunaux, et le temps en sera compté pour l'éligibilité aux places de juge».

¹⁰¹ *Archives parlementaires de la Révolution française*, Paris, 1884, XVIII, pp. 108-109: «Art. 8. Le bureau de paix du district sera en même temps bureau de jurisprudence charitable, chargé d'examiner les affaires des pauvres qui s'y présenteront, de leur donner des conseils, et de défendre ou faire défendre leurs causes». Art. 9: «Le service qui sera fait par les hommes de loi dans les bureaux de paix et de jurisprudence charitable, leur vaudra l'exercice public des fonctions de leur état auprès des tribunaux, et le temps en sera compté pour l'éligibilité aux places de juge».

¹⁰² *Archives parlementaires de la Révolution française*, Paris, 1884, XVII, pp. 616-620.

¹⁰³ J.-C.-M.-G. DU BEUX, *Études sur l'institution de l'avocat des pauvres*, Paris, 1847, p. 311.

saggio del Presidente della Repubblica all'Assemblea Nazionale dichiarava che la difesa gratuita degli indigenti non era sufficientemente garantita dalla legislazione in vigore (6 giugno 1849). Pochi giorni dopo, il ministro della Giustizia, Odilon Barrot, chiedeva l'istituzione di una commissione per preparare un progetto di legge per l'assistenza legale ai poveri ¹⁰⁴.

Il disegno di legge sottolineava come la giustizia fosse essenzialmente gratuita, in quanto debito dello Stato, eppure era circondata da onerose formalità che la rendevano inaccessibile ai cittadini indigenti. Fu portato l'esempio del Piemonte, con il suo ufficio per i poveri ¹⁰⁵, mentre altri paesi ricorrevano al sistema degli avvocati d'ufficio (ad esempio il Belgio e l'Olanda). I lavori legislativi procedettero rapidamente e condussero all'adozione della l. del 22 gennaio 1851. Bernard Schnapper ne ha studiato la genesi, l'organizzazione e l'attuazione ¹⁰⁶.

Così, in Francia, fu istituita l'assistenza legale, concessa alle persone indigenti. Si basava sull'istituzione di uffici di assistenza legale, che esaminavano i casi, controllavano le dichiarazioni dei contendenti e fungevano da filtro per autorizzare le domande di assistenza legale. Schnapper spiega che tali uffici distribuiscono un favore che la legge sottopone a due condizioni. In primo luogo, l'indigenza e, in secondo luogo, la verifica che il caso abbia un profilo di serietà. L'assenza di questi due elementi impedisce al ricorrente di accedere alla giustizia. L'esigenza di un corretto funzionamento della giustizia ha quindi la precedenza sulla garanzia offerta ai litiganti.

2.2.2. *Un'assistenza legale generalizzata*

Cinquant'anni dopo la legge sul patrocinio a spese dello Stato, il governo francese si muoveva su iniziativa di due deputati, nel 1898 e nel 1900. Una prima riforma fu resa possibile dalla l. del 10 luglio 1901, che realizzò una modifica essenzialmente semantica: il termine indigente fu sostituito dalla locuzione – tradotta liberamente in italiano da chi scrive – «chi non è

¹⁰⁴ *Moniteur universel*, 16 giugno 1849, n° 167.

¹⁰⁵ Diffusamente, F.A. GORIA, *L'avvocatura dei poveri nella storia. Vicende del modello pubblico dal Piemonte all'Italia*, Bologna, 2017.

¹⁰⁶ B. SCHNAPPER, *Le coût des procès civils au milieu du XIX^e siècle*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1981, pp. 621-633; Id., *De la charité à la solidarité sociale: l'assistance judiciaire française, 1851-1972*, in Id., *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénale (XVI^e-XX^e siècles)*, Paris, 1991, pp. 435-489. Si veda anche S. SCHAFER, *L'assistance judiciaire et l'étranger civil (1840-1851)*, in *Société & Représentations*, 2014, pp. 203-223.

in grado di esercitare efficacemente i propri diritti a causa di risorse insufficienti». In seguito, il campo di applicazione si estese a nuovi beneficiari (istituti pubblici di beneficenza, organizzazioni caritatevoli), ad altri giudici (tra cui il giudice amministrativo presso i *conseils de préfecture* ed i *conseils des prud'hommes*), alla difesa degli imputati durante le indagini (legge Constans dell'8 dicembre 1897), a nuovi tipi di controversie (incidenti industriali con la l. del 9 aprile 1898) e persino a tutti gli atti di esecuzione.

L'interesse per l'assistenza legale si diffuse oltre i confini nazionali dopo la prima guerra mondiale. La Società delle Nazioni avviava un'indagine internazionale nel 1927 (*L'assistance judiciaire aux indigents*). Tuttavia, le richieste di assistenza legale diminuirono tra il 1935 e il 1965¹⁰⁷.

Nel 1956, il delegato del Comitato internazionale della Croce Rossa, Pierre Boissier, chiedeva l'istituzione di un'assistenza legale più estesa di quella stabilita dalla Convenzione internazionale del 17 luglio 1905 sulla procedura civile (artt. 20-23 sul gratuito patrocinio). Riforme furono intraprese nei paesi europei e in Canada¹⁰⁸. In Francia, l'assistenza legale sostituiva il vecchio sistema con la l. del 3 gennaio 1972, che concedeva un'assistenza totale o parziale sulla base di una soglia di reddito, seguita dalla l. del 10 luglio 1991 sull'assistenza legale. Sotto questo titolo, il legislatore contempla ora due profili: l'assistenza legale e l'assistenza per l'accesso alla legge (consultazione e assistenza durante i procedimenti non giurisdizionali).

Gli effetti sono stati dirompenti: tra il 2017 e il 2022, in Francia, la spesa per il patrocinio a spese dello Stato è quasi raddoppiata (da 342 a 630 milioni di euro). Al fine di garantire la piena efficacia del sistema e una valutazione delle varie riforme introdotte dal 2016, la Corte dei conti vigila sulla loro attuazione. Nell'esercizio delle sue funzioni, la Corte dei conti francese pubblicava, il 3 luglio 2023, le sue osservazioni finali sull'assistenza legale¹⁰⁹. In particolare, nel suo rapporto, la Corte precisava come gli uffici per il patrocinio a spese dello Stato dovessero essere sostenuti dal Ministero della Giustizia, al quale spettava anche di garantire maggiore trasparenza e informazione al riguardo.

¹⁰⁷ B. SCHNAPPER, *De la charité à la solidarité sociale: l'assistance judiciaire française, 1851-1972*, cit., p. 489.

¹⁰⁸ Per l'Italia, v. F.A. GORIA, «L'istituto del gratuito patrocinio così com'è regolato non basta». *L'Ufficio di assistenza legale per i poveri di Milano, dalla Società Umanitaria all'ente autonomo*, in *Historia et ius*, 2020, pp. 1-65; Id., *Accesso alla giustizia: il problema della consulenza stragiudiziale nel progetto di legge Gonella e nell'attività dell'ECA di Milano (1968-1970)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 2023, pp. 35-57.

¹⁰⁹ La relazione è disponibile online: <https://www.ccomptes.fr/fr/documents/66824> (ultimo accesso 29 febbraio 2024).

3. Per concludere

Il nostro discorrere, in controcanto, di domanda di giustizia e di accesso alla giustizia per i litiganti, attraverso secoli di storia giuridica dell'Europa, tra regno di Francia e ducato di Milano, si arresta qui: con la codificazione ottocentesca e le moderne costituzioni, sin dal tramonto del Settecento, si modificano parametri e valori di riferimento delle società europee. Si afferma, progressivamente e non senza incertezze e inciampi – si pensi alle tragiche esperienze dei regimi dittatoriali novecenteschi –, lo stato di diritto, che trae forza dall'assicurare ai litiganti la garanzia di poter accedere alla giustizia e difendere i propri diritti in modo efficace. La domanda di giustizia, tuttavia, resta.

DARIO IPPOLITO

EFFICIENTISMO VERSUS GARANTISMO. LA GIUSTIZIA PENALE NEL CONTRATTO SOCIALE

“In prigione, in prigione.”

(Alessandro Manzoni, *I promessi sposi*)

(Edoardo Bennato, *Burattino senza fili*)

1. *Prologo sul garantismo (da Fourier a Laudan)*

Nella circolazione internazionale delle idee, le parole – che ne sono i veicoli – percorrono itinerari sinuosi, talora accidentati, spesso imprevedibili. Le frontiere linguistiche sono costellate da dogane intellettuali e disciplinari, i cui agenti (numerosi e indipendenti) operano liberamente: vagliando, approvando, scartando, filtrando. Può accadere che transitì il veicolo ma non passi il suo carico; che il carico sia spostato su un diverso veicolo; che un veicolo straniero sia omologato al trasporto di un nuovo carico... Metaforizzare stanca (soprattutto chi legge): nei processi di interferenza linguistica, i prestiti lessicali subiscono quasi sempre adattamenti morfologici e, in alcuni casi, radicali alterazioni semantiche.

È quanto è avvenuto nel passaggio dal francese ‘garantisme’ all’italiano ‘garantismo’¹. Coniato dal filosofo Charles Fourier – che ne fa uso a partire dalla *Théorie des quatre mouvements*² – il neologismo ‘garantisme’ resta attaccato alla sua matrice dottrinale fino allo scorcio del XIX secolo. Le sue sporadiche occorrenze non oltrepassano il “langage de l’école fourié-

¹ Cfr. D. IPPOLITO, *Itinerarios del garantismo*, in *Jueces para la democracia. Información y debate*, 2010, 69, pp. 6-14.

² Cfr. Ch. FOURIER, *Théorie des quatre mouvements et des destinées générales*, Leipzig, 1808, p. 322; e ID., *Le Nouveau monde industriel et sociétaire, ou Invention du procédé d’industrie attrayante et naturelle distribuée en séries passionnées*, Paris, Bossange, 1829-1830.

riste”³, dove il termine designa un sistema di garanzie della sicurezza sociale, da istituire attraverso un piano di riforme strutturali degli assetti economici e politici. Contro un ordine capitalistico che non garantisce neppure la sopravvivenza di chi lo subisce, i discepoli di Fourier progettano e propugnano le “institutions” del “garantisme agricole et industriel”, del “garantisme commercial”, del “garantisme domestique”, del “garantisme appliqué à l’éducation et à l’administration”, del “garantisme mutuel et philanthropique”⁴.

Sintagmi di questo tipo sono pressoché irreperibili nel linguaggio filosofico (o politico, giuridico, sociologico...) italiano, dove la parola ‘garantismo’, benché recepitata nel secondo Ottocento in relazione all’opera di Fourier⁵, si è affermata – compiutamente e diffusamente – solo nel secolo scorso: con accezioni d’uso del tutto estranee al contesto ideologico originario. Due sono le principali. La prima (in senso cronologico) si consolida durante il ventennio fascista e resta nettamente prevalente fino agli anni di piombo⁶. Lungo questo periodo, con la parola ‘garantismo’ si compendiano i connotati dello Stato di diritto (principio di legalità, divisione dei poteri, tutela giuridica delle libertà individuali) e si denomina l’ideologia politica che li avvalora e li rinnova. Garantismo, in questo senso, è l’espressione costituzionale del liberalismo⁷.

Più recente è il significato oggi dominante, correlato alla sfera dei delitti e dei castighi, all’esercizio dell’azione penale, all’ordinamento e alle procedure giudiziarie⁸. A questa curvatura semantica, modellata sul finire degli

³ *Dictionnaire de la langue française*, a cura di É. Littré, Paris, Hachette, 1863, *ad vocem*.

⁴ F. BARRIER, *Principes de Sociologie*, Paris, Noirot, 1867, t. II, p. IV, ch. II, pp. 286-337.

⁵ Cfr., ad esempio, A. ROSMINI, *Il comunismo ed il socialismo. Ragionamento*, Firenze, Società tipografica, 1849, p. 38; e C. CANTÙ, *Storia universale*, Torino, Pomba, 1853⁷, t. VI, p. 1082.

⁶ Cfr., ad esempio, G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo in Europa* (1925), Roma-Bari, Laterza, 1984, p. 63; S. PANUNZIO, *Teoria generale dello Stato fascista*, Padova, Cedam, 1939², p. 350; F. CANFORA, *Lo spirito laico*, Bari, Laterza, 1943, p. 40; G. GORLA, *Commento a Tocqueville. “L’idea dei diritti”*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 108; U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, Bari, De Donato, 1968, p. 168; A. ASOR ROSA, *Le due società: ipotesi sulla crisi italiana*, Torino, Einaudi, 1977, p. 79; C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, Laterza, 1979, p. 96; G. AMATO, *Una repubblica da riformare*, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 96.

⁷ Significativamente la parola ‘garantismo’ compare sotto le voci *Liberalismo* e *Costituzionalismo*, rispettivamente in *Dizionario di politica*, a cura del Partito Nazionale Fascista, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1940, vol. II, p. 758; e *Dizionario di politica* (1976), a cura di N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, UTET, 2004, p. 205.

⁸ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Garantismo y derecho penal*, Madrid, Iustel, 2011; V. ROPPO, *Garantismo. I nemici, i falsi amici, le avventure*, Milano, Baldini+Castoli, 2022. Si noti che il riferimen-

anni Settanta dalla cultura giuridica più reattiva verso le inclinazioni autoritarie del potere di punire, ha conferito un contributo decisivo la filosofia del “diritto penale minimo”⁹ di Luigi Ferrajoli. Nelle pagine di *Diritto e ragione*, ‘garantismo’ diventa il nome di un paradigma normativo che configura il diritto penale come sistema di garanzie (sostanziali e processuali) dei diritti della persona, condizionandone la legittimità allo scopo della minimizzazione della violenza sociale: quella delle azioni offensive e quella delle risposte punitive¹⁰.

Al successo internazionale di quest’opera, più volte riedita in spagnolo e portoghese, è connessa l’attuale declinazione in chiave penalistica del termine ‘garantismo’ nell’area culturale iberica e latino-americana¹¹. Nell’universo linguistico anglosassone, invece, nessuna delle varianti morfologiche di ‘garantismo’ è entrata stabilmente in circolazione. Sintomatico è il fatto che negli elenchi di *keywords* che corredano i saggi accademici sull’argomento, la parola è tradotta in modo difforme: *guarantism*, *guaranteeism*, *garantism*; e quando, di recente, i curatori della *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* hanno deciso di dedicare una voce al garantismo, la forma dell’entrata non è apparsa scontata: mantenere il nome con cui questa dottrina è nota nel dibattito accademico internazionale o designarla con un termine anglicizzato il cui uso è scarsamente attestato?

La scelta dei lessicografi è caduta su *garantism*¹², ma non sono pochi gli autori di saggi filosofico-giuridici in lingua inglese che preferiscono ricorrere direttamente alla forma “latina” *garantismo*. Uno di questi è il celebre epistemologo statunitense Larry Laudan, che, dopo un aver percorso un originale itinerario di ricerca nel campo della filosofia della scienza, è passato a occuparsi del problema dell’accertamento della verità fattuale nel processo penale, giungendo rapidamente a influenzare gli orientamenti e

to alla giustizia penale è ancora assente nel lemma *Garantismo* del *Grande Dizionario della Lingua Italiana*, a cura di S. Battaglia, vol. VI, 1970.

⁹ L. FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, 3, pp. 493-524 (ora in ID., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e S. Spina, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016², pp. 26-60).

¹⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Roma-Bari, Laterza, 2022¹².

¹¹ Anche in castigliano, il termine è importato originariamente dal francese, insieme alle idee di Fourier (cfr., ad esempio, F. GARRIDO, *Historia de las asociaciones obreras en Europa*, Barcelona, Manero, 1864, t. II, p. 15).

¹² D. IPPOLITO, P. SANDRO, *Garantism*, in M. SELLERS, S. KIRSTE (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, Dordrecht, 2023, *ad vocem*.

gli sviluppi della teoria delle prove giudiziarie¹³. Da questo campo disciplinare – in cui Laudan ha dialogato con gli studiosi più illustri (Taruffo, Gascón Abellán, Ferrer Beltrán etc.)¹⁴, acquisendo una vasta notorietà nella comunità dei giuristi accademici – discende la sua riflessione filosofica sulla giustizia penale, orientata all'istanza dell'efficienza punitiva e caratterizzata da un'esplicita postura antigarantistica¹⁵.

Docente all'Universidad Nacional Autónoma de México nell'ultima fase della sua carriera, Laudan ricorre alla parola spagnola *garantistas*¹⁶ per designare collettivamente i sostenitori di una visione del processo penale, indicata quale *definiens* di 'garantismo', in base alla quale: 1) "chiunque sia accusato di un crimine (colpevole o innocente che sia) ha il diritto morale fondamentale di essere assolto a meno che la sua colpevolezza non sia stata

¹³ Le opere principali di Laudan sono *Progress and its problems* (1977), trad. it. *Il progresso scientifico: prospettive per una teoria*, Roma, Armando, 1979; *Science and values* (1984), trad. it. *La scienza e i valori*, Roma-Bari, Laterza, 1987; *Beyond positivism and relativism: theory, method, and evidence* (1996), trad. it. *Scienza e relativismo: controversie chiave in filosofia della scienza*, Roma, Armando, 1997. L'approdo all'epistemologia del giudizio penale risale ai primi anni del XXI secolo (cfr. L. LAUDAN, *Is Reasonable Doubt Reasonable?*, in *Legal Theory*, 2003, 9, pp. 295-331; ID., *The Presumption of Innocence: Material or Probatory?*, in *Legal Theory*, 2005, 11, pp. 1-30). In questo ambito di ricerca, oltre a numerosi articoli su riviste scientifiche, Laudan ha pubblicato due libri: ID., *Truth, Error and Criminal Law: Essays in Legal Epistemology*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2006; e ID., *The Law's Flaws: Rethinking Trial and Error?*, Oxford, College, 2016.

¹⁴ Si vedano, ad esempio, gli interventi sul saggio di LAUDAN, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, raccolti sotto la rubrica *Racionalidad y estándares de prueba*, in *Doxa*, 2005, 28, pp. 95-155; e la prefazione di J. Ferrer Beltrán alla traduzione castigliana della monografia "literalmente imprescindible" del 2006, in L. LAUDAN, *Verdad, error y proceso penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 17-20 (il virgolettato è a p. 20).

¹⁵ Si veda, innanzitutto, L. LAUDAN, *El contrato social y las reglas del juicio: un replanteo de las reglas procesales*, in ID., *El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, pp. 199-304 (d'ora in avanti: CS 2011). Questo corposo contributo è apparso inizialmente in inglese nella forma del working paper: L. LAUDAN, *The Social Contract and the Rules of Trial: Re-Thinking Procedural Rules* (ultima revisione: 17 agosto 2008), consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1075403> (d'ora in avanti: SC 2008). Nel pubblicare il saggio in versione castigliana, l'autore non ha apportato alcuna modifica rispetto al testo inglese. Le citazioni che seguono si basano sul costante riscontro tra l'originale e la traduzione. Le tesi proposte nel 2008 sono riprese anche in L. LAUDAN, *The Rules of Trial, Political Morality, and the Costs of Error: Or, Is Proof Beyond a Reasonable Doubt Doing More Harm than Good*, in B. LEITER, L. GREEN (eds.), *Oxford Studies in the Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. I, pp. 195-227 (d'ora in avanti RT 2011); e nel secondo capitolo, *The Social Contract: Managing Crime and Protecting the Innocent from False Conviction*, del libro *The Law's Flaws*, cit. pp. 18-45.

¹⁶ Ripetutamente utilizzata in SC 2008 e in RT 2011.

provata al di là di ogni ragionevole dubbio”; II) “le regole probatorie e procedurali dovrebbero essere orientate verso l’assoluzione, più che improntate da esigenze epistemiche”¹⁷.

Di tutta evidenza, questi due connotati dottrinali non valgono a identificare la corrente giusfilosofica del garantismo italiano e iberoamericano (in cui gli aspetti epistemici del giudizio penale sono molto rilevanti e la questione della verità processuale è impostata in termini differenti)¹⁸. Chi sono dunque i *garantistas* contro cui Laudan punta le armi della sua critica? Sono filosofi e giuristi al cui deontologismo di ascendenza kantiana egli oppone le ragioni dell’utilitarismo e del contrattualismo di matrice beccariana. Nella foto di gruppo, spicca Ronald Dworkin, accanto al quale si muovono Alex Stein, Elizabeth Goldwasser e Rinat Kitai. Ovviamente, nessuno di questi autori si auto-qualifica come garantista, giacché la parola, in inglese, neppure esiste. Perciò, introducendo il forestierismo, Laudan si premura di determinarne il significato tramite la definizione stipulativa sopra menzionata.

Tuttavia, le “stipulazioni pure”¹⁹, cioè assolute e irrelate rispetto agli usi correnti, mal si confanno alle parole onuste di storia e di senso. Anziché contribuire al nitore dei concetti e al rigore dei discorsi, finiscono per creare equivoci e cortocircuiti semantici. Ben si comprende, da questo punto di vista, che la polemica contro il “garantista” Dworkin, proiettata al di fuori del contesto culturale anglosassone, si sia trasformata in un “debate Ferrajoli-Laudan”²⁰. Sorprende, per contro, che tale dibattito (di cui gli antagonisti non sono protagonisti) sia stato costruito sulla distinzione valutativa tra il “garantismo extremo” del giurista italiano e il “garantismo mesurado” dell’epistemologo americano. La filosofia penale di Laudan non si presta affatto a una simile classificazione di specie. È una dottrina dell’efficientismo securitario radicalmente antitetica ai valori del garantismo²¹. All’analisi di

¹⁷ SC 2008, p. 44; CS 2011, p. 271.

¹⁸ Cfr., innanzitutto, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez en el Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015; N. GUZMÁN, *La verdad en el proceso penal*, Buenos Aires, Didot, 2018; L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2024.

¹⁹ R. GUASTINI, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1, p. 53.

²⁰ E.R. AGUILERA GARCÍA, *¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan*, in *Isonomía*, 2014, 40, pp. 61-93.

²¹ Si vedano, in proposito, gli eccellenti contributi di N. GUZMÁN, *La teoría del estándar objetivo de prueba y el garantismo penal: dos perspectivas antagónicas sobre el proceso penal*, in *Jueces para la*

questa contrapposizione assiologica sono dedicate le pagine che seguono. Dopo aver illustrato la filosofia della giustizia penale di Laudan (§ 2), metterò in discussione che la sua proposta di riforma della giurisdizione sia orientata da preoccupazioni epistemologiche (§ 3) e negherò che la sua eulogia della società punitiva sia correlata al paradigma Beccaria (§ 4).

2. *L'efficienza come garanzia*

La teoria del garantismo elaborata da Ferrajoli recupera e sviluppa la lezione seminale di Beccaria, a partire dalla connessione tra una giustificazione utilitaristica del diritto penale e una concezione eteropoietica dello Stato di tipo contrattualistico²². Anche Laudan si richiama alla filosofia di Beccaria, ragiona in termini utilitaristici e muove dall'ipotesi normativa del contratto sociale. Tuttavia, la sua lettura di Beccaria, la sua dottrina della pena quale strumento di prevenzione e il suo contrattualismo sono saturati da un'ideologia della difesa sociale che individua nei principi e nelle regole processuali favorevoli alla tutela dell'innocenza un inaccettabile fattore di insicurezza²³.

Che tipo di rapporto sussiste tra il processo penale e la sicurezza individuale? Nell'orizzonte assiologico del liberalismo la risposta a questo interrogativo si collega alla riflessione (fecondissima) di Montesquieu; il quale – nell'*Esprit des lois* – parte dall'assunto secondo cui la “sicurezza non è mai tanto minacciata come nelle accuse pubbliche o private”²⁴. Al cospetto del

democracia. Información y debate, 2018, 92, pp. 85-99; e P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Juzgar es cuestión de método, en un marco de derechos fundamentales sustantivos y procesales (acerca de la propuesta de Larry Laudan)*, in *Jueces para la democracia. Información y debate*, 2021, 102, pp. 83-100.

²² Per una ricostruzione sintetica, cfr. D. IPPOLITO, *Garantismo e libertà*, in S. ANASTASIA (a cura di), *Diritto e democrazia nel pensiero di Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 149-164. Tra i numerosi saggi sulla filosofia penale di Ferrajoli, si vedano almeno quelli raccolti in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993.

²³ “Almost invariably, rules designed to shield the innocent from conviction and related harms have the unintended but undeniable consequence of preventing many of the guilty from receiving their just deserts. Accordingly, we face the problem of false acquittals. Every false acquittal means that someone guilty of a crime is released back onto the streets and, if so inclined, returns to his prior calling, victimizing additional innocent citizens. This scarcely contributes to the control and prevention of crime” (in RT 2011, p. 196.)

²⁴ MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi* (1748), in Id., *Tutte le opere [1721-1754]*, a cura di D. Felice [con testo francese a fronte], Milano, Bompiani, 2014, lib. XII, cap. 2, p. 1279.

potere – “tremendo”²⁵ – di giudicare per castigare, il cittadino necessita di solide garanzie difensive e ordinamentali. Se queste difettano, il pericolo di un’ingiusta condanna pende su ogni innocente *sub iudice* come la spada sul capo di Damocle. L’incombenza di un simile rischio intacca i pilastri giuridici dell’ordine civile, perché quando “l’innocenza dei cittadini non è tutelata [*assûrée*], non lo è neppure la libertà”²⁶. In quest’ottica, dal sistema normativo del processo penale dipende la sicurezza individuale rispetto all’esercizio del potere di punire²⁷.

Distante dalla *lignée* del liberalismo penale, Laudan tematizza un nesso di tipo diverso: quello che intercorre tra le regole del giudizio e la sicurezza di fronte ai delitti. Al fine di ridurre la criminalità, egli propone di riformare il diritto processuale per facilitare la condanna dei colpevoli. Nella sua prospettiva, l’efficienza della macchina sanzionatoria costituisce la garanzia della vita e dell’integrità personale rispetto alla violenza delinquenziale.

Anche secondo Beccaria l’impunità moltiplica i delitti, degradando l’effettività delle norme proibitive²⁸. In quanto dispositivo funzionale a rafforzare i divieti posti a tutela dei diritti, la pena è concepita come tecnica di garanzia dallo stesso Ferrajoli²⁹. Ma il discorso di Laudan concentra sul sistema penale le aspettative di sicurezza soggettiva e collettiva, postulando assunzioni da cui discendono indicazioni normative del tutto avverse alla tradizione garantista.

In base alla sua diagnosi della questione penale, lo Stato è gravemente inadempiente rispetto al contratto sociale.

Optando per la società politica e riconoscendo una comune autorità superiore, abbiamo rinunciato all’indipendenza per essere protetti dalla violenza. Strumentale e necessario allo scopo che ci siamo prefissi è il monopolio pubblico del potere penale. Ne accettiamo l’istituzione per ridurre il rischio di essere danneggiati dalle offese dei privati. Ci rendiamo conto, tuttavia, che il suo esercizio – al contempo rassicurante e minaccioso – comporta la possibilità di essere puniti ingiustamente come autori di atti di

²⁵ Ivi, lib. XI, cap. 6, p. 1223 (l’aggettivo utilizzato da Montesquieu è “*terrible*”).

²⁶ Ivi, lib. XII, cap. 2, p. 1281.

²⁷ Cfr. D. IPPOLITO, *L’esprit des droits. Montesquieu et le pouvoir de punir*, pref. di M. Rueff, trad. di Ph. Audegean, École Normale Supérieure Éditions, 2019.

²⁸ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), pref. di S. Rodotà, a cura di A. Burgio, Milano, Feltrinelli 2003; XXVII, p. 78.

²⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 358.

cui non siamo colpevoli. Pertanto, il contratto sociale vincola l'autorità politica a un duplice obbligo: garantire la nostra sicurezza di fronte alle azioni offensive e garantire la nostra sicurezza di fronte alle sanzioni arbitrarie, immeritate e indebite.

A giudizio di Laudan, nelle società occidentali lo Stato privilegia l'ottemperanza del secondo obbligo a scapito delle esigenze connesse al primo³⁰. Ci assicura un elevato grado di protezione dalle condanne ingiuste, ma non garantisce adeguatamente le aspettative di non lesione incorporate nelle disposizioni della legge penale. Mentre è "statisticamente molto raro che una persona innocente venga condannata", il rischio che "il cittadino comune sia vittima di un reato grave [...] varia da alto a molto alto, a seconda dello Stato e del reato in questione"³¹. Dagli errori giudiziari siamo ben tutelati. Per contro, agli omicidi, alle rapine, alle aggressioni, agli stupri etc., siamo (più o meno) pericolosamente esposti.

Se lo Stato ci esponesse a un alto rischio di patire un castigo per un delitto non commesso, la sua responsabilità nella violazione del contratto sociale sarebbe indiscutibile, giacché la precarizzazione della nostra sicurezza deriverebbe da atti compiuti dai suoi organi. Possiamo considerare ugualmente imputabile all'autorità pubblica l'insicurezza generata dalle infrazioni penali? La risposta di Laudan è recisamente affermativa. La colpa dello Stato è quella di punire poco; molto meno di quanto dovrebbe. A fronte di tassi di criminalità "inaccettabilmente alti"³², i tassi di condanna "sono estremamente [*abysmally*] bassi"³³. Trascurando di rimediare all'inefficienza del suo apparato penale, lo Stato disattende l'obbligo di contrasto alla violenza sancito nella *Grundklausel* del contratto sociale.

Questo giudizio deplorativo è imperniato sulla premessa secondo cui esiste una relazione stretta, empiricamente verificabile, tra la dinamica dei delitti e il grado di effettività delle norme sanzionatorie. All'aumentare delle condanne dei criminali diminuiscono le violazioni delle leggi penali. Quando invece si abbassa il tasso delle condanne, cresce – con l'impunità – il numero dei delitti. Esattamente "come Beccaria aveva previsto"³⁴, rimarca Laudan.

³⁰ Sebbene concentri la sua analisi sugli Stati Uniti (limitandosi a menzionare una manciata di fonti straniere per confermare le sue conclusioni), Laudan parla di "modern states", "modern societies", "developed countries", "developed world", "western society".

³¹ SC 2008, p. 4; CS 2011, p. 203.

³² SC 2008, p. 24; CS 2011, p. 240.

³³ SC 2008, p. 5; CS 2011, p. 206.

³⁴ SC 2008, p. 15; CS 2011, p. 222.

La sua spiegazione di questo rapporto di proporzione inversa differisce, però, da quella prospettata in *Dei delitti e delle pene*. Il fattore connettivo più rilevante non è ravvisato nel vigore dissuasivo della sanzione irrogata, bensì nella sua valenza incapacitante. Laddove la prevenzione dei delitti attraverso l'intimidazione penale è considerata soltanto come una teoria più o meno plausibile³⁵, alla realtà della prevenzione speciale è attribuita la massima importanza. Dalle indagini statistiche sulla criminalità, infatti, Laudan trae la conclusione che gli autori della "stragrande maggioranza dei reati gravi" sono "delinquenti abituali"³⁶. L'effetto positivo che la loro neutralizzazione produce sull'ordine legale è dunque relevantissimo³⁷. *Rebus sic stantibus*, esiste un "metodo efficace" per accrescere la sicurezza dei cittadini: condannare "una percentuale di colpevoli superiore a quella attuale"³⁸.

Come ottenere questo risultato strumentale? Da epistemologo della giurisdizione penale, Laudan raccomanda di seguire la via "più semplice"³⁹: cambiare le regole processuali in modo da ridurre la probabilità che l'autore di un crimine, individuato dalla polizia, scampi alla sanzione prevista dalla legge. Altrettanto "semplice"⁴⁰ è il disegno architettonico di questa riforma efficientista, il cui basamento è collocato nel corretto accer-

³⁵ In proposito, l'opinione di Laudan sembra cambiare tra SC 2008 ("For my part, I find the deterrence hypothesis plausible", p. 19) e RT 2011 ("For my part, I am not persuaded that the data put us in a position to argue that deterrence is a powerful instrument for reducing crime", p. 204).

³⁶ SC 2008, p. 20; CS 2011, p. 228.

³⁷ "[T]here is ample evidence to show that incarcerating sizable numbers of offenders lowers the crime rate. The principal reason for this is that most felons sent to prison are serial offenders. They have typically been arrested numerous times before they go to prison and return to commit multiple crimes after their release from prison. What imprisonment represents, at the very least, is a span of time when habitual offenders are not at liberty to indulge their chosen calling. Even if high conviction rates do nothing whatever to deter crime on the part of those who are free to walk the streets, they make it impossible for the incarcerated serial criminal – for the duration of his or her incarceration – to commit crimes (except on his fellow prisoners and prison personnel). If delinquents were not serial offenders, incapacitation would not be a very promising strategy. If a disposition to commit serious crimes were a randomly occurring trait in the general population, then locking away those who are known to have committed such crimes would predictably reduce crime by only a small amount (specifically, by that proportion of the general population that the prison population represents). But we have ample evidence that the vast majority of serious crimes are committed by recurrent offenders (SC 2008, p. 20; CS 2011, pp. 227-228. Il brano è riprodotto, con pochissime varianti lessicali in LAUDAN, *The Law's Flaws*, cit., pp. 40-41.)

³⁸ SC 2008, p. 9; CS 2011, p. 212.

³⁹ SC 2008, p. 9; CS 2011, p. 213.

⁴⁰ SC 2008, p. 26; CS 2011, p. 239.

tamento dei fatti. Ritenendo evidente che “molte regole della procedura penale intralciano la ricerca della verità”, Laudan propone di sostituirlle con regole atte a facilitare la conoscenza “di ciò che è realmente accaduto”⁴¹. Con un processo rimodellato su istanze epistemiche, i giudici assolverebbero meno colpevoli, crescerebbe il tasso delle condanne e, insieme ad esso, il beneficio sociale prodotto dall’incapacitazione penale.

Questo efficace rimedio al problema dell’insicurezza presenta però un risvolto negativo e cozza contro un ostacolo giuridico. L’ostacolo consiste nel fatto che “molte delle regole processuali che più chiaramente confliggono con la ricerca della verità sono concepite come diritti [intangibili] degli accusati”⁴². Il risvolto negativo – inscindibile da una riforma di queste regole finalizzata ad agevolare la punizione dei colpevoli – è costituito dall’affievolimento delle garanzie dell’innocenza di fronte al pericolo di un’ingiusta condanna.

Possiamo accettare tale effetto collaterale? La risposta di Laudan è: dobbiamo. Se prendiamo sul serio il contratto sociale, a risultare inammissibile è la situazione attuale, in cui “gli Stati [...] agiscono come se una delle due clausole del patto – la necessità di ridurre le condanne erronee – sia più importante dell’altra clausola – la necessità di proteggere” il cittadino “di fronte al delitto”⁴³. Trattandosi di problemi “diabolicamente interconnessi”⁴⁴, la preminente considerazione dell’uno si risolve nella perniciosa negligenza dell’altro. Occorre quindi emendare lo sbilanciamento nei livelli di tutela assicurati dall’ordinamento e raggiungere un equilibrio soddisfacente nell’ottemperanza congiunta degli obblighi pattizi⁴⁵.

Al contrattualismo mutilo degli “inflexibili garanti dei diritti degli accusati”⁴⁶, Laudan oppone la dottrina utilitaristica della minimizzazione del rischio aggregato, che impone una gestione pragmatica e duttile del sistema penale. In base a questa dottrina, le due clausole del contratto sociale non possono essere considerate separatamente né gerarchizzate assiologicamente. Convergenza sull’obiettivo della sicurezza, esse obbligano lo Sta-

⁴¹ SC 2008, pp. 26-27; CS 2011, pp. 239-240.

⁴² SC 2008, p. 27; CS 2011, p. 240.

⁴³ SC 2008, p. 7; CS 2011, p. 209.

⁴⁴ SC 2008, p. 3; CS 2011, p. 201.

⁴⁵ “The promiscuous acquittal of many probably guilty defendants is generating much more harm than the occasional conviction of innocent defendants is” (RT 2011, p. 208). “It is [...] clear that making it mildly easier to convict the guilty would reduce crime significantly, and produce relatively few additional false convictions” (RT 2011, p. 221).

⁴⁶ SC 2008, p. 62; CS 2011, p. 304.

to a minimizzare il rischio totale per il cittadino, composto dalla probabilità di subire azioni offensive e dalla probabilità di patire sanzioni indebitate⁴⁷. Ciò rende legittima la manipolazione di qualsiasi fattore che, a seconda delle circostanze di tempo e di luogo, si riveli efficace nella riduzione del rischio aggregato.

L'estraneità di Laudan alla cultura liberale trova conferma in questa declinazione del contrattualismo che esige lo sradicamento della giustizia penale dal terreno normativo del costituzionalismo⁴⁸. Un ordine giuridico che innesta la tutela dell'innocenza in un sistema di principi e diritti inviolabili, infatti, non consente di trattare le "regole del giudizio" come "politiche modificabili"⁴⁹, da adeguare alle mutevoli esperienze e calibrare sui diversi tipi di reato e di reo⁵⁰. Irridendo i filosofi e i giuristi intenti a esercitarsi "nell'elaborazione di garanzie, funzionali a proteggere gli imputati dalle predazioni [...] di uno Stato onnipotente", Laudan rivendica la pretesa filosofica di rifondare il processo penale sulla verità, restituendolo alla sua funzione: "condannare i colpevoli e controllare il crimine"⁵¹.

⁴⁷ Diversa, rispetto a SC 2008 (pp. 31-35), è la configurazione del rischio aggregato in RT 2011 (p. 207), dove il valore da minimizzare risulta composto dalle probabilità di essere ingiustamente condannato e di essere vittima di violenza da parte di qualcuno che è stato ingiustamente assolto.

⁴⁸ Il costituzionalismo moderno, nella critica di Laudan, sancisce il tradimento del contratto sociale: "The preference of states for safeguarding defendants against false convictions more than against crime itself shows up not only in the empirical differences between these two risks that their citizens run, but also figures prominently in the constitution of the modern state. There, with countable exceptions, one finds enumerated a host of protections against false conviction that typically include: the presumption of innocence, locating the burden of proof squarely on the prosecutor's shoulders, the right to reverse a conviction on appeal (often absent a right of the state to seek to reverse an acquittal or retry someone who has been acquitted), and an unconditional right to silence. [...] Consider, by contrast, the state's commitment to protect citizens from the predations of others. While talk about 'victim's rights' is heard occasionally, few have achieved full constitutional status" (SC 2008, p. 8; CS 2011, pp. 210-211). Queste considerazioni non nascono da un fraintendimento della funzione delle costituzioni moderne (che consiste nella limitazione giuridica del potere), ma da una cultura politica estranea ai valori del costituzionalismo.

⁴⁹ SC 2008, p. 45; CS 2011, p. 272.

⁵⁰ Cfr., oltre a SC 2008 (p. 42), RT 2011 (p. 211: "My suggestion that we might consider lowering the BARD standard for all those accused of violent crimes, or at least in the case of serial felons, is simply an extension of the same logical calculation"); e L. LAUDAN, *Tomarse la ratio de las diferencias en serio: el delincuente reincidente y el estándar de prueba, o el tratamiento diferenciado para los delincuentes reincidentes*, in G. SUCAR, JORGE CERIA HERRÁN (eds.) *Derecho y Verdad*, Mexico City, Tirant Press, 2014, vol. IV. pp. 257-78.

⁵¹ SC 2008, p. 43; CS 2011, pp. 269-270.

3. *Epistemologia e ideologia*

L'università contemporanea non favorisce il dialogo tra i saperi. Certo, l'interdisciplinarità, la multidisciplinarità, la transdisciplinarità rombano nei *topoi* della retorica accademica e impastano il frasario coatto dei progetti di ricerca; continuamente sono evocate, raccomandate, celebrate, ma di rado sono praticate. Troppo forte è la logica costrittiva del disciplinamento specialistico. Talvolta i giuristi – i migliori giuristi – sentono l'esigenza di rompere gli steccati settoriali e si avvicinano ad altri campi di conoscenza, per raccogliere frutti preziosi all'arricchimento del proprio. Più sporadicamente, i non giuristi entrano negli orti secolari della *scientia iuris*, contribuendo a fertilizzarli e a coltivarli. Forse anche per questo (ma probabilmente non solo), l'energico apporto di Laudan ha suscitato attenzione e ammirazione.

Chi, più di un filosofo della scienza, è competente a vagliare la correttezza delle procedure di verifica empirica? E cosa, più del corretto accertamento dei fatti, è rilevante nel giudizio penale? La proposta di un paradigma processuale costituito da regole univocamente dettate dall'esigenza di scoprire la verità è seducente come l'immagine della giustizia, ieratica e maestosa. Non è forse vero che “far emergere la verità di fronte a chi deve giudicare è il più forte dispositivo di protezione degli innocenti e la più grande minaccia per i colpevoli”⁵²?

Indicando l'approdo teorico dell'oggettività nella definizione normativa degli standard di prova, Laudan ha galvanizzato, con la scossa del razionalismo, il dibattito giusfilosofico sul ragionamento probatorio⁵³. Con la *verve* del polemista e il compiacimento dell'iconoclasta, ha martellato i difetti della giurisprudenza sull'incudine dell'epistemologia, squalificando i consueti criteri di decisione penale come la “parodia di un sistema probatorio”⁵⁴. La sua efficace critica dell'indeterminatezza dello standard probatorio di matrice anglosassone, che condiziona la validità della sentenza di condanna al raggiungimento della prova di colpevolezza al di là di ogni ra-

⁵² SC 2008, p. 43; CS 2011, pp. 269.

⁵³ Significativo è l'incipit del saggio con cui E.A. Aguilera García chiude il volume di Laudan, *El estándar de prueba* cit.: “En su libro *Truth, Error and Criminal Law*, considerado por los críticos como el mejor libro que se ha escrito en los últimos sesenta años sobre las conexiones entre la epistemología y el derecho, Larry Laudan propone el conjunto de problemas y líneas de investigación que habrán de dar cuerpo a la agenda contemporánea de la epistemología jurídica”.

⁵⁴ L. LAUDAN, *Por qué un estándar de prueba*, cit., p. 104.

gionevole dubbio, ha toccato un *punctum dolens* dell'attività giudiziaria, trascurato – o non adeguatamente curato – dalla dottrina del processo penale e dalla riflessione teorica sul dover essere della giurisdizione in rapporto al suo fondamento di legittimità: la verità.

Tuttavia, è assai discutibile che alla migliore configurazione di questo rapporto Laudan abbia fornito un contributo apprezzabile. A prescindere dal fallimento conclamato dei tentativi di escogitazione di uno standard oggettivo di prova⁵⁵, la sua linea di ricerca sul piano del diritto penale appare direzionata, ben più che da preoccupazioni epistemiche, da motivazioni ideologiche. Il riferimento di valore del suo discorso sulla giurisdizione non è la verità ma la sicurezza di fronte alla criminalità. Ciò emerge fin dalle incoerenti oscillazioni della sua opposizione allo standard probatorio del superamento di ogni dubbio ragionevole sulla fondatezza dell'accusa. Da un lato, egli ne segnala l'irrimediabile ambiguità, l'inevitabile inflessione soggettivistica e l'inidoneità a regolare la decisione giudiziaria. Dall'altro, lo contesta perché troppo elevato ed esigente: quindi non compatibile con una politica di contrasto alla delinquenza basata sull'innalzamento dei tassi di condanna e sulla logica della prevenzione speciale⁵⁶.

L'effettiva posizione del valore della verità in questa dottrina securitaria dell'efficienza penale si può evincere dalla rilevazione di due dati sintomatici. Il primo concerne la questione cruciale della motivazione della sentenza. Da Filangieri a Calamandrei, passando per Carrara⁵⁷, i grandi maestri

⁵⁵ Cfr. le lucidissime e solidissime critiche di D. GONZÁLEZ LAGIER, *¿Es posible formular un estándar de prueba preciso y objetivo? Algunas dudas desde un enfoque argumentativo de la prueba*, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 2020, 23, pp. 79-97; e D. DE VECCHI, *Estándares de suficiencia probatoria, moralidad política y costos de error: el núcleo inconsistente de la epistemología jurídica de Larry Laudan*, in *Doxa*, 2020, 43, pp. 397-426.

⁵⁶ "Existing thinking in evidence law dismally fails to do that. It focuses myopically on the risks of being false convicted, without paying more than the slightest mind to the egregious social costs that emerge when guilty, violent, and usually serial offenders are let of the hook by a demanding standard of proof and defendant-friendly rules of evidence. It treats events in the courtroom as if their only significant impact were on the defendant, while making only a fleeting gesture in the direction of recognizing that false acquittals pose grave risks of their own. We have ample evidence that falsely acquitting those guilty of violent crimes leads to dire consequences for innocent citizens" (RT 2011, p. 206).

⁵⁷ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione* (1780-1791), ed. critica diretta da V. Ferrone, I. III, parte I (1783), a cura di G. Tocchini e A. Trampus, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo "G. Stiffoni", Venezia 2009, cap. XXI, pp. 217-224; F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca, Giusti, 1877⁵, p. 283; P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia* (1954), in *Id.*, *Opere giuridiche*. vol. I: *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, RomaTrEpress, 2019, p. 664: "Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad

della cultura giuridica liberale hanno insegnato che il passaggio dalla giustizia oracolare della decisione autocratica alla giustizia umana della decisione razionale trova nell'obbligo della motivazione della sentenza la sua più trasparente espressione normativa. In una visione della giurisdizione che ancora la legittimità del *iudicium* alla *veritas*, la giustificazione della decisione assolve a un'imprescindibile funzione di garanzia. Suffragando le asserzioni e le valutazioni che formano la catena delle inferenze relative alla *questio facti*, essa rende controllabile la verifica empirica dell'ipotesi accusatoria. Quale che sia lo standard probatorio fissato dall'ordinamento, dove manca la motivazione della sentenza, il peso dell'arbitrio decisorio rischia sempre di schiacciare la verità. Non a caso, gli studiosi più impegnati a valorizzare la dimensione conoscitiva della giurisdizione attribuiscono grande rilievo alla cultura e alla tecnica della motivazione⁵⁸.

Laudan, invece, si disinteressa della questione. Sebbene progetti la rifondazione della giustizia penale preoccupandosi innanzitutto del sistema anglosassone, in cui il destino dell'imputato dipende dal verdetto dei giurati, la sua critica non si appunta sul carattere intrinsecamente anti-epistemico di una decisione sulla verità priva di motivazione. Se ammettiamo la validità di una tesi empirica senza esigere l'esplicitazione del ragionamento probatorio di cui è la conclusione, che senso ha insistere sulla difettosità dello standard di prova adottato? Fin quando il ragionamento di chi decide resta un imperscrutabile processo psichico, la verità apodittica dell'intuizione e quella ineffabile del sentimento contendono il dominio della giustizia alla verità argomentata della ragione.

Il secondo elemento sintomatico riguarda il punto di vista di Laudan sul patteggiamento. Facilmente difendibile in un'ottica pragmatica ed efficientista (anche a prescindere dagli assiomi politici del securitarismo), il patteggiamento è un'alternativa al processo non congruente con la legittimazione cognitivista della giurisdizione⁵⁹. Chi avvalora i principi e le regole del modello accusatorio, non solo per la loro implicazione con i diritti fon-

ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perché è giusta".

⁵⁸ Tra i tanti contributi importanti, mi limito a ricordare quelli di due giudici garantisti, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, in *Doxa*, 1992, 12, pp. 257-299; e S. Senese, *La motivazione della verità fattuale*, in L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Le ragioni del garantismo* cit., pp. 323-339.

⁵⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 777-781; e Id., *Giustizia e politica*, cit., pp. 219-223.

damentali di immunità e libertà, ma anche per la loro corrispondenza ai canoni dell'epistemologia falsificazionista, non può non avvertire che un meccanismo di irrogazione della pena basato sull'accordo tra l'accusa e la difesa istituzionalizza una giustizia senza verità, in cui il calcolo e la convenienza prendono il posto della prova dei fatti. Nella sentenza patteggiata, la responsabilità penale non è accertata dal giudice all'esito di un dibattimento orale e pubblico, informato alla parità e al contraddittorio tra le parti: è oggetto di uno scambio ineguale tra soggetti che interagiscono nell'asimmetria di una relazione di potere⁶⁰.

Evidentemente, di ciò che non è accertato secondo un metodo di conoscenza adeguato, non è possibile avere certezza. Laudan, invece, una certezza la manifesta: il tasso di errori giudiziari a danno di innocenti è più basso nei patteggiamenti (da cui scaturisce annualmente il 95% delle condanne decretate negli Stati Uniti) che nei processi celebrati dinanzi ai giurati. A questa conclusione egli giunge partendo dall'assunto che "il sistema del patteggiamento crea un contesto nel quale, in genere, solo i casi particolarmente difficili vanno a giudizio"; ed è ovvio che nei "casi più semplici" la frequenza degli errori sia decisamente minore⁶¹. In questa chiave di lettura, che accredita l'attendibilità delle confessioni ottenute dagli inquirenti, l'effettiva dinamica della transazione asimmetrica e la concreta fenomenologia delle sentenze patteggiate sono completamente ignorate⁶².

Laudan confida nella giustizia delle pene irrogate senza processo perché non vede i pericoli insiti nell'alternativa al processo. E non vede questi pericoli – di involuzione inquisitoria e discriminazione classista (o razzista) – perché guarda al sistema penale senza considerare che il "legno storto dell'umanità"⁶³ rivela i suoi nodi contundenti anche nelle azioni dei potenti. Questo deficit di realismo critico, che pervade tutto il suo discorso metagiuridico, è il riflesso di un'ideologia del controllo della devianza che scommette la posta della sicurezza sull'azione salvifica del potere di punire.

⁶⁰ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Pubblico ministero. Un protagonista controverso della giustizia*, Milano, Raffaello Cortina, 2024, pp. 115-124.

⁶¹ SC 2008, p. 37; CS 2011, pp. 269.

⁶² Cfr. J.S. RAKOF, *Why Innocent People Plead Guilty*, in *New York Times Review of Books*, November 20, 2014.

⁶³ I. BERLIN, *The Crooked Timber of Humanity*, ed. by H. Hardy, London, Murray, 1990. Cfr. I. KANT, *Idee per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico* (1784), in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, Torino, Utet, 1965², "Tesi sesta", p. 130.

Azione che, orientata alla ricerca della verità, chiede di essere liberata dall'impaccio di regole processuali concepite per tutelare i diritti degli individui dalle invadenze degli agenti penali. Se quel che vogliamo è punire i colpevoli e proteggere gli innocenti, perché limitare il potere di chi cerca la verità? Perché stabilire divieti probatori e principi normativi inefficienti rispetto allo scopo?⁶⁴

L'epistemologia di Laudan rivendica con baldante eloquenza la corona di regina della giurisdizione: a ben vedere, è solo "l'ancella colta"⁶⁵ di una dottrina della ragion punitiva che misconosce le ragioni del garantismo⁶⁶.

4. *Il paradigma Beccaria*

Rimarcando la relazione tra l'effettività dei diritti fondamentali e la funzione delle regole processuali di cui Laudan propugna l'abolizione, Nicolás Guzmán ha lucidamente osservato che se ci sbarazzassimo dei divieti probatori nella speranza di vivere più sicuri non aumenterebbe soltanto il rischio di essere puniti ingiustamente, ma anche quello di patire abusi da parte degli organi dell'apparato penale⁶⁷. Laudan ci assicura che l'aumento del tasso di condanne erronee sarebbe largamente compensato dal vantaggio connesso al rafforzamento della capacità preventiva del sistema: ma "per quale ragione" i mali futuri prevenibili attraverso "l'eli-

⁶⁴ Cfr., in particolare i capitoli sesto, "Silent Defendants, Silent Witnesses, and Lobotomized Jurors", e settimo, "Confessions, Poison Fruit, and Other Exclusions", nel volume di L. LAUDAN, *Truth, Error, and Criminal Law*, cit., pp. 146-193. Riferendosi alle regole di esclusione probatoria concernente le perquisizioni e i sequestri illegali, Laudan afferma: "The rule's elimination is thus highly desirable, whether we are concerned narrowly with truth or broadly with justice" (ivi, p. 187). Rispetto al diritto al silenzio, scrive: "In an ideal world [...] defendants would be obliged to tell what they knew about the crimes of which they were accused. But even if the prevailing (mis)construal of the Fifth Amendment is so deeply entrenched that it cannot be overturned by mere worries about finding the truth, current policies about defendant silence could be tweaked to make them much more likely to reduce aggregate verdict error" (ivi, p. 155). Per un elenco di regole destinate a favorire l'assoluzione, che violano il principio secondo cui "rules of evidence and procedure should be driven by error reduction values (basically, relevance and reliability)", si veda ivi, pp. 136-137.

⁶⁵ C. COOKSON, *The Cultured Handmaiden*, London, Guild, 1988.

⁶⁶ A caratterizzare la dottrina di Laudan – ha scritto Andrés Ibáñez – è la "manifiesta hostilidad hacia las garantías procesales como derechos fundamentales" (P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Juzgar es cuestión de método*, cit., p. 83).

⁶⁷ Cfr. N. GUZMÁN, *La teoría del estándar objetivo de prueba*, cit., p. 97.

minazione delle garanzie dovrebbero essere maggiori del numero sicuramente immenso di illegalità del potere che si verificherebbero in assenza di garanzie”⁶⁸?

Sullo sfondo di questo interrogativo (inaggirabile) riconosciamo facilmente le inquietudini del “pessimismo potestativo”⁶⁹, che alimenta e corrobora le dottrine dello Stato di diritto, di cui il garantismo è la declinazione penale. Tutt’altre sono le inquietudini del securitarismo; facilmente riconoscibili, a loro volta, in ogni strato del discorso di Laudan. Enfaticizzazione dell’emergenza criminale, denuncia del lassismo statale, classificazione antropologica dell’uomo delinquente, concezione eulogistica dell’incapacitazione, insofferenza verso la *cautela in poenam*, fiducia nella risposta punitiva come soluzione decisiva al problema della devianza: sono questi gli elementi costitutivi di un’ideologia che, decorando molti luoghi comuni con gli ornamenti del sapere scientifico, semplifica o mistifica la realtà. Dietro l’esigenza di verità reclamata nella riforma del processo, scompaiono i dati più ingombranti della questione penale: dall’ipertrofia della prigione alle matrici socio-culturali dei comportamenti delittuosi, dalla criminalizzazione della marginalità al carattere selettivo della giustizia, passando per le esorbitanze antigiridiche degli apparati repressivi⁷⁰.

Lungi dal predicare un garantismo moderato, mondato dal deleterio unilateralismo di chi non prenderebbe sul serio il dramma dell’insicurezza, Laudan avalla le certezze (illusorie) di chi affida l’ordine sociale alla forza del dispositivo penale. Il richiamo insistito alla lezione di Beccaria può essere qualificato come un’appropriazione indebita di eredità, integrata dal travisamento della sua filosofia. Il paradigma Beccaria, infatti, è quello del diritto penale minimo, che all’antropologia dell’uguaglianza, al primato della libertà e all’umanesimo della ragione accompagna la coscienza della terribilità del potere di punire e della sussidiarietà della prevenzione dei delitti attraverso i castighi.

Dalle pagine di un’edizione americana di *Dei delitti e delle pene*, risalente al primo Ottocento, Laudan estrae l’immagine deformante di un Beccaria spazientito dall’“idea secondo cui le regole processuali che proteggono il colpevole [*guilty*] dalla condanna sono necessarie perché connesse ai di-

⁶⁸ Ivi, p. 94. Cfr. R.J. ALLEN, *Laudan, Stein, and the Limits of Theorizing About Juridical Proof*, in *Law and Philosophy*, 2010, 29, consultabile in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1033103>.

⁶⁹ D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 35.

⁷⁰ Cfr., tra gli altri, D. FASSIN, *Punir. Une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017; e S. Anastasia, *Le pene e il carcere*, Milano, Mondadori, 2022.

ritti o per garantire la giustizia”⁷¹. Nel tentativo di rimediare all’insensatezza (significativa e rivelatrice) della frase, l’ottimo traduttore di Laudan in castigliano trasforma opportunamente “colpevole” in “innocente”, rendendo più evidente l’insostenibilità dell’interpretazione⁷².

“Un uomo non può chiamarsi *reo* prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch’egli abbia violato i patti coi quali le fu accordata”⁷³: è su questa limpida formulazione del principio di presunzione di innocenza che Beccaria fonda la sua dottrina del processo “*informativo*”, che correla la ricerca “indifferente”⁷⁴ della verità ai diritti di difesa dell’accusato, la cui coscienza deve essere immunizzata da coartazioni oppressive e la cui libertà deve essere tutelata da restrizioni indebite.

Questa esigenza di garanzie, occultata dalla lettura di Laudan, discende direttamente dal contrattualismo liberale di Beccaria. Per sottrarci al dominio del più forte, che rende insicura la libertà nello stato di natura, concordiamo di estromettere la forza dai rapporti intersoggettivi. Fuggendo un’esistenza conflittuale, riconosciamo la necessità della legge penale come modalità di contenimento della violenza. Ma la legge penale porta in sé il male a cui apporta rimedio. *Contiene* la violenza nel duplice senso del verbo: la limita e la incorpora; la limita in quanto la incorpora. Se è vero che non possiamo permetterci di farne a meno, non possiamo neppure farci illusioni: proibizioni e sanzioni sono decisioni assunte da uomini; da uomini dotati di potere. E chi ci assicura che quel potere sarà esercitato allo scopo per il quale lo abbiamo creato? E cosa mai, più del potere di decidere come, quando e perché punire, incide sulla sfera di immunità e facoltà in cui consiste la nostra libertà? È un’incidenza diretta, profonda: un’incidenza che può essere dolorosa. Perciò, dobbiamo addomesticare la bestia artificiale che abbiamo messo a guardia della nostra persona. Occorre un sistema di limiti e vincoli che ci protegga dalla voracità del potere punitivo⁷⁵.

⁷¹ SC 2008, p. 58.

⁷² CS 2011, p. 296: “Beccaria tenía poca paciencia respecto de la idea de que las reglas procesales que protegen al inocente frente a la condena fueran necesarias como derechos o para proveer justicia”.

⁷³ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., XVI, p. 60.

⁷⁴ Ivi, XVII, p. 66.

⁷⁵ Cfr. D. IPPOLITO, *The Legal Artifice of Liberty. On Beccaria’s Philosophy*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2023, <https://doi.org/10.1007/s11572-023-09686-4>; e Id., *Cosa punire? Scopi e limiti delle proibizioni penali nella filosofia di Beccaria*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2022, 2, pp. 85-109.

È in questa chiave problematica che la giustizia penale si profila nell'ottica di un contratto sociale finalizzato alla sicurezza della libertà. A rimarcarlo, con nettezza e puntualità, è uno dei maggiori studiosi di Beccaria.

È infatti notevole – scrive Philippe Audegean – come nei primissimi capitoli dei *Delitti* la definizione del penale trapassi da garanzia dalle violenze private a garanzia dalle violenze pubbliche: questo perché l'ordinamento penale è fatto in modo tale da non poter svolgere la propria funzione se non limitando *primariamente* sé stesso, garantendo *in primo luogo* da sé stesso. Mentre nel capitolo d'apertura Beccaria ricollega le sanzioni penali con la necessità di “difender[si] dalle private usurpazioni di ciascun uomo in particolare”, sottoponendo nel secondo capitolo il potere di punire al criterio del minimo necessario, già dal terzo trae da questa definizione generale cinque grandi principi tutti diretti a difendere il cittadino non dalle private aggressioni, bensì dal magistrato penale [...] e dal sovrano legislatore [...]. È una svolta rivoluzionaria, la cui intima, profonda coerenza è stata brillantemente messa in luce da Luigi Ferrajoli. Se l'ordinamento penale ha la funzione di ridurre la violenza, coerentemente deve *in primis* ridurre la propria violenza, quella dei propri strumenti di normazione e di coazione⁷⁶.

Nel garantismo contemporaneo (e non nel contratto penale di Laudan), nella limitazione giuridica del potere (e non nel calcolo utilitaristico del rischio aggregato), troviamo l'impronta del “miracoloso libretto”⁷⁷ di Beccaria sulla civiltà del diritto. Un libretto da leggere fino in fondo, pagina per pagina, senza dimenticare le osservazioni sulla distribuzione della ricchezza e sulla diffusione della cultura. Occupandosi dei delitti e delle pene, Beccaria ci avverte che il problema dei delitti non è risolvibile a partire dalle pene. Ben più importante della prevenzione penale (intimidazione/incapacitazione), è la prevenzione non penale. La meta della sicurezza passa per la via della giustizia sociale (oggi misurabile in termini di istruzione, solidarietà, formazione, welfare pubblico, lotta alla povertà etc.). Le scorciatoie del punitivismo, come quella indicata da Laudan, sono in realtà vicoli ciechi. La violenza nella società non si riduce affievolendo le tutele giuridiche degli imputati nel processo penale, ma assicurando l'universalità dei diritti sociali, attraverso l'efficienza delle istituzioni di garanzia.

⁷⁶ Ph. AUDEGEAN, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, Bologna, Il Mulino, 2023, pp. 50-51.

⁷⁷ Così lo qualifica Piero Calamandrei in un discorso pronunciato alla Camera dei Deputati il 27 ottobre 1948, ora in P. GONNELLA e D. IPPOLITO (a cura di), *Bisogna aver visto. Il carcere nella riflessione degli antifascisti*, Roma, 2019, p. 206.

GIULIO M. SALERNO

EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: ALCUNE RIFLESSIONI

1. *Considerazioni introduttive*

Nel sindacato di legittimità costituzionale relativo alla disciplina legislativa in tema di giustizia la Corte costituzionale ha utilizzato le due fondamentali istanze cui può essere ricondotto il principio costituzionalmente rilevante di efficienza pubblica, ossia, da un lato, l'efficienza-ragionevolezza, e, dall'altro lato, l'efficienza-funzionalità¹.

Con la prima istanza, l'efficienza-ragionevolezza, si fa riferimento a quelle generalissime ragioni di efficienza pubblica – ossia di corretta organizzazione e di buon funzionamento delle pubbliche istituzioni – che sono state utilizzate dalla Corte costituzionale allorquando essa ha valutato se la legge avesse posto prescrizioni che rendevano “impossibile o estremamente difficile”² la vigenza del dettato costituzionale concernente la materia della giustizia nella sfera giuridica effettuale³, ovvero, in senso più circo-

¹ Su queste diverse interpretazioni del principio costituzionalmente rilevante dell'efficienza pubblica, sia consentito rinviare a G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, in specie p. 187 ss.

² Così nella sent. n. 214/1974 circa l'illegittimità costituzionale delle norme che avevano definito modalità tali “da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa da parte di uno qualunque degli interessati”.

³ Sull'esigenza che negli ordinamenti liberaldemocratici sia assicurata la tendenziale coerenza delle prescrizioni giuridiche, e in particolare di quelle costituzionali, con la “realtà effettuale”, ossia con il complesso delle condizioni oggettive in cui si agisce, in modo da consentire l'effettivo perseguimento delle esigenze cui l'ordinamento si assume il compito di rispondere, si rinvia a R. DAHL, *Efficienza dell'ordinamento versus effettività della cittadinanza: un dilemma della democrazia*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Bari, 1994, in specie p. 5 ss.

scritto, allorquando la Corte ha accertato se la disciplina legislativa fosse o meno conforme – in quanto coerente, proporzionata ovvero adeguata – con il concreto, attuale e possibile rispetto del dettato costituzionale cui, sempre in materia di giustizia, la legge stessa è assoggettata⁴. In altri termini, in questi casi il canone costituzionale dell'efficienza pubblica è fatto valere dalla Corte costituzionale mediante l'impiego delle ormai classiche – seppure sempre di non facile identificazione – figure sintomatiche della ragionevolezza della legge, ragionevolezza che è variamente considerata in relazione agli aspetti contestuali⁵ di carattere effettuale connessi, ovvero, ad esempio, ai presupposti applicativi, alle condizioni e alle modalità operative, agli obiettivi indicati o, ancora, agli esiti prodotti dalla legge medesima.

Con la seconda istanza, l'efficienza-funzionalità, si fa invece riferimento a quelle ragioni di efficienza che discendono da determinate condizioni, da specifici limiti o da precisi obiettivi di buon funzionamento pubblico che, in materia di giustizia, sono costituzionalmente imposti e che devono essere concretizzati dalle disposizioni di legge nelle condizioni presenti. Da questo punto di vista, va segnalato che la Corte costituzionale, come vedremo più approfonditamente in seguito, in via di principio si è rifiutata di applicare alla disciplina legislativa del processo – ovvero, più in generale, dell'esercizio della funzione giurisdizionale – l'art. 97 Cost. là dove è previsto il principio del “buon andamento” delle pubbliche amministrazioni, canone che, invece, è stato ritenuto applicabile in tema di ordinamento degli uffici giudiziari e di funzionamento di questi ultimi sotto l'aspetto amministrativo. Tuttavia, il principio del buon andamento posto dall'art. 97 Cost. è rimasto in qualche modo latente anche in relazione al versante del sindacato di costituzionalità della disciplina legislativa dell'esercizio stesso della funzione giurisdizionale. Anzi, è sembrato risultare quasi come un principio carsico, soprattutto in quanto connesso e, per così dire, “risco-

⁴Si veda, ad esempio, la sent. n. 56/1995 circa la legittimità costituzionale delle norme che assoggettano l'azione giudiziaria all'onere del previo esperimento di rimedi amministrativi, soltanto se giustificati da “esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia” e restando comunque fermo che “pur nel concorso di tali circostanze, il legislatore deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile”.

⁵Può ricordarsi, a tal proposito, la tesi di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984, p. 140, secondo cui nella giurisprudenza costituzionale “quasi in ogni sentenza fosse implicata una clausola *rebus sic stantibus*”, e che si può accostare all'impostazione elaborata da R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 83 ss. circa la clausola *rebus sic stantibus* quale principio argomentativo nel bilanciamento degli interessi e sulle circostanze di fatto che emergono nei casi di concorrenza di più interessi in concreto.

perto” in stretta connessione con il predetto principio di ragionevolezza ai sensi dell’art. 3 Cost., e dunque talora realmente capace di incidere sugli stessi esiti della giurisprudenza costituzionale attinente alla disciplina legislativa concernente lo svolgimento dell’attività giurisdizionale.

Ciò, del resto, appare quasi inevitabile, dato che è chiaro, infatti, che l’attività giurisdizionale, e in particolare il processo, nella misura in cui si presenta come applicazione imparziale del diritto, si avvicina intrinsecamente a quella amministrativa, e conseguentemente non può non essere organizzata dalla legge in modo tendenzialmente adeguato e coerente rispetto al concreto svolgimento della funzione giurisdizionale, ovvero in quel modo che, dal punto di vista giuridico, possiamo considerare come efficiente. In via generale, quando si parla di disciplina giuridica efficiente va richiamato l’autorevole pensiero di Capograssi quando ha rilevato che la legge deve essere portatrice di una volontà obiettiva nel senso che deve essere capace di portare “razionalità nel mondo concreto”⁶ e lo stesso vale, a maggior ragione, per la scienza giuridica. E allora, dal punto di vista costituzionale, la legge può dirsi costituzionalmente efficiente quando sia capace di porre messaggi prescrittivi razionalmente capaci di tradurre nella realtà giuridica – e cioè nel mondo giuridico del possibile, del concreto e dell’attuale – i principi, le regole, gli obiettivi posti dalla Costituzione.

Insomma, l’efficienza costituzionale delle leggi è il canone che consente di valutare la concretizzazione del dettato costituzionale che la legge riesce a produrre, ovvero l’effettività della Costituzione determinata dal contenuto prescrittivo razionalmente predisposto nella legge. È, pertanto, un canone propriamente giuridico e del tutto distinto dall’efficienza intesa in senso economicistico. Non si tratta, insomma, di verificare l’efficienza economica delle soluzioni di carattere organizzativo o funzionale che sono predisposte dalla legge nel rapporto tra i mezzi approntati e i fini indicati, o ancora tra i costi da sopportare e i benefici conseguibili, o ancora tra le risorse disponibili e quelle impiegate. Ma di considerare, mediante gli strumenti propri del diritto, il rapporto di effettiva e razionale concretizzazione tra quanto dettato dalla Costituzione e quanto risultante dal contenuto prescrittivo delle leggi.

Sempre dal punto di vista costituzionale, dunque, il concetto di efficienza pubblica riferibile alla disciplina costituzionale dei poteri, concerne l’intero quadro della Costituzione, e cioè, per riprendere le parole di Bal-

⁶ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, nuova ed. a cura di P. Piovani, Milano, 1962, in specie p. 123 e anche p. 107 dove afferma, inoltre, che “la scienza (giuridica) lavora per la vita pratica, lavora per la vita stessa dell’ordine giuridico”.

dassarre⁷, sia quella parte in cui prevale la “logica protettiva” delle libertà, sia quella parte in cui le libertà si presentano secondo una logica “produttiva”, di fruizione cioè delle *chances of life*.

Venendo quindi alla legge che disciplina in modo costituzionalmente efficiente la giustizia, e quindi, in particolare ma non solo il processo, essa deve quindi assicurare, innanzi tutto, una concreta, attuale e possibile attuazione dei molteplici principi costituzionali cui la giurisdizione è subordinata, dal diritto di azione a quello di difesa, dall'imparzialità del giudice alla ragionevole durata del processo, dalla soggezione alla legge alla posizione del pubblico ministero, e così via. Insomma, la legge può dirsi costituzionalmente efficiente in quanto consente di assicurare effettivamente, e quindi pienamente, il complesso di garanzie che la Costituzione predispone nei confronti di tutte le parti del processo. Più in particolare, la legge deve assicurare il buon funzionamento del processo in specie nei rapporti tra le parti (principio del contraddittorio, etc.), e che il processo stesso si possa effettivamente svolgere, impedendo quindi abusi ovvero comportamenti delle parti con finalità preclusive o ostative rispetto allo svolgimento e alla conclusione del processo.

Come vedremo, la Corte costituzionale ha rilevato l'esistenza di un “bene” costituzionalmente rilevante, il “bene dell'efficienza del processo”, e lo ha collegato all'indelfettibilità della funzione giurisdizionale come funzione essenziale per uno Stato liberal-democratico e di diritto. Tale bene di rilievo costituzionale, a somiglianza del canone della riservatezza, non è però, secondo la Corte, costituzionalmente auto-evidente, ma costituisce il prodotto, l'esito, il risultato di un processo interpretativo in cui convergono una pluralità di istanze costituzionali – risultanti dai principi e dalle regole sulla giustizia – che, nella loro articolata interazione (forse, talora, una sommatoria), producono l'emersione di tale bene.

In questa sede, allora, si procederà alla ricostruzione di alcuni aspetti significativi nell'evoluzione del sindacato della Corte, evoluzione che può essere letta come una curva ascensionale, che forse negli ultimi tempi si è trasformata in una parabola, in cui cioè si è giunto ad un picco di espansione e di profondità del sindacato di costituzionalità relativo all'efficienza del processo, per poi assestarsi in un sostanziale consolidamento della linea giurisprudenziale, se non talora in un vero e proprio *self restraint*. Va aggiunto, infine, che si tratta di un sindacato di costituzionalità intrinseca-

⁷ Così A. BALDASSARRE, *Libertà, Problemi generali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1989, p. 19.

mente difficile, soprattutto per tre ragioni: perché tocca il rapporto sempre delicatissimo tra il diritto e il fatto, tra ciò che è prescritto e quanto ne consegue nella concreta attuazione delle disposizioni nel contesto operativo nel quale si agisce; perché può condurre a soluzioni innovative – come l’annullamento di norme vigenti che sono considerate costituzionalmente inefficienti o, al contrario, l’aggiunta delle norme legislative considerate costituzionalmente necessarie proprio ai fini di efficienza – di cui occorre ben considerare valutare l’impatto effettivo sull’ordinamento e sul concreto svolgimento della giustizia; e, ancora, perché può condurre alla salvezza di norme legislative di dubbia efficienza, o, ancora, a determinare l’interpretazione preferibile ai fini dell’efficienza, così rinunciando, in definitiva, ad un intervento ablativo oppure inserendo la giurisprudenza nell’intricato “giuoco di specchi” dell’interpretazione legislativa.

2. Le istanze di efficienza pubblica nell’evoluzione del sindacato di costituzionalità in materia di giustizia, a partire dall’efficienza-ragionevolezza

Passiamo dunque ad analizzare il sindacato di costituzionalità relativo alla disciplina legislativa in materia di giustizia, partendo dall’applicazione del canone costituzionale di efficienza pubblica – intesa come idoneità funzionale e buon funzionamento degli assetti autoritativi che sono predisposti e interagiscono a fini di garanzia delle posizioni giuridiche riconosciute e protette dall’ordinamento in tema di giustizia – dal punto di vista delle istanze di efficienza-ragionevolezza come sopra tratteggiate. Facciamo dunque riferimento ai casi in cui la Corte ha verificato la ragionevolezza della peculiare dimensione giuridico-effettuale delle disposizioni legislative relative alla giustizia sia rispetto agli obiettivi da esse stesse poste, sia rispetto alle finalità costituzionali cui è subordinata o comunque vincolata la funzione pubblica che è disciplinata dal legislatore. Ad esempio, proprio in materia di giustizia, la Corte ha utilizzato tale canone sin dalla sua più lontana giurisprudenza degli anni Sessanta, quando sono state dichiarate illegittime le leggi che imponevano modalità o oneri “tali da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio del diritto di difesa”⁸, così come quando erano prescritte modalità di comportamento o condizioni operazionali che erano rivolte al perseguimento di interessi incoerenti o

⁸ Si veda la già ricordata sent. n. 214/1974.

addirittura disfunzionali rispetto al servizio della giustizia, cioè estranei allo svolgimento del processo in conformità alla sua funzione. Si possono citare, a tal proposito, la famosa sentenza sul *solve et repete* e sulla garanzia offerta dalla Corte a tutela dell'uguaglianza di diritto e di fatto di tutti i cittadini per quanto concerne la possibilità di richiedere e di ottenere la tutela giurisdizionale⁹, così come le tante pronunce¹⁰ ove la Corte ha distinto, da un lato, gli oneri che, razionalmente collegati alla pretesa dedotta in giudizio, sono rivolti agli scopi di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione, di prevenire altresì eccessi riprovevoli nell'esercizio del diritto di azione, e di suscitare nel titolare del diritto medesimo un senso di responsabilità, e che perciò sono stati consentiti; e, dall'altro lato, gli oneri che invece tendono alla soddisfazione di interessi del tutto estranei alle finalità predette, e che pertanto, conducendo al risultato di precludere o ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale, sono stati colpiti dalla sanzione dell'incostituzionalità.

Ancora, può ricordarsi la sentenza in ordine al divieto imposto ai funzionari delle cancellerie giudiziarie di rilasciare, prima della registrazione, copie o estratti di sentenze il cui deposito in giudizio fosse condizione essenziale per la procedibilità dell'impugnativa ai sensi dell'art. 348 c.p.c.¹¹. Oppure può ricordarsi la vicenda relativa alla norma che, nelle cause di affrancazione dei canoni, censi ed altre prestazioni perpetue, disponeva che il mancato deposito del prezzo rendesse improponibile la domanda, così apparendo al giudice *a quo* in contrasto coi principi di eguaglianza e di difesa in giudizio proprio in quanto impositiva di un ostacolo processuale non giustificato da motivi di interesse pubblico e di funzionalità del processo stesso¹². In questo caso la Corte ha espressamente ribadito che, in tema di oneri collegati alla pretesa dedotta in giudizio, debbono, tra le varie fattispecie normative, ritenersi conformi ai principi costituzionali quelle dirette ad assicurare uno svolgimento del processo aderente alla sua effettiva funzione, e quindi a prevenire inammissibili eccessi nell'esercizio del diritto di azione nonché a stimolare il senso di responsabilità della parte. Del resto, ha detto sempre la Corte, *“il diritto alla tutela giurisdizionale non può essere concepito in maniera così assoluta e illimitata da escludere la legittimità costituzionale di rimedi intesi ad evitare uno sviamento della fun-*

⁹ Si tratta della sent. n. 21/1961.

¹⁰ Si ricordino, tra le altre, le sentt. nn. 45, 56, 83, 3 113/1963 e nn. 47, 69, 91 e 100/1964.

¹¹ Si tratta della sent. n. 80/1966.

¹² Si tratta della vicenda decisa con la sent. n. 170/1986.

zione propria del processo attraverso la proposizione di domande palesemente infondate o meramente pretestuose. Alle norme ora indicate si contrappongono quelle a cui non può riconoscersi la medesima finalità perché prevedono delle limitazioni alla tutela giurisdizionale prive di concreta e obbiettiva giustificazione nell'ambito del processo, con l'intuitiva conseguenza che queste ultime non possono ritenersi costituzionalmente legittime".

Nella giurisprudenza che si è sopra segnalata, in estrema sintesi, la Corte ha proceduto ad annullare le disposizioni di legge allorquando ha accertato che, in concreto, esse rendevano inoperante e inefficace, e quindi precludevano, l'effettività dei principi, e soprattutto dei diritti e delle garanzie, indicati dalla Costituzione in materia di giustizia. Questa stessa logica, peraltro, potrebbe applicarsi anche nei confronti delle disposizioni di legge che si pongono espressamente presunti obiettivi di "efficienza del processo", quando cioè, in presenza di esiti concreti non coerenti o addirittura contraddittori rispetto ai diritti e alle le garanzie costituzionali in tema di giustizia, il canone di efficienza-ragionevolezza potrebbe essere utilizzato dalla Corte costituzionale proprio qualora sorgessero eventuali contenziosi relativi alle leggi introdotte per perseguire risultati di snellimento, semplificazione o riduzione del contenzioso.

3. Le istanze di "efficienza-funzionalità" in materia di giustizia e il sindacato di legittimità costituzionale

Come detto all'inizio, oltre ai profili inerenti alla "efficienza-ragionevolezza", vanno considerate anche le istanze di "efficienza-funzionalità" che devono essere rispettate dalle leggi ogni qual volta la Corte rileva l'esistenza un interesse costituzionale al perseguimento dell'efficienza pubblica, e quindi del buon funzionamento, in un determinato settore dell'ordinamento. Ciò è avvenuto, e continua ad avvenire – seppure con alcuni limiti, condizionamenti e precisazioni – anche nella giurisprudenza della Corte relativa alla giustizia. Su questo profilo dell'efficienza-funzionalità, in particolare, occorre soffermarsi soprattutto per due ragioni: innanzitutto, perché è il profilo che può o che potrebbe consentire alla Corte di agire in modo più ampio, più esteso e più incisivo sulla correttezza costituzionale del dettato legislativo inerente all'intera disciplina processuale; e, in secondo luogo, perché siffatto profilo è strettamente e direttamente collegato all'obiettivo della complessiva efficienza del servizio pubblico della giustizia che è stato più volte espressamente indicato dal legislatore e che, tra

l'altro è stato ribadito e addirittura quantificato tra gli obiettivi da perseguire in base al PNRR¹³.

Nel caso della giustizia, più in dettaglio, si tratta di perseguire interessi costituzionalmente rilevanti di efficienza-funzionalità che sono qualificabili come interessi di benessere collettivo non meramente interni o autoreferenziali rispetto alle pubbliche istituzioni – insomma per il loro stesso benessere, per la loro sopravvivenza, la loro corretta organizzazione, l'adeguato impiego delle risorse – ma in senso per così dire esterno e ordinamentale, cioè con riferimento alla pluralità di situazioni, stati, comportamenti disciplinati dalle legge e in cui le istituzioni autoritative interagiscono con le sfere dell'autonomia, dei diritti e delle libertà, e di cui la legge, dunque, proprio quando ne disciplina l'assetto e il funzionamento, deve assicurare piena e effettiva garanzia. Pertanto è evidente che nel sindacato costituzionale che si rivolga, dunque, a sindacare l'efficienza-funzionalità della legge, non si tratta di bilanciare interessi contrapposti (come accade nel caso di esigenze di bilancio e dei diritti sociali), come se il buon funzionamento del processo fosse un aspetto distinto e confrontabile con le

¹³ Si possono citare, ad esempio, le numerose normative che sono introdotte per perseguire proprio finalità di "efficienza-funzionalità" nel settore della giustizia, come quelle poste dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, recante "Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile", convertito, con modificazioni, dalla l. 17 febbraio 2012, n. 10; dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162; dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante "Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria" convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132; dal d.l. 31 agosto 2016, n. 168, recante "Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa", convertito, con modificazioni, dalla l. 25 ottobre 2016, n. 197; dal d.l. 9 giugno 2021, n. 80, recante "Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia", convertito, con modificazioni, in l. 6 agosto 2021, n. 113; dalla l. 26 novembre 2021, n. 206 recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata"; e dalla l. 27 settembre 2021, n. 134 recante "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari", e i successivi decreti legislativi, cioè il d.lgs. n. 149/2022, il d.lgs. n. 150/2022 (e il relativo d.lgs. "correttivo" n. 31/2024), e il d.lgs. n. 151/2022. Inoltre, va ricordato che tra le competenze del Ministero della Giustizia, vi è, ai sensi dell'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 300/1999, il monitoraggio dell'efficienza del servizio giustizia, con particolare riferimento alle nuove iscrizioni, alle pendenze e ai tempi di definizione dei procedimenti negli uffici giudiziari.

garanzie costituzionali relative al processo. Ben diversamente, occorre valutare se la disciplina legislativa è conforme all'interesse costituzionale che corrisponde a quel grado adeguata funzionalità di questo settore dell'ordinamento – la giustizia – che consente nello stesso tempo la piena tutela e quindi la piena garanzia dei diritti e delle facoltà costituzionalmente riconosciuti a tutte le parti del processo. Insomma, deve concludersi che il processo disciplinato dalla legge in modo che sia ben funzionante dal punto di vista costituzionale, è quello che tutela appieno e in concreto le garanzie costituzionali inerenti al servizio pubblico della giustizia.

Passiamo adesso analizzare come il canone dell'efficienza-funzionalità della giustizia sia stato utilizzato nella giurisprudenza costituzionale, e quali siano stati i principali limiti individuati dalla Corte costituzionale e che, nei fatti, hanno circoscritto questo specifico ambito del sindacato di costituzionalità nei confronti delle discipline legislative relative allo svolgimento dei processi e, più in generale, all'esercizio delle attività giurisdizionali. In particolare, occorre ricordare il limite sempre formalmente richiamato dalla giurisprudenza costituzionale, ovvero quello relativo all'inapplicabilità del parametro del “buon andamento” posto dell'art. 97, comma 2, Cost. A tal proposito, anche piuttosto recentemente, la Corte ha sostenuto l'inapplicabilità di tale parametro costituzionale alla materia della giustizia¹⁴, rilevando che “che analoga sorte va riservata alla censura fondata sul prospettato contrasto con l'art. 97, secondo comma, Cost., dal momento che, nella giurisprudenza costituzionale, è costante l'affermazione che il principio di buon andamento, ‘pur essendo riferibile agli organi dell'amministrazione della giustizia, attiene esclusivamente alle leggi concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari ed il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo; mentre tale principio è estraneo all'esercizio della funzione giurisdizionale’ (sentenza n. 14 del 2019; nello stesso senso sentenze n. 80 del 2020, n. 90 del 2019, n. 91 del 2018 e n. 44 del 2016), funzione che viene in rilievo nella questione sollevata dal *giudice a quo*”. E ancora, nella nota pronuncia sull'astensione degli avvocati alle udienze¹⁵, la Corte ha rilevato che la “disposizione censurata, ponendo regole destinate a disciplinare l'esercizio del diritto all'astensione degli avvocati dalle udienze, spiega un effetto diretto sull'esercizio dell'attività giurisdizionale”. Trova, pertanto, applicazione il criterio, più volte affermato dalla Corte, secondo cui “come la giurisprudenza costituzionale ha costantemente affermato, ‘il

¹⁴ Si veda l'ord. n. 215/2022.

¹⁵ Si tratta della sent. n. 14/2019.

principio del buon andamento della pubblica amministrazione, pur essendo riferibile agli organi dell'amministrazione della giustizia, attiene esclusivamente alle leggi concernenti l'ordinamento degli uffici giudiziari ed il loro funzionamento sotto l'aspetto amministrativo; mentre tale principio è estraneo all'esercizio della funzione giurisdizionale' (sentenza n. 174 del 2005; ordinanza n. 44 del 2006)"¹⁶.

Queste le parole pronunciate con nettezza dalla Corte costituzionale, ma, in vero, nella stessa giurisprudenza costituzionale le cose non sembrano così nette. Infatti, in primo luogo, le istanze di "efficienza-funzionalità" delle leggi relative al processo sono state anche valutate ricorrendo ad un complesso articolato di molteplici principi costituzionali in materia di giustizia, a partire dal principio di eguaglianza dell'art. 3, sino agli artt. 24, 25, 101, 102, 111 Cost., così identificando il "bene costituzionale" dell'efficienza del processo come aspetto dell'indefettibilità della funzione giurisdizionale, e nello stesso tempo collegandolo ad una pluralità di principi costituzionali di garanzia in materia di giustizia ai quali il legislatore è tenuto ad assicurare, ha detto la Corte, "piena attuazione". In secondo luogo, anche in tema di giustizia la Corte è ricorsa non soltanto al già richiamato canone della "efficienza-ragionevolezza" – canone che, come detto sopra, consente di procedere a valutazioni complessivamente collegate a considerazioni connesse alle sfere della possibilità, all'attualità e alla concretezza – ma anche al canone della razionalità della disciplina legislativa al suo interno e nelle connessioni con le altre disposizioni vigenti. Sicché le istanze di efficienza-funzionalità sono state utilizzate per sanzionare le norme legislative che si prestavano ad un uso talmente distorto da determinare la lesione "assoluta" del bene dell'efficienza del processo, considerando leso tale bene allorquando la disciplina legislativa è stata considerata incapace di assicurare la piena attuazione dei diritti e delle garanzie previste dalla Costituzione in materia di giustizia.

Si pensi, ad esempio, alla pronuncia in tema di rimborso dell'imposta sugli spettacoli¹⁷, ove la Corte costituzionale, circa la norma che non consentiva l'azione giudiziaria in mancanza di previo ricorso amministrativo, ha sottolineato che "il legislatore è sempre tenuto ad osservare il limite imposto dall'esigenza di non rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa in conformità al principio della piena attuazione della garanzia stabilita dalle suddette norme costituzionali". Pertanto, la condizione di

¹⁶ Si vedano anche la sent. n. 272/2008, e, nello stesso senso, le sentt. n. 91/2018 e n. 65/2014.

¹⁷ Si tratta della sent. n. 406/1993, cui può poi accostarsi la sent. n. 360/1994.

procedibilità costituita dall'onere del previo esperimento di rimedi amministrativi è legittima “soltanto se giustificato da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia, fermo restando che, pur nel concorso di tali circostanze, il legislatore deve contenere l'onere nella misura meno gravosa possibile”.

E ancora, in materia di rimborso della tassa di concessione governativa sulle società (soppressa nel 1993 senza efficacia retroattiva, ma riscossa contro il diritto comunitario e quindi le somme pagate sono ripetibili), la Corte¹⁸ ha ritenuto, circa la disposizione che non consentiva l'azione giudiziaria in mancanza di preventivi ricorsi amministrativi (o, meglio, dopo i provvedimenti definitivi sui ricorsi amministrativi all'intendente di finanza o dopo 180 giorni senza alcuna notifica di decisione), che anche in questo caso la condizione di procedibilità è illegittima in quanto “manca una *ratio* idonea a giustificare il limite imposto all'art. 24 Cost.”, anzi si è in presenza di un “privilegio di una disciplina speciale in favore del debitore”.

Va poi segnalato il caso – apparentemente opposto – rappresentato da quella rilevante sentenza¹⁹ che, riportando a pienezza la garanzia costituzionale dell'imparzialità del giudice, ha prodotto alcune “difficoltà di ordine pratico” nella “formazione concreta degli organi giudicanti”. In breve, dopo un lungo percorso di interventi della Corte che avevano corretto e integrato la disciplina codicistica in tema di incompatibilità dei giudici (a partire dalla sent. n. 496/1990), facendola valere anche in ipotesi non contemplate dalla legge, la Corte ha finalmente inciso in modo innovativo sulla disciplina vigente con riferimento all'ipotesi relativa al giudice che si fosse già espresso nei confronti dell'imputato applicando una misura cautelare personale non solo nel rapporto con il tribunale del riesame (sent. n. 432/1995), ma anche nel giudizio di appello. Innanzi alle possibili obiezioni circa gli effetti potenzialmente dannosi rispetto al buon funzionamento del processo, qui la Corte ha sostenuto che “alle anzidette difficoltà devono porre rimedio altre istanze costituzionali cui appartengono i relativi doveri e relative responsabilità”, predisponendo “quelle riforme che gli indisponibili principi della Costituzione richiedono in ordine al buon funzionamento della giurisdizione penale”. In altri termini, quindi, risulta così confermato che il buon funzionamento della giurisdizione coincide con la piena attuazione legislativa delle garanzie che la Costituzione prevede proprio in relazione alle modalità di corretto svolgimento del giusto processo.

¹⁸ Si tratta della sent. n. 56/1995.

¹⁹ Si tratta della sent. n. 131/1996.

Vi sono poi, due sentenze per così dire cruciali nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. La prima sentenza è quella relativa all'ufficiale esplicitazione del bene costituzionale dell'efficienza del processo²⁰ da parte della Corte costituzionale. In particolare, va ricordato che questa sentenza è giunta dopo una precedente pronuncia di inammissibilità²¹ cui però era seguito una nuova ordinanza con cui la medesima questione era stata risolta in relazione agli artt. 3, 25, 97, 101 e 112 (tutti poi considerati rilevanti dalla Corte, fatta eccezione per l'ultimo relativo al pubblico ministero), e quindi, finalmente, dichiarata fondata. Più precisamente, la questione di legittimità costituzionale, vertente "sull'effetto irrazionale dell'art. 47, comma 1, in relazione all'uso distorto della reiterazione dell'istanza di rimessione ex art. 49 del codice di procedura penale", è stata dichiarata "alla luce dell'art. 3 della Costituzione". In particolare, la Corte ha sostenuto che "l'equilibrio fra i principi di economia processuale e di terzietà del giudice è infatti solo apparente nella ponderazione codicistica, posto che il possibile abuso processuale determina la paralisi del procedimento, tanto da compromettere il bene costituzionale dell'efficienza del processo, qual è enucleabile dai principi costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale, e il canone fondamentale della razionalità delle norme processuali". E pertanto, in termini ancor più chiari, la Corte ha rilevato che "Pienamente libero nella costruzione delle scansioni processuali, il legislatore non può tuttavia scegliere, fra i possibili percorsi, quello che comporti, sia pure in casi estremi, la paralisi dell'attività processuale, perché impedendo sistematicamente tale attività, mediante la riproposizione dell'istanza di rimessione, si finirebbe col negare la stessa nozione del processo e si contribuirebbe a recare danni evidenti all'amministrazione della giustizia". In conclusione, quindi, è compito della Corte "rimuovere la fonte di tali rischi, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 47, primo comma, del codice di procedura penale, nella parte in cui fa divieto al giudice di pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la richiesta".

In definitiva, risultano assai significativi due aspetti che scaturiscono dall'impostazione accolta dalla Corte costituzionale nella pronuncia da ultimo ricordata: per un verso, il bene costituzionale dell'efficienza del processo non è stato ricondotto dalla Corte costituzionale all'art. 97 Cost., ma a un complesso – sistematicamente e unitariamente considerato – di prin-

²⁰ Si tratta della sent. n. 353/1996.

²¹ Si tratta della sent. n. 460/1995.

cipi che nella Costituzione regolano l'intera materia dell'esercizio della funzione giurisdizionale garantendone lo svolgimento in coerenza con i diritti di tutti i soggetti che ne sono coinvolti a diverso titolo; per altro verso, l'erroneità della ponderazione legislativa tra i principi costituzionali in concorrenza è stata valutata dalla Corte costituzionale in relazione al canone della razionalità normativa ai sensi dell'art. 3 Cost., e quindi appellandosi ai fondamentali principi logico-razionali che devono guidare il legislatore sempre, e quindi anche nella costruzione legislativa dei sistemi processuali e quindi nella definizione del corretto rapporto di interrelazione tra i singoli meccanismi che compongono il processo.

Il meccanismo decisionale è stato riutilizzato, a breve distanza di tempo, dalla Corte costituzionale in una successiva sentenza²² dove però si è aggiunto anche il ricorso al canone della "ragionevolezza", così consentendo alla Corte l'impiego di considerazioni ancor più di ordine prettamente fattuale, là dove ha ritenuto che la disciplina legislativa fosse concretamente e attualmente irragionevole perché del tutto insufficiente per garantire l'interesse costituzionalmente previsto e protetto in materia di giustizia. In tal modo, è stato garantito non tanto e non soltanto lo svolgimento del processo in sé, ma, ben più consistentemente, lo svolgimento efficiente del processo, che è stato ancora distinto dal principio di buon andamento delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 97 Cost., e quindi ancorato per un verso all'art. 3 Cost. e al connesso principio della ragionevolezza, e per altro verso all'art. 101 Cost.

Più in particolare, la Corte costituzionale ha ricordato come nella precedente sentenza fosse stata individuata l'insussistenza di un "equilibrio soddisfacente fra i principi di economia processuale e di terzietà del giudice nella ponderazione codicistica che, sulla scia della previsione dell'art. 69, secondo comma, del codice di procedura penale del 1930, ha affermato il divieto, per il giudice ricusato, di pronunciare o 'concorrere a pronunciare sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricazione' (art. 37, comma 2, del vigente codice di procedura penale)". In senso analogo, nella nuova questione sottoposta al sindacato di costituzionalità, sussiste la possibilità di un "abuso (...) idoneo a determinare la paralisi della funzione processuale, con la conseguente compromissione del bene costituzionale dell'efficienza del processo, che è aspetto del principio di indefettibilità della giurisdizione, ricollegabile a vari precetti costituzionali, fra i quali l'art. 101 della Costituzione

²² Si tratta della sent. n. 10/1997.

invocato dal giudice a quo (oltre alla sentenza n. 353 del 1996 e l'ordinanza n. 5 del 1997, v. le sentenze nn. 460 del 1995, 114 del 1994, 289 del 1992, 178 del 1991). E qui va riconosciuta, certo, la discrezionalità del legislatore per quanto attiene alla individuazione delle scansioni processuali, tuttavia nel rispetto del principio di ragionevolezza perché non venga compromessa, di fatto, la nozione stessa del processo. Sì che sono da censurare, pure alla luce del principio di razionalità normativa, istituti o regole quando si prestino a un uso distorto, recando così lesione dell'efficiente svolgimento della funzione giurisdizionale". E pertanto anche in questo caso la Corte ha deciso di intervenire in senso ablatorio, in quanto proprio "per rimuovere il rischio che il processo resti paralizzato dall'abuso della richiesta di ricusazione, occorre dunque dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui – qualora sia riproposta dichiarazione fondata sui medesimi elementi – fa divieto al giudice di pronunciare o concorrere a pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricusazione".

In entrambe le predette pronunce, in definitiva, la motivazione essenziale risiede nella necessità di evitare la "compromissione" del bene costituzionale dell'efficienza del processo, e pertanto non una qualunque lesione, ma soltanto quella che comporti la paralisi dell'esercizio della funzione giurisdizionale. E, in vero, dopo le due predette sentenze si sono moltiplicate le denunce della legislazione processuale appellandosi al bene dell'efficienza, ma la Corte le ha respinte, dichiarando che "i valori della speditezza e dell'economia processuale non trovano diretto riconoscimento costituzionale, salvo i casi in cui la disciplina determini il rischio della paralisi del processo"²³. Ci si può chiedere, allora, se e in quale misura la medesima impostazione possa essere utilizzata anche in relazione alle scelte legislative che determinino, non soltanto la paralisi, ma anche l'eccessiva lentezza del processo, sino al punto di incidere irragionevolmente sui principi di economia processuale, soprattutto a seguito della costituzionalizzazione del principio della durata ragionevole del processo ai sensi dell'art. 111 Cost. che è stato modificato, va sottolineato, dopo l'adozione delle due predette sentenze.

²³ Si veda la sent. n. 146/1997.

4. *Ulteriore evoluzione della giurisprudenza costituzionale dopo l'introduzione del principio costituzionale del giusto processo*

Dopo l'introduzione del principio costituzionale del giusto processo – introduzione che, come noto, è stata intesa più come conferma di quanto già posto in Costituzione, che come esplicitazione di un nuovo canone volto ad assicurare il corretto funzionamento del processo nell'ottica della piena attuazione delle garanzie e dei diritti prescritti in materia di giustizia – nella giurisprudenza costituzionale è rintracciabile un atteggiamento in qualche misura incerto, se non ondivago, con alcune aperture ma anche con la conferma di non voler procedere a sanzionare la disciplina legislativa se non in presenza di gravi compromissioni dell'esercizio della funzione giurisdizionali. E alcuni esempi di questa prospettiva per così dire “plurale” possono essere qui forniti.

In particolare, in una pronuncia²⁴ relativa al mancato riconoscimento del termine a difesa per il difensore designato in sostituzione estemporanea ed episodica rispetto al difensore “stabilmente” officiato dall'imputato o per l'imputato, si è ritenuta siffatta omissione legislativa come “del tutto ragionevole nel quadro di un sistema che necessariamente mira a bilanciare le contrapposte esigenze di prevedere comunque una presenza difensiva, ma di non compromettere al tempo stesso la indispensabile funzionalità del processo e la relativa ragionevole durata, altrimenti perturbata da differimenti reiterati per ciascuno dei difensori che intervengano come sostituti e che ne facciano richiesta”.

Ancora, vi è stata un'apertura esplicita verso il ricorso al principio costituzionale del buon andamento ai sensi dell'art. 97 Cost. anche in materia di giustizia, ricorso che è stato condizionato dall'accertamento della manifesta irragionevolezza della disciplina legislativa. In una pronuncia²⁵ relativa alla cessazione del servizio dei giudici onorari, infatti, la Corte ha detto espressamente che “la violazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione non può essere invocata se non *per l'arbitrarietà e la manifesta irragionevolezza della disciplina denunciata*, combinandosi, sotto questo profilo, con il riferimento all'art. 3 Cost. ed implicando lo svolgimento di un giudizio di ragionevolezza sulla legge censurata (sentenze n. 243 del 2005, n. 63 e n. 306 del 1995; n. 250 del 1993)” (corsivo nostro).

²⁴ Si veda l'ord. n. 17/2006.

²⁵ Si veda l'ord. n. 100/2013.

A questo proposito, poi, va segnalata la sentenza²⁶ ove la Corte, in tema di disciplina dei giudizi di impugnazione, ha impiegato il canone della ragionevolezza soltanto in relazione al confronto tra le diverse discipline concernenti le parti del processo, ma senza spingersi a compiere valutazioni attinenti agli effetti concreti (presuntamente deflattivi) della normativa, in quanto si trattava di considerazioni concernenti, per l'appunto, il parametro del buon andamento delle pubbliche amministrazioni, parametro qui considerato come del tutto inapplicabile all'esercizio della funzione giurisdizionale nell'ambito dei processi. Tra l'altro, la Corte stessa in questa pronuncia ha ricordato che "come emerge in modo univoco dai lavori parlamentari relativi alla legge delega e dalla relazione allo schema di decreto delegato, obiettivo fondamentale della riforma è la deflazione e la semplificazione dei processi, nell'ottica di garantirne la ragionevole durata. In tale prospettiva, una specifica attenzione viene dedicata al giudizio di appello, il quale – per l'elevato carico di lavoro delle corti d'appello e la sua lunghezza – è da tempo additato come uno dei segmenti processuali più critici, sul piano dell'efficienza della giustizia penale". E ha segnalato che "tra le misure intese a realizzare l'obiettivo vi è anche quella che dà origine all'odierno incidente di costituzionalità: ossia la riduzione dell'area oggettiva di fruibilità del gravame", in particolare introducendo "un inedito limite generale all'appello della parte pubblica contro le sentenze di condanna: il gravame è ammesso solo quando tali sentenze 'modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato' (nuovo art. 593, comma 1, cod. proc. pen.)". La Corte, sul merito della questione, ha rilevato che "in questo caso, tuttavia, si tratta di dissimmetria che – alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza di questa Corte, in precedenza ricordati (punti 3.1 e 3.2 del Considerato in diritto) – non deborda dall'alveo della compatibilità con il principio di parità delle parti. La limitazione del potere di appello della parte pubblica persegue, infatti, l'obiettivo – di rilievo costituzionale (art. 111, secondo comma, Cost.) – di assicurare la ragionevole durata del processo, deflazionando il carico di lavoro delle corti d'appello. A differenza di quella introdotta dalla legge n. 46 del 2006, la preclusione riguarda, d'altro canto, sentenze che hanno accolto, nell'*an*, la 'domanda di punizione' proposta dal pubblico ministero e che non hanno, altresì, inciso in modo significativo sulla prospettazione accusatoria (mutando la qualificazione giuridica del

²⁶ Si veda la sent. n. 43/2020.

fatto, escludendo aggravanti a effetto speciale o applicando una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato). Essa risulta, quindi, contenuta e non sproporzionata rispetto all'obiettivo. In un sistema ad azione penale obbligatoria, non può ritenersi, infatti, precluso al legislatore introdurre limiti all'esercizio della funzione giurisdizionale intesi ad assicurare la ragionevole durata dei processi e l'efficienza del sistema punitivo. In quest'ottica, non può considerarsi irragionevole che, di fronte al soddisfacimento, comunque sia, della pretesa punitiva, lo Stato decida di rinunciare a un controllo di merito sul quantum della sanzione irrogata". Circa, infine, la censura di violazione del principio del buon andamento (art. 97 Cost.), che il giudice *a quo* aveva riconnesso "all'asserita inidoneità della norma censurata a conseguire risultati apprezzabili, in termini di miglioramento dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia, riducendo il numero degli appelli", la Corte costituzionale ha apoditticamente sostenuto che "di là da quanto osservato in precedenza, è dirimente al riguardo il rilievo che, per costante giurisprudenza di questa Corte, il principio in parola è 'riferibile all'amministrazione della giustizia soltanto per quanto attiene all'organizzazione e al funzionamento degli uffici giudiziari, non all'attività giurisdizionale' (*ex plurimis*, sentenze n. 90 del 2019, n. 91 del 2018, n. 44 del 2016 e n. 66 del 2014): attività alla quale, per converso, pertiene la disposizione sottoposta a scrutinio". Così smentendo radicalmente l'impostazione sostenuta nella giurisprudenza che abbiamo richiamato sopra, e che ammette il ricorso all'art. 97 Cost. in caso di accertamento della "arbitrarietà e manifesta irragionevolezza della disciplina denunciata".

Del resto, l'applicazione del canone della manifesta irragionevolezza appare ricorrere anche sotto un altro profilo attinenti alla disciplina legislativa della giustizia, quando cioè la scelta del legislatore concerne il regime della procedibilità d'ufficio (e non soltanto su querela) nei confronti di alcune condotte giudicate di particolare disvalore sociale. In una sentenza²⁷ che ha toccato questo profilo, connesso pertanto alla "indefettibile celebrazione del processo penale", la Corte ha sostenuto che "a fronte di condotte consistenti in occasionali disattenzioni, pur se produttive di danni significativi a terzi, potrebbe discutersi dell'opportunità dell'indefettibile celebrazione del processo penale a prescindere dalla volontà della persona offesa, specie laddove a quest'ultima sia stato assicurato l'integrale risarcimento del danno subito; e ciò anche a fronte dell'esigenza – di grande rilievo per la complessiva efficienza della giustizia penale – di non sovracca-

²⁷ Si tratta della sent. n. 248/2020.

ricare quest'ultima dell'onere di celebrare processi penali non funzionali alle istanze di tutela della vittima". E sul punto la Corte ha ricordato "che – in linea generale – le scelte sanzionatorie del legislatore possono essere sindacate da questa Corte soltanto entro i limiti della manifesta irragionevolezza (*ex plurimis*, sentenze n. 190 del 2020, n. 155 e n. 40 del 2019, n. 222 del 2018 e n. 236 del 2016); e che tale *standard* vige – più in particolare – anche rispetto alle scelte relative al regime di procedibilità dei singoli reati (ordinanza n. 178 del 2003 e precedenti ivi citati)". E, in conclusione, pur ritenendo non sussistente siffatto vizio nel caso di specie, la Corte non ha comunque sottovalutato la criticità del problema, in quanto ha rilevato che, in relazione alla presunta violazione dell'art. 3 Cost., "rientra nella discrezionalità del legislatore l'individuazione delle soluzioni più opportune per ovviare agli indubbi profili critici segnalati dalle ordinanze di remissione, i quali – pur non assurgendo al vizio di manifesta irragionevolezza della disciplina censurata – suggeriscono, tuttavia, una complessiva rimediazione sulla congruità dell'attuale regime di procedibilità per le diverse ipotesi di reato contemplate dall'art. 590-bis cod. pen."

Infine, va ricordata la sentenza²⁸ che ha riguardato il d.l. n. 162/2022 che, per "consentire una più razionale programmazione degli interventi organizzativi di supporto alla riforma" (come era indicato nelle premesse dello stesso decreto-legge), aveva differito l'entrata in vigore di un importante decreto-legislativo (il d.lgs. n. 150/2022) che interveniva su ampi settori del diritto penale sostanziale e processuale e riformava organicamente il sistema della giustizia riparativa, proprio "al fine di garantire l'efficienza della giustizia penale, anche alla luce della necessità di raggiungere gli obiettivi finali (*milestones*) del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), uno dei quali è quello di ridurre del venticinque per cento, entro il 2026, la durata media del processo penale nei tre gradi di giudizio". Tra l'altro, il predetto decreto legislativo estendeva il regime di procedibilità a querela per alcuni reati contro la persona e il patrimonio proprio per "valorizzare il ricorso alla sanzione penale come *extrema ratio*, così da perseguire finalità di natura deflativa, incentivando al contempo condotte di tipo riparatorio e risarcitorio".

La Corte, pronunciandosi sulla presunta carenza dei presupposti della decretazione d'urgenza, ha sostenuto che "non si può ritenere che la scelta di differire il termine di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 riveli la 'carenza evidente' (*ex multis*, sentenza n. 149 del 2020) dei presupposti di

²⁸ Si tratta della sent. n. 151/2023.

straordinaria necessità e urgenza dell'intervento normativo del Governo, né il suo carattere palesemente disomogeneo o eccentrico rispetto ad altre disposizioni contenute nel medesimo decreto-legge". Anzi, la Corte ha proseguito in questo senso, rilevando che "peraltro, anche ove non si considerasse l'impatto sull'organizzazione degli uffici dell'intero testo del d.lgs. n. 150 del 2022, ma ci si soffermasse sulle sole disposizioni relative al mutamento del regime di procedibilità dei reati, l'assunto del rimettente – che insiste per la natura autoapplicativa delle relative prescrizioni e, quindi, per la non necessità di approntare le misure attuative e organizzative – non è condivisibile. La necessità di tali misure, infatti, non può ritenersi palesemente insussistente, tenuto conto che l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2022 nel suo testo originario avrebbe imposto, come già si è detto, un onere di informativa da parte degli uffici giudiziari alle persone offese nell'ambito di tutti i procedimenti per i reati che vedevano mutato il regime di procedibilità e per i quali era già stata esercitata l'azione penale, facendo conseguire da tale informativa il decorso del termine per presentare querela (art. 85, comma 2)". È evidente, quindi, che il giudizio sulla sussistenza dei presupposti costituzionali della decretazione d'urgenza ha avuto per oggetto, essenzialmente, la ragionevolezza della scelta compiuta sia in relazione all'"impatto sull'organizzazione degli uffici" giudiziari, e sulle esigenze operative derivanti dalla necessità di provvedere alle relative informative per tutte le persone offese nei procedimenti in cui era stato modificato il regime di procedibilità. Insomma, da questa pronuncia risulta che proprio ragionevoli esigenze di complessivo "buon funzionamento" della giustizia hanno consentito di giustificare l'eccentrico intervento emergenziale che è stato operato con il decreto-legge in questione. Un'ulteriore dimostrazione di quanto nella giurisprudenza costituzionale rimanga sempre permanente, per quanto talora soltanto latente, la cruciale rilevanza delle questioni in cui gli interventi del legislatore sono confrontati con i canoni costituzionali che impongono il buon funzionamento del servizio della giustizia in una prospettiva che lega e collega la garanzia dei diritti e l'assetto funzionale della funzione giurisdizionale.

FRANCESCA BIONDI

CERTEZZA DEL DIRITTO ED EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA

1. Premessa

Lo scopo di questo breve contributo è riflettere sulla relazione, affatto scontata, tra certezza del diritto ed efficienza della giustizia, per verificare se oggi il modo in cui è prevalentemente intesa la connessione tra questi due valori sia capace di determinare ricadute sull'indipendenza funzionale del giudice e sul diritto di difesa.

A tal fine è opportuno chiarire, preliminarmente, qual è il significato di certezza del diritto e a quale obiettivo è funzionale questo valore.

Come noto, la letteratura sulla “certezza del diritto” è sterminata¹ e suscita timore a chiunque intenda anche solo fare richiamo a tale nozione.

Alcuni assunti possiamo, però, darli per acquisiti e condivisi.

In primo luogo, quella di certezza del diritto è una nozione connaturata al positivismo giuridico, che la definisce anzitutto come capacità di prevedere le conseguenze giuridiche di un atto o di un fatto². La certezza è un valore perché la prevedibilità delle conseguenze del proprio agire consente ai cittadini di conoscere quali siano i propri spazi di libertà. Ed è un valore tipicamente liberale, connaturato alla nozione ottocentesca di stato di diritto, poiché volto a garantire la sicurezza del cittadino di fronte alla legge, di

¹ Non si possono tuttavia non ricordare il lavoro di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1968; E. ALLORIO, *Certezza del diritto dell'economia*, in *Rivista del diritto dell'economia*, 1956, p. 1198; M. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Novissimo Digesto italiano*, III, Torino, Utet, 1974, p. 124 ss.; M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enciclopedia giuridica*, VI, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, 1988; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto (voce)*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, II, Torino, Utet, 1988, p. 274 ss.; F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, ESI, 2018, p. 59 ss.

² G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.

fronte al potere, ad assicurare cioè il principio di eguaglianza formale. In secondo luogo, la certezza del diritto così intesa presuppone la conoscibilità del contenuto del diritto, affinché il soggetto possa decidere liberamente e consapevolmente. Questa accezione è particolarmente intensa nel diritto penale, tanto da trovare presidio nell'art. 25 della Costituzione³.

Negli ultimi anni è però convinzione sempre più diffusa che la certezza del diritto sia anche uno dei presupposti perché un ordinamento possa garantire le posizioni giuridiche in modo efficace e, dunque, che il sistema-giustizia possa dirsi efficiente. In questa prospettiva, l'incertezza del diritto acuisce, infatti, "lo scarto", "la distanza", tra fatto e diritto, alimentando il contenzioso e rendendo i processi più lunghi⁴, peraltro con ricadute sull'efficienza economica⁵. Ecco, dunque, definito il nesso che la dottrina più recente, in modo più o meno consapevole, ha individuato tra certezza del diritto ed efficienza della giustizia.

2. Chi deve garantire certezza

L'aspetto di maggiore interesse è definire chi debba assicurare la certezza del diritto, e con quali modi.

A parere di chi scrive, quando Norberto Bobbio scrisse il noto saggio *La certezza del diritto è un mito?*, pubblicato nella *Rivista internazionale di filosofia del diritto* del 1951, e affermò che il diritto o è certo e prevedibile o non è diritto, muoveva dal presupposto che la certezza del diritto fosse un carattere ontologico del diritto prodotto dal legislatore.

In questo passo egli aderisce infatti al giuspositivismo originario, secondo cui la certezza è un carattere essenziale e formale (perché conta che il diritto sia certo, non giusto) del diritto, e spetta dunque al legislatore il compito di garantire certezza. Al fondo, peraltro, vi è una chiara opzione

³Particolarmente importante è la sent. n. 364/1988, con cui la Corte costituzionale affrontò il tema della effettiva conoscibilità del precetto penale quale presupposto per la dichiarazione di colpevolezza. La decisione suscitò ampio dibattito poiché, da un lato, essa affermò che deve essere garantita la conoscibilità, dall'altro lato, implicitamente riconobbe l'impossibilità di garantire tale conoscibilità solo attraverso la legge generale e astratta. Per tutti, v. D. PULITANO, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1988, p. 721.

⁴M. CORSALE, *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, cit., p. 2; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto (voce)*, cit., p. 277.

⁵Si rinvia qui a M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista Aic* 4/2012, p. 41.

ideologica, ossia la necessità dello Stato moderno di concentrare la decisione politica in capo al legislatore, anziché lasciarla a funzionari o ad altri soggetti non controllabili.

In questa prospettiva, solo un ordinamento giuridico caratterizzato da norme legislative generali e astratte, formulate con un linguaggio chiaro, raccolte in un sistema coerente e completo, può offrire una risposta prevedibile: pertanto, la garanzia della certezza del diritto richiede che le fonti non siano numericamente eccessive, che le disposizioni siano generali e astratte, non siano retroattive, siano scritte con un linguaggio chiaro, con poche clausole generali, che siano dotate di una certa stabilità nel tempo, che le eventuali antinomie siano risolte all'interno di un *sistema* delle fonti organizzato intorno al principio gerarchico, ossia in base alla forza formale delle fonti del diritto⁶ (più che – come invece è oggi – a quello della competenza). Del giudice, chiamato a interpretare in modo formale la legge, il giuspositivista originario meno, e poco, si occupa, proprio perché la certezza del diritto è obiettivo, e compito, che riguarda il legislatore, tanto che, se la norma pone dubbi interpretativi, si afferma che spetta al legislatore stesso risolverli con norme interpretative. All'art. 73 dello Statuto albertino, inserito nel capo dedicato all'ordine giudiziario, era infatti stabilito che «L'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio, spetta esclusivamente al potere legislativo».

In questa parte si riscontra un evidente richiamo al modo di concepire il giudice e la sua funzione originato durante la Rivoluzione francese, quando il giudice fu proclamato indipendente sul presupposto teorico (evidentemente errato, ma condiviso) che la funzione giudiziaria si risolva in una meccanica applicazione della legge⁷, e si cercarono strumenti per limitare o abolire il potere interpretativo dei giudici allo scopo di evitare la distorsione del significato della legge espressiva della volontà generale (in via preventiva con l'istituto del *référé législatif* introdotto con decreto 16 agosto 1790, in via successiva con l'istituzione, nello stesso anno, del *Tribunal de Cassation*, chiamato a garantire che i giudici applicassero il testo espresso dalla legge attraverso l'annullamento delle sentenze contenenti una *contravention expresse au texte de la loi*). Del resto – come ha osservato Cala-

⁶Che lo schema gerarchico regga bene in ordinamenti relativamente semplici, quali quelli che caratterizzano il primo affermarsi, nel continente europeo, dello "Stato moderno" rappresentativo è esemplarmente ricordato da V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, Cedam, 1984, pp. 202-203.

⁷Per tutti, R. GUASTINI, *La funzione giurisdizionale nella Costituzione dell'anno III*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 555.

mandrei – l'esigenza di uniformare la giurisprudenza non si pone a chi nega l'esistenza stessa della giurisprudenza⁸.

Nel periodo liberale, non si era però ingenui; vi era, in realtà, consapevolezza delle potenzialità dell'attività interpretativa. E, infatti, pur dichiarando che l'interpretazione spetta al potere legislativo, si scelse di incorporare la magistratura nella struttura statale, proprio perché si riteneva che un corpo burocratico formato da tecnici fosse più incline a interpretare la propria funzione come attività meramente tecnica di ritrovamento della norma adatta al caso concreto e a rimanere così estraneo al processo di governo⁹. E, dal canto suo, la dottrina rimase in prevalenza ancorata a quella concezione "neutra" della funzione giudiziaria, perché dell'assunto della neutralità del giudice si nutrivano anche le aspirazioni all'indipendenza dal potere politico (il quale, appunto, può essere indipendente perché non esercita un potere discrezionale)¹⁰.

Infine (siamo ormai entrati nel XX secolo), anche grazie al passaggio dalla teoria imperativista a quella normativista di stampo kelseniano, pure i giuspositivisti (ormai post-positivisti) riconoscono che l'interpretazione è operazione solo in parte conoscitiva e che la certezza del diritto, valore cardine dell'ordinamento giuridico, più che un carattere essenziale del diritto, spesso si rivela, realisticamente, un obiettivo da raggiungere.

E così la dottrina, consapevole che nell'applicazione della legge sussiste sempre un margine di incertezza, inizia ad ampliare la propria riflessione alla possibilità di controllare razionalmente, con il diritto, i processi di interpretazione, argomentazione e applicazione delle disposizioni giuridiche. Insieme al persistente richiamo alla necessità che le norme siano astratte e generali, chiare nelle loro formulazioni, e coerenti e razionali tra loro, si tenta di usare il diritto per regolare il procedimento (mentale) di interpretazione del diritto stesso (si fa qui riferimento, evidentemente, all'art. 12 delle preleggi, approvate nel 1942¹¹), e a fissare ulteriori criteri (non solo più la gerarchia) per sciogliere le antinomie nel *sistema* delle fonti.

Cambia anche il ruolo della Corte di cassazione, alla quale viene affidato non più solo il compito, guardando al passato, di garantire l'esatta os-

⁸ P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, I, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca, 1920, p. 433.

⁹ G. REBUFFA, *La funzione giudiziaria*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 69 e 87.

¹⁰ Sia consentito qui rinviare a F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 53 ss.

¹¹ Il lavoro di analisi più ampio e completo è certamente quello di R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale. Art. 10-15*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1974, p. 194 ss.

servanza della legge annullando la decisione errata in diritto (secondo la nozione originaria della nomofilachia), ma anche quello di assicurare *pro futuro* l'uniforme interpretazione della legge (art. 65 del r.d. n. 12/1941)¹². Nella relazione al progetto che diverrà il r.d. n. 12/1941, si legge che le decisioni della Corte di cassazione «non hanno naturalmente valore normativo, poiché, come ogni pronunzia giurisdizionale, non possono che affermare la volontà della legge nel caso concreto», ma che la giurisprudenza della Corte stessa «serve di guida costante alle magistrature inferiori, ed ha quindi un valore esegetico che, se non è quello della interpretazione autentica, molto a questa si avvicina». La certezza del diritto inizia timidamente a divenire anche un problema di cui deve farsi carico la magistratura.

È in questo clima giuridico-culturale che è stata scritta la nostra Costituzione.

Mi azzarderei tuttavia ad affermare che i costituenti fossero ancora legati perlopiù al primo positivismo giuridico, più vicini alla tradizione di quanto lo fosse il legislatore degli anni Quaranta. Non solo erano decisamente contrari ad ogni apertura alle correnti antiformalistiche, ossia ad attribuire anche ai giudici e all'amministrazione il compito di concorrere alla produzione del diritto, ma evitarono accuratamente ogni riferimento alla giurisprudenza. Scelsero un modello a produzione normativa accentrata (nelle mani degli organi politico-rappresentativi), garantendo solo il ricorso in Cassazione "per violazione di legge". La proposta di Calamandrei di inserire in Costituzione una disposizione che assegnasse alla Corte di cassazione anche il compito di garantire l'uniformità giurisprudenziale fu rigettata¹³.

Nel contempo, essi, forse inconsapevolmente, fecero scelte che avrebbero cambiato il volto dell'ordinamento giudiziario e il modo di esercitare la funzione giudiziaria.

Anzitutto, volendo eliminare ogni incrostazione di gerarchia istituzionale e funzionale all'interno dell'ordine giudiziario, fu assicurata la piena indipendenza di ciascun giudice nel decidere le questioni a lui assegnate (artt. 101, comma 2, e 107, comma 4, Cost.).

¹² V. E. LUPPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l'indipendenza funzionale del giudice* e A. NAPPI, *L'interpretazione tra nomofilachia e indipendenza*, in *L'indipendenza della magistratura oggi*, a cura di N. Zanon e F. Biondi, Milano, Giuffrè, 2020, pp. 98-103.

¹³ Si fa qui riferimento all'art. 12, comma 2, del progetto presentato da Calamandrei, in data 17 ottobre 1946, alla II Sottocommissione dell'Assemblea costituente. La disposizione era così formulata: «Al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in... la Corte di cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto oggettivo nazionale attraverso l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici».

In secondo luogo, è l'avvento stesso della Costituzione a determinare un ampliamento del ruolo della giurisdizione e dei margini interpretativi¹⁴. Quando infatti i principi costituzionali entrano nel processo di interpretazione delle fonti primarie e, soprattutto, i giudici sono invitati a interpretare le fonti primarie alla luce della Costituzione, l'incertezza inevitabilmente aumenta.

Ma è soprattutto in tempi più recenti che quest'ultima ha assunto livelli inaspettati.

Il progressivo indebolimento della democrazia rappresentativa, intesa come incapacità delle forze politiche rappresentate in Parlamento di comporre i conflitti, contrastare i particolarismi e assumere decisioni di lungo periodo o su temi sensibili, ha contribuito al peggioramento della qualità della legislazione (spesso oscura perché frutto di approvazione in tempi stretti o di mediazioni al ribasso), alla frammentazione e all'instabilità del diritto (con decreti-legge "che si rincorrono", decreti legislativi che integrano e correggono quelli entrati in vigore pochi mesi prima, norme retroattive spesso sotto la veste di norme di interpretazione autentica, norme temporanee, derogatorie o provvedimentali). Anche la mancata assunzione di decisioni crea incertezza, poiché costringe il giudice a ricorrere all'analogia e ai principi generali del diritto per risolvere i casi concreti.

Se a tutto ciò aggiungiamo l'apertura al diritto sovranazionale, e soprattutto alla giurisprudenza sovranazionale, si comprende plasticamente perché abbiamo assistito sia a un ampliamento del ruolo della giurisdizione, sia all'aumento dell'incertezza del diritto.

Si tratta di un fenomeno in parte inevitabile, ma che la dottrina stessa ha favorito, esaltando il diritto giurisprudenziale, il diritto prodotto dal giudice, la giustizia del caso concreto, con aperture al realismo giuridico. Si è autorevolmente sostenuto che legislatore e giudici "reperiscono" il diritto in una posizione di parità e che l'art. 101, comma 2, Cost. garantisce l'indipendenza, mentre non segna il limite dell'interpretazione rispetto a ciò che la legge prevede¹⁵. Si è giunti a sostenere che la certezza non è solo un "mito", ma forse neppure un ideale da perseguire, in quanto la certezza di matrice illuministica impedirebbe l'adozione della "giusta" decisione "caso per caso"¹⁶. Ovviamente, l'effetto ultimo è che diritto e politica non si di-

¹⁴ G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, p. 18 ss.

¹⁵ Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017.

¹⁶ F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in AA.VV., *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di F. Modugno, II, Milano, Giuffrè, 2000, spec.

stinguono, e che siano gli interpreti, soprattutto i giudici, ad assumere decisioni *lato sensu* politiche¹⁷.

In questo contesto, oggi, parlando di certezza del diritto, inevitabilmente si allarga lo sguardo dalla produzione legislativa e dalla tecnica di redazione delle norme¹⁸ al modo in queste ultime sono interpretate e applicate¹⁹. Poiché la coerenza delle decisioni giudiziarie produce certezza, pretendiamo certezza dal giudice, anziché dal legislatore.

La prospettiva appare dunque radicalmente diversa rispetto a quella originaria, poiché la certezza non è più un valore che guida anzitutto il legislatore, ma finisce per riguardare quasi esclusivamente il modo in cui il diritto è interpretato e applicato dall'autorità giudiziaria²⁰: ma se la nozione di certezza non implica più solo prevedibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche di un'azione come definita dal legislatore, ma anche e soprattutto prevedibilità della decisione giudiziaria, l'attenzione inevitabilmente si sposta dalla qualità della normazione alle controllabilità *ex post* della decisione giudiziaria stessa.

p. 81 e p. 92. Secondo P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Bari-Roma, Laterza, p. 52, la certezza del diritto sarebbe una "mala sorte".

¹⁷ A questa dottrina si rivolge criticamente anche Massimo Luciani, in *Ogni cosa a suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, passim, ma spec. pp. 47-49, 59-60, anche se l'A., in realtà, va anche oltre, non limitandosi a stigmatizzare la dottrina che ha esaltato la funzione giudiziaria, ma anche quella che abdicato al proprio compito di fare ordine. Duramente critico nei confronti della dottrina fu anche CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. commerciale*, 1942, I, p. 341 ss., e ora in appendice al volume di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, pubblicato da Giuffrè nel 1968, pp. 173-179. Calamandrei già allora osservava, rispetto all'incertezza prodotta dai giudici, che «l'opera distruttiva della dottrina può essere, a lungo andare, più penetrante, perché è più ragionata e continuativa: e perché l'incertezza che può essere ingenerata dalle dispute della dottrina non si limita necessariamente all'esegesi di singole norme, ma può, teorizzando, attaccare addirittura la forma in cui ogni diritto si manifesta, e cancellare così nelle coscienze l'idea stessa di diritto».

¹⁸ Sull'incertezza prodotta dal linguaggio normativo, cfr. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.

¹⁹ Cfr. la ricostruzione della dottrina più recente da parte di S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico-contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2001, p. 131 ss., spec. p. 147 ss.

²⁰ Pur giungendo poi a conclusioni parzialmente differenti da quelle proposte nel testo, questo passaggio è evidenziato anche da M. VOGLIOTTI, *Indipendenza del giudice e rispetto del precedente*, in *Legislazione penale*, 19 ottobre 2020, p. 32 ss., spec. p. 41.

3. Recenti “tendenze” normative: certezza come coerenza giurisprudenziale

In tale contesto, sembra che il legislatore stesso abbia preso atto (consapevolmente o, con maggiore probabilità, inconsapevolmente) della propria incapacità di garantire certezza del diritto e, di converso, del ruolo sempre più rilevante della giurisdizione e che, alla pressante richiesta di prevedibilità, non stia dando una risposta cambiando il modo di produrre il diritto, bensì solo tentando di uniformare gli orientamenti giurisprudenziali: dunque agendo, anziché “a monte”, esclusivamente “a valle” del problema. Incapace cioè di assicurare un sistema normativo chiaro, coerente e completo, il legislatore affida ai giudici, spingendoli a formulare e poi seguire orientamenti giurisprudenziali uniformi, il compito di garantire certezza.

Quanto detto traspare anzitutto dalle riforme processuali con cui, negli ultimi anni, è stata valorizzata ed enfatizzata la funzione nomofilattica della Corte di cassazione (in particolare, delle Sezioni unite) e degli altri vertici funzionali delle magistrature (Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e Sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti).

Il primo segnale in questa direzione è costituito dalla riforma, realizzata nel 2006, dell'istituto del ricorso in Corte di cassazione nell'interesse della legge. Da quel momento, l'art. 363 c.p.c. consente alle Sezioni unite della Corte di fissare un principio di diritto, a prescindere dall'esistenza di un giudizio concreto in cui tale principio possa trovare applicazione immediata. È il Procuratore generale della Corte di cassazione a poter chiedere, qualora ritenga che la questione sia di particolare importanza, che le Sezioni unite enuncino un principio di diritto al quale il giudice di merito «avrebbe dovuto attenersi». Il principio di diritto può inoltre essere pronunciato dalla Corte di cassazione d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile ed essa ritenga che la questione sia di particolare importanza. Il principio di diritto così enunciato non produce effetti immediati su una controversia di merito, ma serve prevalentemente a orientare i giudici, in altri futuri giudizi, nell'interpretazione di una determinata disposizione normativa. La Corte costituzionale, nella sent. n. 119/2015, ha definito tale competenza «massima espressione della funzione nomofilattica che la stessa Corte di cassazione è istituzionalmente chiamata a svolgere», come se – appunto – il compito di quest'ultima fosse anzitutto quella di orientare *pro futuro*, anziché annullare le decisioni *contra legem*.

Sempre agendo sulle norme processuali, il legislatore ha poi stabilito che, se le Sezioni semplici della Corte di cassazione non condividono il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, “devono” rimettere a

queste ultime la decisione del ricorso, mentre, in precedenza, erano solo “facoltizzate” a farlo (art. 374, comma 3, c.p.c., modificato dal d.lgs. n. 40/2006, e art. 618, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto dalla l. n. 103/2017). L’obbligo non sussiste solo se le Sezioni semplici ritengono che il principio di diritto contrasti con un principio costituzionale: in tale ipotesi, possono sollevare questione di legittimità costituzionale di fronte alla Corte costituzionale (sentt. n. 33/2021 e n. 13/2022).

È stato correttamente osservato come tale disposizione sia volta a contenere i contrasti “dentro” la Corte di cassazione (decisamente aumentati dalla fine degli anni Ottanta del secolo scorso²¹), così che essa possa esprimersi con una voce unica, proprio per esercitare al meglio la funzione nomofilattica²²; tuttavia, resta sintomatica dell’attenzione prestata alla necessità che la giurisdizione si attesti verso orientamenti giurisprudenziali uniformi.

Disposizioni simili sono contenute anche nel codice del processo amministrativo (art. 99 c.p.a.)²³ e, con riferimento al ruolo delle Sezioni riunite della Corte dei conti, all’art. 1, comma 7, d.l. n. 453/1993, nonché, in seguito della riforma della giustizia contabile, agli artt. 11²⁴,

²¹ Come evidenziato nel lavoro monografico di A. ESPOSITO e G. ROMEO, *I mutamenti nella giurisprudenza costituzionale della Cassazione (142 casi di contrasto nel quadriennio 1991-1994)*, Padova, Cedam, 1995.

²² E. LUPO, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione e l’indipendenza funzionale del giudice*, cit., e A. NAPPI, *L’interpretazione tra nomofilachia e indipendenza*, cit., risp. pp. 97 e 133. Cfr. anche G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, in *Sistema penale*, 29 giugno 2022, p. 11, il quale – con riferimento a queste ipotesi – utilizza la formula di “precedente orizzontale”.

²³ L’art. 99 c.p.a. prevede, al comma 1, che «La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d’ufficio può rimettere il ricorso all’esame dell’adunanza plenaria», al comma 2 che, «Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d’ufficio, può deferire all’adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali». Al comma 3 è stabilito che «Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall’adunanza plenaria, rimette a quest’ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso». Infine, al comma, 4, che, «se ritiene che la questione è di particolare importanza, l’adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell’interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l’estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell’adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato». Come si vede, il sistema è ricalcato su quello vigente all’interno della giurisdizione ordinaria.

²⁴ Secondo quanto dispone l’art. 11, d.lgs. n. 174/2016, «Le sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti, quali articolazione interna della medesima Corte in sede d’appello,

114²⁵ e 117²⁶ del d.lgs. n. 174/2016, con cui è stata nuovamente disciplinata in modo organico la materia. L'obiettivo, nel complesso, è quello di indurre i vertici delle magistrature ordinaria e speciali ad esprimersi in modo coerente, dal momento che l'eccesso di contenzioso ha reso difficile assicurare nomofilachia proprio agli organi che vi sono espressamente preposti.

Ancora, si muove nel solco del rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, oltre che di una riduzione del carico di lavoro di tale organo, la riforma, ad opera della l. n. 69/2009, dell'art. 360-*bis* c.p.c., in base al quale il ricorso in Cassazione è inammissibile quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte stessa e l'esame dei motivi addotti dal ricorrente non offra elementi per confermare o mutare tale orientamento. Per un avvocato, è diventato oggi molto più difficile riuscire a convincere un giudice a ripensare un orientamento consolidato.

Infine, non può non essere menzionato l'art. 363-*bis* c.p.c. (introdotto dal d.lgs. n. 149/2022), che consente al giudice di merito, dopo aver sentito le parti costituite, di sospendere il processo e disporre il rinvio *pregiudiziale* alla Corte di cassazione per la risoluzione di una questione di diritto. Quest'ultima deve essere necessaria alla definizione anche parziale del giudizio, non deve essere stata ancora risolta dalla Corte di cassazione, deve presentare gravi difficoltà interpretative e deve essere suscettibile di porsi in numerosi giudizi. L'ordinanza con cui il giudice dispone il rinvio pregiudiziale deve essere motivata e illustrare le «diverse interpretazioni pos-

sono l'organo che assicura l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile» e «Le sezioni riunite in sede giurisdizionale decidono sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima deferiti dalle sezioni giurisdizionali d'appello, dal Presidente della Corte dei conti, ovvero a richiesta del procuratore generale».

²⁵ All'art. 114, comma 1, del d.lgs. n. 174/2016 è previsto che «Le sezioni giurisdizionali d'appello possono deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la soluzione di questioni di massima, d'ufficio o anche a seguito di istanza formulata da ciascuna delle parti», al comma 2 che «La sezione, con l'ordinanza di deferimento, dispone la rimessione del fascicolo d'ufficio alla segreteria delle sezioni riunite», infine, al comma 3, che «Il presidente della Corte dei conti e il procuratore generale possono deferire alle sezioni riunite in sede giurisdizionale la risoluzione di questioni di massima oppure di questioni di diritto che abbiano dato luogo, già in primo grado, ad indirizzi interpretativi o applicativi difformi».

²⁶ L'art. 117 del d.lgs. n. 174/2016 stabilisce che «La sezione giurisdizionale di appello che ritenga di non condividere un principio di diritto di cui debba fare applicazione, già enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione dell'impugnazione».

sibili». Il Primo presidente della Corte di cassazione, ricevuti gli atti, se ritiene sussistenti i presupposti previsti dall'art. 363-bis c.p.c. per la proposizione del rinvio pregiudiziale, assegna la questione alle Sezioni unite o alle Sezioni semplici; in caso contrario, dichiara inammissibile la questione con decreto.

Tale recente istituto merita qualche riflessione aggiuntiva.

Secondo quanto sin qui detto, infatti, la norma sembrerebbe ascrivere allo stesso disegno di quelle precedenti: da un lato, tenta di rinforzare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione latamente intesa (ossia, non controllo sull'esatta osservanza della legge da parte del giudice, ma orientamento dei giudici che ancora si devono pronunciare), dall'altro lato, confida di deflazionare il contenzioso in Cassazione. In realtà, l'art. 363-bis c.p.c. fa qualcosa di più e di diverso.

Prevede infatti che l'enunciazione del principio di diritto abbia efficacia vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione, e, ove il processo si estingua, «anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti». Ciò significa che la decisione della Cassazione vincola anche i giudici dei gradi successivi di quel processo e quelli di un processo diverso chiamati a valutare la medesima domanda, ossia giudici che quella questione non hanno posto. Più precisamente, il principio di diritto non vincola soltanto il giudice che dispone il rinvio pregiudiziale, ma anche i giudici delle eventuali successive impugnazioni, compresa la stessa Corte di cassazione, se adita ai sensi dell'art. 360 c.p.c. (la quale, secondo parte della dottrina, non potrà aderire a un nuovo orientamento giurisprudenziale che si sia formato nel frattempo sul punto)²⁷. Il principio di diritto enunciato dalla Cassazione in sede pregiudiziale acquisisce così una “stabilità irreversibile”²⁸.

Inoltre, quello stesso principio ha efficacia “pan-processuale” e, quindi, non solo nel procedimento nel quale è stato disposto il rinvio pregiudiziale, ma anche nell'eventuale nuovo giudizio instaurato, a seguito dell'estin-

²⁷ G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021.

Da tenere in considerazione che la vincolatività del principio di diritto non esclude, tuttavia, che il giudice del rinvio possa ri-valutare fatti già accertati, così come indagare nuovi fatti nell'ambito del giudizio da cui è scaturito il rinvio, come evidenzia A. SCARPA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, in *Giustiziainsieme.it*, 2023.

²⁸ Salve alcune ipotesi limite, come, ad esempio, la dichiarazione di incostituzionalità della norma da applicare o, ancora, ipotesi di *ius superveniens*: sul punto, cfr. ancora, A. SCARPA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, cit.

zione del primo, con la riproposizione della stessa domanda nei confronti delle stesse parti²⁹.

Lo scopo del legislatore è evidente: se la Cassazione si pronuncia “in anticipo”, il principio di diritto così enunciato non può essere messo in discussione.

Tale corollario suscita, tuttavia, nel costituzionalista, qualche dubbio rispetto al principio di indipendenza funzionale del giudice, garantito agli artt. 101, comma 2, e 107, comma 4, Cost., il quale assicura che ciascun giudice, nell'esercizio della funzione giudiziaria, ossia nel condurre il processo e nel decidere i fascicoli che gli sono assegnati, non sia vincolato ad altra indicazione se non a quella che discende dalla legge, neppure se proveniente dall'interno dell'ordine giudiziario.

Sino ad oggi la Corte costituzionale si è occupata dell'effetto vincolante del principio di diritto nei confronti del giudice che ha emesso il provvedimento che è stato impugnato in Cassazione (sentt. n. 50/1970 e n. 375/1996). Secondo quanto prescrive l'art. 363-*bis* c.p.c., invece, la decisione della Cassazione è destinata a produrre effetti vincolanti anche in altri giudizi e, quindi, a limitare la libertà interpretativa di altri giudici (quelli chiamati a riesaminare in un grado successivo, o in un diverso giudizio, la medesima domanda). E dunque, forse salvo ritenere, con una interpretazione costituzionalmente conforme, che il vincolo si allenti almeno se cambia il quadro fattuale nel quale la decisione della Cassazione era maturata³⁰, si può dubitare che quest'ultima riforma sia rimasta entro i confini tracciati dai richiamati artt. 101, comma 2, e 107, comma 4, Cost.

Altre riforme recenti, diverse da quelle strettamente processualistiche, sembrano confermare il diffondersi della prospettiva giuridico-culturale indicata, ossia il tentativo del legislatore di recuperare certezza del diritto attraverso il consolidamento di orientamenti giurisprudenziali uniformi.

Si fa qui riferimento ad alcune modifiche alle norme di ordinamento giudiziario approvate di recente.

Ovviamente nessuna riserva (anzi) può essere opposta alle disposizioni volte a rafforzare gli uffici a supporto della Corte di cassazione, affinché

²⁹ Lo evidenzia G.T. LIUZZI, *La riforma della giustizia civile: il nuovo istituto del rinvio pregiudiziale*, in *Iudicium*, 2021. Sul punto, giova ricordarsi che l'estinzione del procedimento (artt. 306-307 c.p.c.) non estingue l'azione, che può essere riproposta in un nuovo processo (art. 310 c.p.c.).

³⁰ Sul punto, v. le diverse posizioni di A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione “soggettivamente complessa”*, in *Giur. it.*, 2023, p. 467 ss. e G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, cit.

contribuiscano all'assunzione di decisioni ben ponderate rispetto ai divergenti orientamenti giurisprudenziali. È per questa ragione che l'organico dell'Ufficio del massimario della Cassazione è rimasto invariato (sessanta-sette unità), mentre il disegno di legge AC 2681 di riforma dell'ordinamento giudiziario, presentato dall'allora Ministro della Giustizia Bonafede il 28 settembre 2020, voleva ridurlo a trentasette. L'Ufficio del Massimario svolge una funzione essenziale non solo per l'opera di massimazione delle singole decisioni selezionate (la quale – sia detto per inciso – dovrebbe sempre più estendersi alla descrizione sintetica della fattispecie concreta), ma anche perché esso individua la rete dei precedenti, costruendo un vero e proprio sistema, oggi esteso anche alla giurisprudenza sovranazionale.

Né problematico, se correttamente applicato, è quanto prescritto di recente all'art. 3 della l. n. 130/2022. Dopo aver previsto che presso la Corte di cassazione è istituita una sezione civile incaricata esclusivamente di decidere le controversie in materia tributaria, è stabilito che il Primo presidente adotti provvedimenti organizzativi adeguati al fine di stabilizzare gli orientamenti di legittimità e di agevolare la rapida definizione dei procedimenti pendenti presso la Corte di cassazione in materia tributaria, favorendo l'acquisizione di una specifica competenza da parte dei magistrati assegnati alla sezione. Ovviamente, un'interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe escludere che il Primo presidente possa adottare provvedimenti organizzativi capaci di incidere sulla garanzia del giudice naturale: non potrebbe cioè decidere di assegnare tutti i fascicoli in cui viene in rilievo la stessa questione giuridica al medesimo giudice così da assicurare uniformità. Essa, semmai, invita a valorizzare quella che Canzio ha definito *nomofilachia orizzontale*³¹, ossia la ricerca di orientamenti giurisprudenziali uniformi attraverso il confronto, in posizione "paritaria", tra giudici dello stesso ufficio.

Ciò, peraltro, interessa anche gli uffici di merito. E, infatti, l'art. 47-*quater* del r.d. n. 12/1941 da tempo assegna ai Presidenti di sezione il compito di curare «lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione». Durante queste riunioni di Sezione, debitamente verbalizzate, i giudici della Sezione si confrontano su nodi interpretativi recenti o rilevanti (ad esempio, quando sono approvate nuove disposizioni normative di interesse per le materie trattate o si creano orientamenti giurisprudenziale diffusi) al fine di convenire su una data interpretazione, pur sapendo, tuttavia, che poi ciascuno resta libero di adottare quella che ritiene corretta.

³¹ G. CANZIO, *Legalità penale, processi decisionali e nomofilachia*, cit., p. 7.

Ben più delicata è invece la scelta di misurare la professionalità dei magistrati attraverso l'accertamento della «sussistenza di gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento», nonché, in ogni caso, attraverso l'acquisizione, a campione, di «provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato in valutazione nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio» (art. 3, comma 1, lett. g, della legge n. 71/2022). L'obiettivo sembra quello di consentire di verificare la tenuta delle decisioni giudiziarie nei successivi gradi di giudizio, al fine di evitare che i giudici adottino soluzioni interpretative "eccentriche" che minino la prevedibilità della decisione e allunghino i tempi dei processi, nonché – con riferimento all'attività dei pubblici ministeri – la solidità degli impianti accusatori, per evitare che imputati siano sottoposti a lunghi processi giudiziari e poi, magari, siano assolti con formula piena (con spreco, in questa prospettiva, di tempo e risorse).

In attuazione di tale delega, l'art. 11, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 160/2006 come modificato dal d.lgs. n. 44/2024 precisa ora che la "capacità", «oltre che alla preparazione giuridica e al relativo grado di aggiornamento, è riferita, secondo le funzioni esercitate, al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, anche in relazione alla sussistenza di gravi anomalie concernenti l'esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio ovvero alla conduzione dell'udienza da parte di chi la dirige o la presiede». Secondo il nuovo articolato, «[p]ossono costituire indice di grave anomalia ... il rigetto delle richieste avanzate dal magistrato o la riforma e l'annullamento delle decisioni per abnormità, mancanza di motivazione, ignoranza o negligenza nell'applicazione della legge, travisamento manifesto del fatto, mancata valutazione di prove decisive, quando le ragioni del rigetto, della riforma o dell'annullamento sono in se stesse di particolare gravità ovvero quando il rigetto, la riforma o l'annullamento assumono carattere significativo rispetto al complesso degli affari definiti dal magistrato».

Tale formulazione è l'esito di un lungo processo di mediazione tra chi avrebbe voluto ancorare la grave anomalia al mero discostarsi dalla giurisprudenza maggioritaria o consolidata e chi, condivisibilmente, rilevava il rischio di illegittimità costituzionale di una disposizione di tale tenore, non solo rispetto alla libertà interpretativa del giudice (che – come detto – nel nostro ordinamento non è giuridicamente vincolato al rispetto dei precedenti della Corte di cassazione, se non nei casi specificamente indicati), ma forse anche del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., in quanto finisce per ridurre di molto le possibilità, per un avvocato, di vedere accolte soluzioni interpretative differenti da quelle ormai maggioritarie.

Il testo sopra ricordato comunque cambia, rispetto al passato, il parametro di valutazione.

In precedenza, infatti, il legislatore si limitava a riferire la “capacità” del magistrato al possesso delle tecniche di argomentazione e di indagine, «anche in relazione all’esito degli affari nelle successive fasi e nei gradi del procedimento e del giudizio», lasciando alla circolare attuativa del Consiglio superiore della magistratura la definizione di questo parametro. Ora, invece, è il legislatore a specificare che riforme e annullamenti nei gradi successivi rilevano sia nel caso in cui assumano «carattere significativo rispetto al complesso degli affari definiti dal magistrato», sia se risultano «in se stesse di particolare gravità» (ad esempio, si pensi al caso in cui un impianto accusatorio sia smentito dall’organo giudicante per mancata valutazione da parte della pubblica accusa di una prova decisiva).

Ma come misurare la grave anomalia?

Per valutare l’anomalia rispetto al complesso degli affari è necessario anzitutto avere dati statistici. Per questo, ora l’art. 10-*bis*, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 106/2006 dispone che nel neo istituito fascicolo per la valutazione del magistrato siano inseriti per ogni anno di attività anche «i dati statistici comparati relativi al lavoro svolto individuati ai sensi dell’articolo 11, comma 3, lett. b)». A sua volta, quest’ultima disposizione prevede che tali dati statistici siano raccolti in modo tale da documentare anche «l’esito delle richieste o dei provvedimenti resi nelle fasi e nei gradi successivi» (cfr. art. 11, comma 3, lett. b, n. 3). Non è ancora dato sapere come saranno raccolti questi dati. La disciplina è rimessa ad apposita delibera del Consiglio superiore, non ancora approvata.

Per individuare anomalie «in se stesse di particolare gravità», è invece necessario avere accesso ai provvedimenti redatti dal magistrato in valutazione. Secondo l’art. 10-*bis* del d.lgs. n. 160/2006 introdotto dal d.lgs. n. 44/2024, dovranno rientrare nel fascicolo per la valutazione del magistrato «gli atti e i provvedimenti redatti dal magistrato, i verbali delle udienze alle quali abbia partecipato e i provvedimenti relativi all’esito degli affari trattati nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio, scelti a campione sulla base di criteri oggettivi stabiliti dal Consiglio superiore della magistratura al termine di ciascun anno, in modo tale che il numero dei provvedimenti acquisiti sia idoneo a dare effettiva rappresentazione del lavoro del singolo magistrato per ogni anno in valutazione». Anche sotto questo aspetto, è necessario attendere la delibera attuativa del Consiglio.

Al di là delle questioni attuative di dettaglio che sono ora in discussione, ciò che qui si intende segnalare è il clima culturale che accomuna le diverse riforme qui ricordate. Da un lato, è certo importante che anche i ma-

gistrati, con senso di responsabilità, si facciano carico dell'esigenza di favorire la prevedibilità delle decisioni, dall'altro lato è opportuno non eccedere nel senso opposto: i giudici potrebbero infatti essere indotti a uniformarsi agli orientamenti prevalenti per non correre rischi sulla tenuta dei loro provvedimenti, evitando di cogliere la specificità del caso, evidenziato magari dalla difesa, oppure potrebbero essere scoraggiati dal proporre soluzioni interpretative nuove, che, invece, potrebbero poi da minoritarie divenire maggioritarie. Qualcuno ha parlato di rischi di una giurisprudenza "difensiva", in quanto disposizioni di questo tenore possono condurre a un conformismo giudiziario con ricadute anche sulla possibilità di vedere riformate decisioni che la difesa ritiene errate.

Resta poi da comprendere come sia possibile operare questa valutazione nei confronti dei pubblici ministeri: è corretto imputare la responsabilità dell'impianto accusatorio a singoli pubblici ministeri, se l'ufficio di procura è impersonale? oppure risponderà sempre il Procuratore della Repubblica?

Inoltre, pur comprendendo la problematica sottesa, ci si può chiedere se – nel quadro costituzionale e normativo vigente – sia coerente inserire una norma che valuta negativamente i pubblici ministeri se gli imputati vengono assolti. Se si aspira ad una maggiore terzietà del giudice, ossia ad un giudice che non ha timore di "smontare" l'impianto accusatorio, forse non è opportuno che questa terzietà finisca per ricadere negativamente sulla valutazione di professionalità di un collega, salvi, ovviamente, i casi davvero patologici che, però, dovrebbero essere già previamente individuati dal giudice delle indagini preliminari in occasione del rinvio a giudizio.

Da ultimo, non va trascurato che l'aspirazione alla prevedibilità della decisione giudiziaria, con l'obiettivo di recuperare certezza, può avere significative ricadute anche sul piano della responsabilità civile dei soggetti coinvolti, giudici, pubblici ministeri e avvocati.

Una questione particolarmente interessante fu rimessa, qualche anno fa, dalla Terza sezione civile della Corte di cassazione alle Sezioni Unite con ord. 18 maggio 2018, n. 12215. Nell'ambito di un giudizio per il risarcimento del danno avviato *ex l. n. 117/1988* (nel testo originario) nei confronti dello Stato per asseriti danni prodotti dall'esercizio della giurisdizione, la Terza Sezione, dopo aver rilevato come la decisione giudiziaria che si asseriva causativa del danno fosse stata assunta in totale contrasto con «principi di diritto costantemente ribaditi da oltre sessanta anni dalla Corte di legittimità» e con la «consolidata ed univoca interpretazione» delle norme applicabili, chiese alle Sezioni Unite qual è il discrimine tra attività di interpretazione (coperta, allora, dalla clausola di salvaguardia dell'in-

dipendenza funzionale del giudice) e inescusabilità della grave violazione di legge (fonte di responsabilità civile dello Stato) nel caso in cui la norma di diritto si asserisca violata in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali consolidati. Con la sent. 3 maggio 2019, n. 11747, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno escluso che il discostarsi dal precedente, pur autorevole, costituisca fonte di responsabilità civile, ma hanno evidenziato la necessità che il giudice motivi adeguatamente al fine di dimostrare la consapevolezza della propria scelta. Essa ha cercato così di coniugare ragionevolmente la libertà interpretativa del singolo giudice anche rispetto ad orientamenti consolidati con la “capacità” che, soprattutto in queste ipotesi, deve essere dimostrata.

Da ultimo, non può sottacersi il rischio che sia adombrata persino la responsabilità civile dell’avvocato che perda la causa intentata sulla base di un plausibile, ma minoritario, orientamento giurisprudenziale, poi non seguito dal giudice proprio perché l’interpretazione proposta era isolata³².

4. Conclusioni

In conclusione, oggi il legislatore, primo responsabile dell’incertezza del diritto, sembra aver preso atto della propria incapacità di assicurare un ordinamento giuridico chiaro e coerente e cerca di recuperare certezza inducendo la giurisprudizione a incanalarsi verso percorsi giurisprudenziali coerenti, magari anche “lontani” dalla lettera della legge, ma almeno prevedibili.

L’obiettivo è perseguito – come visto – con strumenti e istituti differenti, alcuni dei quali meritano una attenta riflessione: un conto, infatti, è favorire, “dentro” la Corte di cassazione, il consolidamento di orientamenti giurisprudenziali uniformi, un conto è pretendere che i giudici tengano conto di tali orientamenti e vi si confrontino adeguatamente in motivazione, soprattutto se se ne discostano, altro è imporre *de facto* ai giudici – anche con misure di natura ordinamentale – di adeguarvisi.

Detto altrimenti: del ruolo (eccessivamente) ampio assunto dalla giurisprudizione e della propria incapacità di contenerlo, il legislatore sembra consapevole e tenta ora di assicurare certezza ai cittadini provando a dare coerenza alla giurisprudenza.

Di questo clima giuridico-culturale anche la Corte costituzionale sembra essere stata condizionata. In passato, essa richiamava il valore della cer-

³² Come avvenuto di recente: v. Trib. Milano, I sezione civile, 19 dicembre 2022.

tezza del diritto solo nelle decisioni con cui annullava norme pretesamente di interpretazione autentica, ma, in realtà, retroattive e produttive di incertezza, sul presupposto che fosse il legislatore a causare in questo modo incertezza³³. La Corte richiamò, poi, l'esigenza di certezza quando dichiarò l'incostituzionalità della prassi della reiterazione del decreto-legge, in quanto una fonte provvisoria veniva "di fatto" stabilizzata (sent. n. 360/1996). Ancora oggi, invero, la Corte costituzionale chiede al legislatore di assicurare certezza, richiamandolo a garantire una maggiore stabilità del quadro normativo (tutela dell'affidamento) e a utilizzare tecniche di redazione delle leggi funzionali alla chiarezza, e quindi alla certezza, del diritto³⁴.

Tuttavia, di recente essa ha mostrato di preoccuparsi anche dell'incertezza giurisprudenziale e, pur ammettendo, e talvolta pretendendo dal legislatore, soprattutto in materia penale, che al giudice sia assicurata discrezionalità per calibrare la decisione sul caso concreto, cerca di favorire il consolidarsi di orientamenti giurisprudenziali stabili, valorizzando il ruolo nomofilattico dei vertici funzionali delle magistrature, qualificando diritto vivente solo l'interpretazione espressa da queste ultime e prendendo il diritto vivente come "dato" senza più metterlo in discussione³⁵.

L'interrogativo che però resta – toccando il cuore della questione – è fino a dove possiamo spingerci a recuperare "certezza" agendo solo sul modo in cui è esercitata la funzione giudiziaria (giudicante e requirente) o, detto diversamente, qual è il prezzo che rischiamo di pagare ricorrendo a tale strategia.

Con ciò, ovviamente, come già accennato, non si vuole certo trascurare l'importanza che i magistrati si facciano carico delle esigenze di prevedibi-

³³ Nella giurisprudenza sulle leggi di interpretazione autentica, si trovano affermazioni solo apparentemente contrastanti: se davvero di interpretazioni autentica, la Corte osserva che esse risolvono l'incertezza del diritto e garantiscono l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge (sent. n. 15/2012); se, invece, sono solo pretesamente di interpretazione autentica, ma, in realtà, retroattive o provvedimentali, esse – secondo la Corte – minano la certezza, in quanto vanno ad incidere su un orientamento giurisprudenziale consolidato su cui si faceva ormai affidamento (sentt. n. 61 e n. 104/2022).

³⁴ Cfr. sul punto soprattutto Corte cost., sent. n. 110/2023, ma anche, in precedenza, sentt. n. 25/2019; n. 70/2013; n. 34/1995; n. 185/1992; n. 96/1981; n. 177/1980. Cfr. A.G. ARABIA, *La legge oscura. Come e perché è incostituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2024, pp. 152-166, ma, prima ancora, M. ANIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza, 1997, pp. 1-232.

³⁵ Sia consentito rinviare su questo specifico aspetto a F. BIONDI, *Un recupero (quasi totale) della dottrina del diritto vivente. La Corte e la certezza del diritto*, in corso di pubblicazione su *Giurisprudenza costituzionale*.

lità della decisione, per le ricadute che l'incertezza produce soprattutto sull'eguaglianza dei cittadini. Non è pensabile che il magistrato eserciti la propria funzione pensando di poter personalizzare la risposta giudiziaria³⁶. Il confronto interno agli uffici e la formazione dovrebbero giocare un ruolo importante nel responsabilizzare i magistrati a questa esigenza.

Quando però si interviene sul sistema processuale e su quello ordinamentale, è opportuno ricordare che l'aspirazione alla certezza del diritto non può comprimere il principio di indipendenza funzionale del magistrato e il diritto di difesa. Garantire certezza del diritto, infatti, resta anzitutto un dovere del legislatore che deve assicurare un quadro normativo chiaro e stabile e non può, abdicando al proprio ruolo, far poi ricadere tale esigenza su spalle altrui.

³⁶ Si richiama qui un'espressione contenuta in uno scritto di V. Zagrebelsky, il quale affronta il tema della certezza del diritto e dell'indipendenza funzionale del giudice muovendo da una prospettiva culturale equilibrata e rispettosa di tutti i principi costituzionali in gioco. Cfr. V. ZAGREBELSKY, *Dalla varietà delle opinioni all'unità della giurisprudenza*, in *Cassazione penale*, 1988, pp. 1576-1577.

GIANROBERTO VILLA

LA PROVA NELLE CONTROVERSIE TRA PRIVATI TRA CELERITÀ DEL PROCESSO E ACCURATEZZA DELLA DECISIONE

1. *“Efficienza interna” ed “efficienza esterna” delle regole sulle prove*

Il tema delle prove¹ è inevitabilmente coinvolto nella riflessione, oggetto di questo convegno, sul bilanciamento tra le garanzie assicurate alle parti e l'efficienza del processo; si tratta di un argomento che riguarda da vicino il procedimento civile, per il quale è facile rilevare come vi sia un rapporto inversamente proporzionale tra brevità dell'istruttoria e conseguente celerità del processo, da una parte, e correttezza della decisione, favorita dalla completezza dell'indagine sui fatti della causa, dall'altra.

La questione può essere affrontata osservandola da due diversi punti di vista, che proporrei di definire rispettivamente come il punto di vista della “efficienza interna” del regime delle prove civili e quello della sua “efficienza esterna”.

Utilizzerò il termine “efficienza interna” per riferirmi alle regole sulle prove che abbiano come effetto quello di accelerare il processo, e quindi rendere questo, appunto, più efficiente; impiegherò invece il termine “efficienza esterna” per identificare gli effetti che una scelta a favore della celerità della decisione a scapito della sua accuratezza, o viceversa, possa produrre sul sistema economico e sociale nel suo complesso.

¹ Sul regime delle prove nell'ordinamento civile italiano, v. per tutti S. PATTI, *Le prove*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2021.

2. *La prova come fonte di informazione nell'incertezza e il rischio delle decisioni errate*

Per trattare la questione secondo la prima accezione di efficienza occorre muovere dalla premessa che ogni regola sulle prove interviene in una situazione in cui è necessario operare scelte in condizioni di incertezza e si debbono produrre informazioni, destinate al giudice, capaci di superarla²; le prove sono strumenti regolati dalla legge con la finalità di trasmettere o produrre un particolare bene immateriale, l'informazione appunto, di cui il soggetto chiamato a risolvere la lite si avvale per rendere una decisione tra le parti. Come ogni bene di genere analogo, l'informazione può richiedere, per la sua produzione o per la sua trasmissione, investimenti e dunque generare costi; si tratta di costi del più vario genere, che possono andare da quello trascurabile di depositare un documento, a quello più rilevante del tempo impiegato per assumere testimonianze, a quello a volte ingente di un'indagine tecnica³.

Il contraltare di questi costi e di queste complessità è il fatto che il permanere dell'incertezza nello svolgimento dei fatti rappresenta a sua volta un costo, rappresentato dal rischio di rendere una decisione sbagliata⁴; si tratta di un costo anche strettamente economico, se l'incertezza porta a soluzioni che penalizzano la parte che invece aveva ragione e fa raggiungere risultati che alterano i corretti incentivi a tenere comportamenti virtuosi o i corretti disincentivi ad evitare condotte dannose, e più in generale di un costo in termini sociali, se l'esito del processo è percepito come ingiusto dalla collettività.

²R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, London, 1988, p. 499 ss.; S. SHAVELL, *Optimal Sanctions and the Legal Incentive to Provide Evidence to Legal Tribunals*, in *International Review of Law and Economics*, 1989, p. 3; per un esame delle spiegazioni delle regole sull'onere della prova alla luce delle teorie delle decisioni in condizioni di incertezza, C.W. SANCHIRICO, *The Burden of Proof in Civil Litigation: A Simple Model of Mechanism Design*, in *International Review of Law and Economics*, 1997, p. 43 ss.; per un'applicazione al settore particolare delle responsabilità per danno ambientale, S. PANTHER, *Zivilrecht und Umweltschutz*, in C. OTT-H.B. SCHÄFER, *Ökonomische Probleme des Zivilrechts*, Heidelberg, 1991, p. 274 ss., spec. p. 284 ss.

³Ai fini di questo discorso, può essere trascurato il fatto che propriamente, nel processo civile, la consulenza tecnica d'ufficio non è qualificabile come mezzo di prova, perché il giudice se ne può avvalere d'ufficio; il tema di fondo è infatti quello di verificare se l'assunzione di fonti di conoscenza da parte del giudice può essere omessa o semplificata grazie a regole che precludano l'istruttoria o la rendano inutile per la presenza di scelte legislative o interpretative che fissano presunzioni o ripartiscono gli oneri probatori.

⁴R. POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, in *Journal of Legal Studies*, 1973, p. 402 ss.

Nonostante questi effetti negativi, la realtà dei fatti ci fa rilevare che siamo talora disposti a rinunciare in parte alla correttezza – o alla “giustizia” – della decisione, come appare chiaro da molteplici norme; basti pensare a quelle che disciplinano l’onere della prova, o a quelle che dettano presunzioni, che talvolta sono addirittura assolute, o a quelle che impongono restrizioni ai mezzi istruttori utilizzabili – solo prove scritte, o eccezionalmente solo il giuramento (art. 2960 c.c.) –, per non parlare delle disposizioni volte a scandire i tempi del processo attraverso l’inserimento di decadenze e preclusioni istruttorie, nelle quali è anteposto il valore del celere andamento della causa al completo esame dei fatti.

È dunque chiaro che l’obiettivo di superare l’incertezza non è perseguito in assoluto, perché esigenze pratiche richiedono semplificazioni. Accade così che la stessa regola posta a fondamento del sistema delle prove e che impone sull’attore l’onere di dimostrare il fondamento della sua pretesa accetti il rischio di una decisione sbagliata; l’attore che non riesca a provare le proprie ragioni non ottiene quanto richiesto, ma il convenuto favorito dalla regola non è necessariamente innocente. Ciò nonostante, nel dubbio si agevola quest’ultimo e, con una scelta preliminare, si ritiene preferibile deludere la parte che ha introdotto la causa piuttosto che condannare, forse ingiustamente, chi si difende⁵.

Perché consideriamo accettabile una situazione del genere? Vi sono considerazioni connesse a quella che ho definito prima “efficienza esterna” che supportano una scelta di questo genere e quindi la propensione a tollerare che nel singolo caso una decisione possa essere sbagliata; su queste torneremo più avanti.

3. *Il rapporto tra prove civili ed “efficienza interna” del processo*

Ora vediamo quali aspetti dell’efficienza “interna” conducono ad ammettere semplificazioni che agiscono in controtendenza rispetto all’aspirazione a produrre decisioni che si avvicinino il più possibile ad una soluzione corretta.

Per non appesantire oltremodo il discorso analizzando tutti i casi in cui

⁵ Il che non consente di ricondurre tale atteggiamento alle regole di decisione in condizioni di incertezza: cfr. C.W. SANCHIRICO, *Burden of Proof*, cit., p. 436: «Reflecting back on the four existing interpretations of the burden of proof, we see that each attempts to find the burden of proof solely within the theory of decision making; ... and that none provides an explanation for why the threshold should be so raised to favour one party over the other».

la semplificazione dell'istruttoria amplia la possibilità dell'errore, limitiamo al momento il discorso alla regola cardine relativa alla distribuzione dell'onere della prova tra le parti.

Si afferma⁶ al riguardo che le regole sulle prove sono destinate a disciplinare nel modo più economico la trasmissione di informazioni al giudice, pur non essendo né possibile, né consigliabile disgiungere questo obiettivo dalla concorrente aspirazione ad eliminare gli errori; per tale ragione, l'onere della prova deve essere esaminato anche tenendo conto della probabilità che, data una situazione nota, le affermazioni della parte circa il ricorrere del fatto da provare corrispondano al vero.

Dunque, far gravare l'onere della prova sulla parte che è in possesso delle informazioni rilevanti significa indurre costei a portare a conoscenza del giudice ogni notizia utile a far valere le proprie ragioni; se ciò non accade, presumibilmente significa che i fatti idonei a supportare la sua versione non sussistono o addirittura che la comunicazione delle informazioni finirebbe per rivelarsi dannosa per quella stessa parte.

Da altro lato, imporre di provare la circostanza più rara significa ridurre gli errori di giudizio, perché l'evento noto è più frequentemente accompagnato da un fatto diverso da quello oggetto di prova; con ciò, la mancata dimostrazione dell'evento insolito coincide con maggiore probabilità col fatto che esso non si è verificato e quindi la decisione fondata esclusivamente sul mancato assolvimento dell'onere probatorio corrisponde tendenzialmente ad una decisione corretta.

Quest'ultima considerazione illustra la ragione della regola che normalmente opera imponendo all'attore l'onere di dimostrare il fondamento delle proprie ragioni: nella generalità dei casi, il costo per produrre informazioni e per farle avere al giudice relativamente ad una vicenda che ha coinvolto sia l'attore, sia il convenuto, non è significativamente diverso per l'uno o per l'altro; diviene così decisiva la maggiore o minore probabilità di un fatto rispetto al fatto opposto. Così, di fronte a un danno rinvenuto su un'auto parcheggiata lungo la strada, è assai scarsa la probabilità che sia stato proprio il convenuto a provocare il danno, e non un'altra delle migliaia di vetture che transitano quotidianamente per quella via. Si comprende allora perché generalmente è l'attore a dover provare gli elementi costitutivi della propria pretesa; in un caso come quello appena ipotizzato, se l'onere non è assolto, la sentenza di rigetto che si basi sulla mancanza di prova probabilmente corrisponde al reale andamento delle cose.

⁶B.L. HAY, K.E. SPIER, *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, in *Journal of Legal Studies*, 1997, p. 428.

Una simile distribuzione non opera però sempre, soprattutto con riguardo ad alcuni elementi di fattispecie complesse; a giustificare l'inversione degli oneri intervengono cambiamenti nel costo o nella probabilità. L'analisi economica spiega dunque che l'onere della prova deve cadere sulla parte per la quale il prodotto tra le probabilità del fatto affermato e il costo per provarlo è più basso⁷.

Ciò giustifica la regola, in apparenza controintuitiva (e dissonante rispetto all'idea per cui l'attore deve dimostrare i fatti costitutivi della pretesa), secondo la quale il creditore può limitarsi a provare l'esistenza del titolo da cui è nato il credito, e non altre circostanze, per ottenere la condanna del debitore ad adempiere. In realtà, una volta provato il titolo, il giudice dispone del dato noto costituito dal fatto che un credito è venuto in essere, mentre vi è un evento da conoscere – e cioè che il debitore è ancora tale perché il credito non è stato pagato –, la cui probabilità è generalmente inferiore alla probabilità che la parte obbligata abbia adempiuto regolarmente. La circostanza che i debiti vengono di solito onorati e piuttosto raramente il creditore è costretto a ricorrere al giudice per ottenere il pagamento⁸ è

⁷La formalizzazione completa del procedimento può essere rilevata in B.L. HAY, K.E. SPIER, *op. cit.*, p. 418 ss.

Preme avvertire che l'impiego di queste formule nel presente lavoro vuole avere la sola funzione di illustrare la ragione generale per cui si adotta una certa disciplina dell'onere della prova, senza che ciò implichi l'adesione incondizionata ad una idea della valutazione delle prove in termini puramente quantitativi e statistici.

A tale riguardo, è bene conservare una posizione di cautela, anche perché nel caso concreto i dati statistici necessari per valutare le prove in termini strettamente quantitativi possono non esistere e le considerazioni in termini di probabilità finiscono per essere sostituite da considerazioni di senso comune; cfr. al riguardo l'analisi di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Tratt. dir. civ. comm. Cicu-Messineo*, Milano, 1992, p. 168 ss.; v. inoltre, ID., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

È noto l'esempio proposto da L.J. COHEN, *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977, p. 75 al fine di dimostrare la differenza tra il ragionamento puramente probabilistico e quello in concreto impiegato dal giudice, esempio denominato *Gate Crasher's Paradox*. Ad un concerto organizzato in una sala da 1.000 posti accedono 400 persone munite di regolare biglietto; altre 600 persone sfondano i cancelli ed occupano i residui posti senza pagare. Per evitare più gravi inconvenienti, gli organizzatori fanno procedere lo spettacolo, ma, dopo qualche tempo, sulla base di fotografie scattate quella sera, individuano 100 degli spettatori presenti. Supponendo che nessuno abbia conservato il tagliando di ingresso, ciascuno di loro fa parte degli abusivi con una probabilità del 60%, e quindi v'è maggiore probabilità che il prezzo sia ancora dovuto. Chi decidesse secondo razionalità in condizioni di incertezza dovrebbe seguire l'opzione più probabile e dunque ritenere responsabili i 100 spettatori; ma un canone di decisione del genere non troverebbe ascolto presso i giudici. Sul punto cfr. anche R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, cit., p. 501.

⁸V. per analoghe considerazioni S. PATTI, *Delle prove*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2015, p. 170 s.

osservabile empiricamente: ogni bilancio di società fa emergere una frazione modesta di crediti a rischio di inesigibilità, segno evidente che statisticamente la condotta ampiamente prevalente è quella della soddisfazione del creditore e non l'inadempimento.

Ciò nonostante, l'imposizione dell'onere della prova a carico del debitore soddisfa criteri di razionalità; il debitore produce spontaneamente informazioni rilevanti sul proprio adempimento e lo fa prescindendo dalla prospettiva di un futuro giudizio, dal momento che egli è comunque tenuto ad emettere documenti fiscali o a registrare le uscite nella propria contabilità o, ancora, a scambiare con i vettori la documentazione necessaria al trasporto; in altri casi, sarà la sua banca a fornirgli attestazioni riguardanti i pagamenti, e così via. Ciò implica che il costo di formare la prova di aver pagato tende usualmente a zero, giacché l'informazione rilevante già esiste presso il debitore, indipendentemente dalle necessità derivanti da una ipotetica lite futura; dunque, il prodotto ottenuto moltiplicando il costo aggiuntivo nullo della prova per la probabilità dell'evento da provare conduce a zero, qualunque sia il grado di tale probabilità, e determina così le condizioni perché sia il debitore convenuto a dover offrire la prova di avere adempiuto.

Questo conferma che la soluzione generale adottata dalla giurisprudenza, e argomentata ricorrendo al principio di vicinanza alla prova, è generalmente corretta, almeno sinché si discute di un inadempimento integrale⁹; il caso dell'adempimento inesatto deve invece condurre a soluzioni assai più articolate, che tuttavia, per economia del discorso, non possono essere illustrate qui¹⁰ e saranno tralasciate.

Ciò che invece rileva in questa sede è che un bilanciamento analogo tra il rischio dell'errore e il costo dell'istruttoria interessa (o dovrebbe interessare) secondo un medesimo schema concettuale tutte le scelte operate in tema di prova, soprattutto se nei costi si considerano gli oneri economici del processo in sé, con il relativo impiego di risorse pubbliche e con l'incidenza che ciascuna causa pendente in più esercita su tutte le altre contemporaneamente pendenti, determinando il loro rallentamento complessivo.

⁹ Queste considerazioni possono estendersi alla prova della tempestività dell'adempimento, dal momento che l'informazione sull'avvenuto pagamento include normalmente anche l'informazione sul momento in cui esso è stato eseguito.

¹⁰ In argomento mi permetto di rinviare alle riflessioni da me esposte in G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 707, e in *Id.*, *L'onere di provare il vizio della cosa venduta: un'occasione per una nuova meditazione sulla prova dell'inadempimento*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 750.

Quando si discute di *ragionevole* durata del processo, si dovrebbe trattare esattamente di questo tema, e cioè della ricerca di un *trade-off* efficiente tra l'impiego di risorse della collettività per ricercare una soluzione possibilmente corretta o, invece, il risparmio di queste risorse grazie alla semplificazione e alla maggiore celerità, pur con sacrificio della qualità del prodotto finale costituito dalla decisione del giudice.

Il problema che emerge con una certa evidenza è che il bilanciamento tra questi elementi non sembra essere particolarmente valutato nelle reiterate innovazioni legislative miranti all'accelerazione del procedimento, nelle quali la preoccupazione pare essere concentrata su una riduzione statistica del periodo in cui avviene il contatto tra le parti e il giudice, come apparente rimedio all'eccessiva durata del contenzioso (quasi che non fosse tale tutta la fase intercorrente tra l'atto introduttivo e la celebrazione dell'udienza di trattazione). Dunque, una politica legislativa che abbia come principale obiettivo il taglio dei tempi e dell'ampiezza dell'istruttoria, raggiunta aggiungendo alle preclusioni istruttorie altri strumenti di difficile definizione, come il principio di non contestazione o il ricorso ai fatti notori, si colloca in una prospettiva unilaterale e pone in secondo piano l'idea di efficienza in termini di compressione dei costi dell'errore giudiziario.

4. *"Efficienza esterna" ed effetti del regime della prova su incentivi e disincentivi alle condotte*

Veniamo ora al tema della "efficienza esterna", ovvero alla questione degli effetti che le regole sulle prove possono avere sui comportamenti dei consociati nella loro generalità.

In questo discorso muoverò da un'osservazione in apparenza distante dai temi qui in esame, ma utile a fondare uno schema di ragionamento generale.

A partire dagli studi di Gary Becker¹¹, è un dato ampiamente accettato che vi sia una relazione diretta tra l'influenza che la legge esercita sui comportamenti umani e la probabilità che la sanzione prevista per il trasgressore sia effettivamente applicata. Così, se il trasgressore ottiene dalla violazione un vantaggio di 10, un corretto disincentivo imposto dalla legge potrebbe consistere nell'applicare una sanzione pecuniaria di 11, perché non

¹¹ G.S. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169.

vi sarebbe convenienza a tenere la condotta vietata se il risultato fosse quello di peggiorare, in questo esempio di 1, la situazione di partenza. Tuttavia questo livello di sanzione presuppone che la trasgressione sia effettivamente scoperta e perseguita nel 100% dei casi; circostanza che, per comune esperienza, non si verifica, perché i costi necessari ad un controllo così capillare sono insostenibili (e di solito politicamente inaccettabili).

Quindi, la scelta degli ordinamenti è generalmente quella di incrementare il livello della sanzione, così da raggiungere una soglia del rischio imposto ai trasgressori (e quindi un costo) che tenga conto della probabilità, inferiore ad 1, di applicazione della sanzione; immaginando quindi che solo il 10% dei responsabili venga scoperto e sanzionato, sarebbe necessario elevare l'ammontare della sanzione a 110, in quanto moltiplicando tale importo per la probabilità (0,1) si arriverebbe al risultato di 11, idoneo a rendere non conveniente la trasgressione¹².

È implicito, peraltro, che possa essere adottata una strategia alternativa, ovvero quella di elevare il più possibile la percentuale di casi in cui la sanzione è effettivamente applicata¹³.

Questa seconda strategia può essere pensata anche con riferimento ad un processo, a cui consegua l'attivazione della reazione prevista per la violazione che si intende perseguire. In questo contesto, essa può percorrere la strada di semplificare il procedimento ed agevolare la posizione di chi agisce o accusa, così da incrementare il numero di decisioni che giungono ad innescare la reazione prevista dalla legge contro il comportamento che ha contravvenuto alle regole.

È tuttavia ovvio che una simile scelta si confronta con il problema dei costi che gli errori giudiziari provocano alla collettività, che non necessariamente sono ritenuti tollerabili: ad esempio, la regola che richiede al pubblico ministero di provare rigorosamente la responsabilità dell'imputato tende a far sì che tutti gli innocenti vengano assolti, anche se talvolta l'assoluzione viene accordata anche a chi non la merita. Dietro questa scelta v'è, oltre ad intuibili ragioni di tutela della libertà personale, la considerazione per cui la collettività è meglio in grado di assorbire i costi dell'assoluzione del colpevole rispetto al malcapitato innocente che, con-

¹² L'esempio presuppone di trovarsi di fronte soggetti che hanno un atteggiamento di neutralità al rischio; per soggetti avversi al rischio, potrebbe bastare un livello di sanzione inferiore, mentre il contrario dovrebbe dirsi per soggetti propensi al rischio.

¹³ Si può pensare anche ad una strategia che combini le due soluzioni; questo approccio può essere trascurato nel discorso svolto nel testo, mirante ad illustrare semplicemente uno schema astratto di ragionamento da applicare al tema delle prove nel processo civile.

dannato ingiustamente, potrebbe risentire di un danno insostenibile e di una disorganizzazione, di vita ed economica, devastante¹⁴.

Per contro, il sistema ritiene tollerabile il costo della condanna ingiustificata nel contesto della responsabilità contrattuale; l'affermazione per cui è il debitore a dover dimostrare di avere adempiuto enuncia una regola che, applicata a un'obbligazione isolatamente considerata, porta al risultato di tutelare comunque il creditore, anche a costo di condannare l'obligato incauto che non abbia pensato di procurarsi la prova di aver già eseguito; il che, tradotto sul piano degli effetti esterni al processo, vuol dire rafforzare le pretese del creditore (e la tutela del credito) perché la responsabilità del debitore sarà riconosciuta (anzi, talora potrà anche esserlo a sproposito).

Quando dunque si ritiene desiderabile influenzare le condotte esterne al processo civile, è possibile intervenire lungo due direzioni, se del caso complementari tra loro; si può decidere di inasprire la reazione contro il trasgressore – e così, nel diritto civile, si invocano risarcimenti punitivi, si applicano alti tassi di interesse, si adottano forfetizzazioni del danno in misura elevata –, oppure si può mirare ad avvicinare al 100% la percentuale di casi in cui si la parte che si assume lesa ottiene ragione.

Un sistema che adotti una scelta che supporta una parte nell'ottenimento di una condanna semplificando a suo vantaggio il regime della prova – grazie a presunzioni, non contestazioni, inversioni dell'onere probatorio – introduce una misura a favore della tutela della sua posizione; il che incrementa il rischio di una decisione sbagliata, ma non è detto che l'errore abbia un costo sociale maggiore del beneficio, se nel complesso consente di incrementare la pressione verso una più efficiente riduzione di condotte dannose o gli incentivi a favore di comportamenti utili.

Detto ciò, è necessario tenere conto, in questo discorso, degli effetti che la decisione sbagliata può generare sul sistema sia quando si semplifica il regime della prova, sia quando lo si rende più gravoso.

Una semplificazione del regime della prova potrebbe essere percepito come un risultato apprezzabile per la tutela di certi interessi ritenuti meri-

¹⁴ Senza contare, inoltre, che anche i meccanismi diretti ad applicare la pena determinano costi a carico della collettività, soprattutto con riguardo alle misure detentive; pertanto, quanto più una sanzione è costosa, tanto più dovrebbe essere applicata a situazioni in cui il grado di certezza della responsabilità è elevato: cfr., per la considerazione del costo sociale della sanzione, A.M. POLINSKY, S. SHAPELL, *The Optimal Use of Fines and Imprisonment*, in *Journal of Public Economics*, 1984, p. 89 ss.; per una illustrazione del tema della deterrenza della sanzione penale e dei suoi impatti in termini di costi e benefici, R. MARSELLI, M. VANNINI, *Economia della criminalità. Delitto e castigo come scelta razionale*, Torino, 1999, spec. p. 82 ss.

tevoli di maggior protezione (ad esempio, per la protezione del diritto alla salute), ma non è detto che si realizzi necessariamente un vantaggio complessivo. Quando la giurisprudenza civile afferma che la prova del nesso di causalità tra la condotta e il danno è raggiungibile grazie alla regola del “più probabile che non”¹⁵, compie una scelta che, nella responsabilità extracontrattuale, interviene su una situazione in cui ogni incremento della responsabilità coincide con una compressione della libertà di movimento della parte che si vuole considerare responsabile, con una scelta di campo, la cui efficienza è tutta da valutare.

Sul lato opposto, relativo alla limitazione dell’accesso alla prova, si deve ritornare ad un’osservazione già svolta sopra: quando si comprime, sul piano processuale, l’attività istruttoria in nome dell’efficienza del processo in sé stessa (in nome cioè di ciò che abbiamo definito “efficienza interna”), si dà per scontato che il valore della celerità delle cause abbia un carattere assoluto, mettendo in secondo piano che il processo stesso non è che uno strumento volto ad applicare bilanciamenti di interessi che si muovono su uno scenario ben più ampio della vita associata.

Sarebbe dunque auspicabile che la valutazione dell’efficienza (o dell’inefficienza) esterna delle regole sulle prove e del loro impatto sulla correttezza della decisione non sia mai trascurata, al contrario di quanto oggi sembra di dover constatare.

¹⁵ Da ultimo Cass., 5 marzo 2024, n. 5922; Cass., 7 novembre 2023, n. 30992.

FILIPPO DANOVI

EFFICIENZA ED EFFETTIVITÀ NELLA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE: VALORI INDIPENDENTI O “COMPLANARI”? GLI OBIETTIVI GENERALI, LA GIUSTIZIA COMPLEMENTARE E LA “NUOVA” GIUSTIZIA FAMILIARE E MINORILE

1. *Il processo civile e la tutela dei diritti*

Seguendo la linea metodologica scelta per questo Convegno, volutamente multidisciplinare e interdisciplinare e ispirato dunque a mettere a confronto i molteplici settori del diritto (e le loro relative anime, non sempre del tutto sovrapponibili o convergenti), è necessario soffermarsi anche sull'area del diritto processuale civile.

Il diritto processuale, in effetti, rappresenta il terreno forse di elezione in cui l'ideale di giustizia affonda le sue radici e altresì uno dei settori in cui più facilmente si avverte la tensione (e il possibile contrasto) tra i due valori dell'efficienza e delle garanzie. Questo perché la funzione del processo è storicamente quella di salvaguardare i diritti e le altre situazioni sostanziali lesi o minacciati¹, ed è dunque primariamente una funzione sussidiaria e strumentale².

¹ Come chiarisce l'art. 2907 c.c., fondamentale norma di riferimento dell'ordinamento processuale, la funzione dell'attività giurisdizionale è prima di tutto proprio quella della “tutela dei diritti”.

² È tradizionale l'affermazione per la quale il processo e le norme che formalmente lo regolano hanno un ruolo secondario, funzionale e strumentale al rispetto di un già codificato tessuto normativo (e più in generale sistema) di ordine e natura sostanziale. In questo senso cfr. *ex plurimis* ad es. F.P. LUIO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, 9ª ed., Milano, 2017, p. 3; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile, I, Nozioni introduttive e disposizioni generali*, 25ª ed., Torino, 2016, p. 4 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. e giur.*, 1978, p. 1 ss. (laddove pone l'accento sulla strumentalità

Di qui la correlata esigenza di poter disporre di uno strumento idoneo a tutelare il diritto nel modo più efficace possibile, senza tuttavia rinunciare al rispetto di quei valori ai quali – per poter aspirare a essere qualificato “giusto” secondo i dettami scolpiti nell’art. 111 Cost.³ – deve essere ispirato il processo stesso, e che non a caso hanno trasformato nel tempo la materia anche sotto il profilo nominalistico, con l’abbandono dell’espressione *procedura civile* (si licet più “fredda”, in quanto focalizzata sul mero dato tecnico e formale) a favore del sintagma *diritto processuale civile*, di ben più ampio respiro e volto a porre l’accento sui profili valoriali e di sistema⁴.

del processo e sulla necessità che questo assicuri la più ampia tutela del diritto sostanziale, con riferimento a ogni singola “categoria” di quest’ultimo).

Ciò non significa, tuttavia, che il diritto processuale si riduca a essere un mezzo dotato di mera funzione vicaria, volto a realizzare il solo fine della tutela di istituti presenti e preesistenti nel tessuto del diritto positivo sostanziale, poiché l’idea che il processo consista e si consumi nella sola funzione di salvaguardare i diritti non tiene in debito conto la diversa e fondamentale capacità trasformativa che pure alla disciplina processuale si accompagna. È invero proprio per mezzo della particolare fisionomia dei modelli processuali che i sottostanti diritti finiscono per subire una trasformazione; e in questa prospettiva, dunque, attraverso le sue concrete forme e tipologie di estrinsecazione, il processo arriva a incidere se non già sull’esistenza, quanto meno sulle forme e sulle modalità espressive delle situazioni soggettive sostanziali che lo stesso è chiamato a salvaguardare, di fatto modificandone (spesso in senso rafforzativo) i caratteri. Gli esempi possono essere numerosi: si pensi in particolare alla vasta area dei diritti della personalità (al nome, all’immagine, ecc.) che sono sempre esistiti e *ab antiquo* disciplinati, ma che hanno reperito per la prima volta soltanto con il codice del 1940 una particolare forma di tutela di tipo anche inibitorio, per impedire il replicarsi *de futuro* di violazioni e comportamenti illegittimi volti a pregiudicarne il libero e corretto esercizio da parte dell’effettivo titolare.

³Sull’art. 111 Cost. e sulla nozione di “giusto processo” la letteratura giuridica è sconfinata. Per alcuni contributi ormai classici v. ad es. S. CHIARLONI, *Il nuovo art. 111 Cost e il processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 4 ss.; G. COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e “il giusto processo civile”*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 255 ss.; N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materiale civile: profili generali*, in B. CAPPONI, V. VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile*, 2002, pp. 29-30; M. CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, App., V, 2001, p. 595 ss.; G. TARZIA, *L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 2 ss.; V. DENTI, *Commento all’art. 111*, in *Commentario della Costituzione* (artt. 111-113), a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 8 ss.

⁴Su questo processo di trasformazione, non soltanto lessicale ma altresì concettuale, v. S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 28 ss.; e poi in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 100 ss.; E. FAZZALARI, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, p. 287 ss.; F. CIPRIANI, *Il «Diritto processuale» e il «metodo veramente scientifico»* (Lessona, Chiovenda e la cattedra di Napoli, in *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 89 ss.; F. DANOVÌ, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, XVII, p. 210.

2. *Il cammino della riforma*

Come è noto, la giustizia civile è stata di recente interessata da un moto riformatore assai articolato, che è culminato nella l. 26 novembre 2021, n. 206 e nel successivo d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

Non è agevole condensare nel breve spazio concesso a questo contributo la complessità dei motivi ispiratori e delle spinte che hanno caratterizzato l'ultima riforma, complessità dovuta prima di tutto alla polifonia di voci e di interventi che ha contraddistinto il relativo percorso.

Avendo avuto modo nella scorsa legislatura di accompagnare, quale Vice Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministero della giustizia, l'intero moto riformatore, ho compreso con grande chiarezza come "il legislatore", che tutti sempre richiamiamo nella desinenza al singolare, in questa pretesa personificazione in realtà non esista, essendo piuttosto una figura metaforica e quasi mitologica, nella quale è racchiusa – in una dimensione oltre tutto diacronica – una sequenza astratta caratterizzata da una moltitudine di pensieri e idee, riflessioni e suggestioni, progettualità, scelte valoriali e volontà politiche differenti, giudizi e talvolta anche pregiudizi, che diviene concreta solo allorquando la norma viene finalmente alla luce. È quindi una nozione astratta e profondamente variabile a seconda del singolo contesto, che diviene tangibile soltanto nell'istante in cui la norma stessa prende vita.

Ed esattamente come la parola, che – come ricordava Montaigne – è per metà di chi scrive e per metà già di chi ascolta, anche la norma fuoriesce dal dominio di coloro che hanno contribuito a forgiarla e acquista una vita propria attraverso il pensiero della collettività, l'interpretazione degli esperti e l'applicazione in sede giudiziaria⁵.

E pur nella fede incrollabile verso il dogma della certezza del diritto, la norma finisce allora ineludibilmente per essere relativa nella sua interpretazione e applicazione, ciò che non deve mai indurre ad avere paura di dubitare, di interrogarsi e di continuare ad adoperarsi per il miglioramento (la somma dell'efficienza e delle garanzie, dunque) del sistema.

Con questa premessa, per quanto attiene all'ultima grande riforma del processo civile è possibile individuare diverse forze che hanno ispirato e sollecitato il moto legislativo.

⁵Sul ruolo fondamentale dell'interpretazione della legge v. *ex plurimis* G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, I, Milano, 1980, e per la dimensione dell'applicazione del diritto anche in relazione al suo linguaggio v. F. PALAZZO, *Dimensione linguistica del diritto e ruolo dell'avvocato*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Milano, 2003, p. 113 ss.

Vi è stato anzitutto il c.d. fattore Europa, poiché l'Italia si è presentata all'appuntamento del PNRR ed era quindi necessario soddisfare le richieste che l'Europa formulava. Lungo tutto il percorso della riforma la Commissione Europea ha tenuto un costante controllo delle linee per le quali si procedeva, sempre fornendo, anche in modo direttivo e serrato, le sue indicazioni e raccomandazioni.

Con specifico riferimento all'efficienza della giustizia, un secondo dato di cui è necessario tener conto è anche quello che potremmo definire "fattore pandemia", ma che in realtà sotto tale sinistra denominazione intende sottolineare l'incidenza del progresso tecnologico, che ha caratterizzato e sempre più caratterizza tutti i settori dell'attività e delle relazioni umane e finanche l'amministrazione della giustizia. L'esperienza pandemica, nella sua drammaticità, ha indotto a tenere conto favorevolmente dei mutamenti e delle accelerazioni (un tempo nemmeno immaginabili) che la tecnologia e l'informatica permettono, portando a rimeditare anche tutta una serie di pilastri e canoni portanti del processo. Si pensi sotto questo profilo, ad esempio, al tema dell'oralità e dello svolgimento delle udienze, e alla rimeditazione che vi è stata del canone fondamentale del contraddittorio anche mediante la valorizzazione o degli strumenti tecnologici. Ecco quindi che le udienze da remoto e le udienze cartolari o c.d. a trattazione scritta hanno sostituito il tradizionale dialogo orale di fronte al giudice con colloqui in videoconferenza o addirittura lo scambio di note scritte tra le parti⁶.

Vi è stato infine il "fattore umano", poiché la legge nasce prima di tutto dalle anime, e la riforma è stata realizzata in una temperie molto particolare, da un Governo di unità nazionale capitanato da un premier tecnico, Mario Draghi, sotto la spinta illuminata e sensibile di una Ministra della giustizia pure tecnica, Marta Cartabia. Si è quindi trattato di un contesto in cui la politica ha ovviamente espresso la sua voce (e la ha espressa vorrei dire anche in modo schietto e con un dialogo sempre franco con il Governo), ma senza quella autonomia direzionale che spesso caratterizza l'*iter* legislativo.

In questa prospettiva, tutti coloro che hanno contribuito alla riforma sono stati indirizzati all'ascolto, alla condivisione di idee e valori, ma altresì a mantenere una sostanziale indipendenza di pensiero.

Ne sono riprova le molteplici tappe che hanno scandito la riforma, che è partita da un progetto normativo (peraltro sintetico) già esistente, il disegno di legge AS 1662/2020 incardinato al Senato quando Ministro della

⁶ Tali modalità sono state trasfuse nei nuovi artt. 127-*bis* e 127-*ter* c.p.c.

giustizia era ancora l'On. Alfonso Bonafede, ma è stata poi ampiamente rimeditata dapprima attraverso le riflessioni, le idee e i progetti contenuti nella relazione presentata dalla Commissione presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso, che (ancora nel segno dell'efficienza⁷) ha svolto il proprio compito con tempi estremamente serrati (marzo/aprile del 2021), perché così imponevano le scansioni temporali del PNRR; quindi nella successiva rielaborazione dei risultati della Commissione Luiso in un maxi emendamento governativo, sul quale si è svolto poi un dialogo costante con il parlamento che ha portato infine all'approvazione della legge delega, la l. 26 novembre 2021, n. 206.

Quale seconda tappa, nel gennaio 2022, attraverso l'istituzione di sette gruppi di esperti portatori di diverse professionalità, si è giunti alla stesura degli schemi di decreto legislativo, i quali dopo un'attenta opera di riordino sono stati trasmessi alle commissioni parlamentari affinché esprimessero il loro punto di vista e sono stati da queste approvati (con limitatissime condizioni, che il Governo ha a sua volta accolto), così da giungere alla fine all'approvazione del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

3. Gli obiettivi: semplificazione, speditezza e razionalizzazione, quali componenti del principio di effettività

Gli obiettivi generali che hanno ispirato l'intera riforma possono essere agevolmente ricavati già dalla parte introduttiva della relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, nella quale si legge che: “A tal fine, come previsto dall'articolo 1, comma 1, della legge delega, il testo legislativo elaborato dal Governo si propone di realizzare il riassetto ‘formale e sostanziale’ della disciplina del processo civile di cognizione, del processo di esecuzione, dei procedimenti speciali e degli strumenti alternativi di composizione delle controversie, mediante interventi sul codice di procedura civile, sul codice civile, sul codice penale, sul codice di procedura penale e su numerose leggi speciali, in funzione degli obiettivi di ‘semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile’, nel rispetto della garanzia del contraddittorio e attenendosi ai principi e criteri direttivi previsti dalla stessa legge”.

⁷ Si legge nell'incipit della relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che “Dal punto di vista temporale, il presente schema di decreto legislativo viene presentato nel rispetto delle tempistiche imposte dal comma 2 della legge delega, e in conformità a quanto stabilito nel PNRR, al quale la presente riforma, come le ulteriori poste in essere nel generale settore della giustizia, è strettamente correlata”.

La linea che ispira il legislatore è dunque quella dell'efficienza, declinata nella triplice dimensione della "semplificazione, speditezza e razionalizzazione"⁸; anche se, a ben vedere, nell'ambito della giustizia civile più che di efficienza pare più corretto discorrere di *effettività*, a sottolineare che il processo non è tanto un ingranaggio o una macchina, quanto piuttosto un fenomeno complesso, nel quale, come già sottolineato agli esordi, la dimensione valoriale ha una rilevanza precipua e deve essere tenuta costantemente presente.

In particolare, nel panorama di studi dedicati alle garanzie fondamentali della giurisdizione e al principio di *effettività*, autorevole dottrina ha operato una differenziazione e scomposizione tra *effettività soggettiva* (nell'accesso alla giustizia), *tecnica* (con riferimento ai modelli processuali messi in concreto a disposizione), *qualitativa* (per il risultato conseguito dal soggetto che agisce) e *oggettiva* (correlata alla tipologia di tutela offerta dall'ordinamento in funzione dei tipi di situazione sostanziale)⁹. Da questa distinzione, così come da altre che sono state elaborate in relazione al principio in esame¹⁰, emerge come caratteristica comune alle sue diverse espressioni e modulazioni sia quella della "effettiva" congruenza del risultato ottenuto rispetto allo scopo in origine perseguito. Una linea direzionale, dunque, tra il metodo (il processo) e il suo fine (la tutela del diritto sostanziale), che ci richiama e riporta a un utilizzo costante dei valori e delle garanzie.

Prima tra tutte, la garanzia ineludibile del contraddittorio, che ha condotto a un intervento sulla norma-canone di cui all'art. 101 c.p.c., mediante una riformulazione del suo comma 2, per il quale ora "Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni".

Il rispetto del contraddittorio rappresenta quindi un valore assoluto, che dal punto di vista diacronico accompagna il processo in ogni sua fase e momento; e la centralità di tale valore deve essere salvaguardata *in primis* dallo stesso giudice, accordando a quest'ultimo ogni potere di valutarne le possibili violazioni e accordare i provvedimenti opportuni per ripristinare le eventuali mancanze occorse.

⁸ Precisa ancora la relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 che "Dal punto di vista delle finalità, l'intero impianto del decreto legislativo tende a perseguire i tre obiettivi sopra descritti, posti dalla delega quale sovraordinata e complessiva linea direttrice di riferimento".

⁹ L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, p. 1063 ss., spec. p. 1070.

¹⁰ Le si può leggere nel saggio di R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 10 ss.

4. *Il metodo e l'organizzazione*

Il perseguimento degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione ha richiesto, come è intuibile, una metodologia complessa, e proprio come si legge sempre nella parte introduttiva della relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 “La complessità dell'intervento rispetto al sistema delle fonti si giustifica in ragione del fatto che una organica revisione del processo civile di cognizione e degli ulteriori modelli giudiziali e stragiudiziali interessati dalla riforma presuppone, come del resto la stessa legge delega prevede e autorizza (articolo 1, comma lett. a)), un'attenta opera di ‘coordinamento con le disposizioni vigenti, anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme del codice di procedura civile, del codice civile e delle norme contenute in leggi speciali non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega’ ‘operando le necessarie abrogazioni e adottando le opportune disposizioni transitorie’. Proprio il metodo della ‘novella’ che, pur di ampio respiro, non è integralmente sostitutiva del codice e delle altre fonti che contribuiscono a determinare l'ordinamento processuale civile, ha reso dunque necessaria un'attenta e capillare opera di riordino e coordinamento tra le nuove norme e quelle non investite dalla riforma”.

È per questo motivo che la riforma si sviluppa in molteplici aree tematiche differenti, seguendo la linea ricostruttiva delle fonti del diritto processuale civile, e tenendo conto delle molteplici necessità di intervento non soltanto sul modello processuale archetipico (ovvero il processo ordinario di cognizione, nei differenti gradi nei quali pure lo stesso si articola), ma anche in relazione agli ulteriori riti e modelli speciali propri del sistema processuale civile (primo tra tutti, il “nuovo” procedimento semplificato di cognizione) e altresì (come meglio si dirà appresso) con riferimento all'area dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi e complementari.

Ulteriore e fondamentale chiave di lettura della riforma è data dal fatto che la stessa mira ad apportare le più opportune modifiche anche attraverso una serie di correlate misure ordinamentali e organizzative.

Si è invero da tempo compreso e sottolineato come i problemi della giustizia civile, e in particolare i ritardi e gli arretrati che alla stessa inesorabilmente si accompagnano, non possano essere risolti unicamente per mezzo di modifiche alle norme processuali e della variazione dei diversi istituti o modelli.

Un apporto fondamentale deve essere dato dal punto di vista organizzativo; e poiché sotto tale profilo, malgrado gli auspici, non è stato possibile aumentare sensibilmente il numero dei magistrati, come pure lo stesso ri-

chiederebbe, si è quanto meno scelto di investire in modo significativo sulla componente umana e professionale che possa essere di supporto ai magistrati stessi, ovvero nel settore dell'ufficio per il processo.

A questo proposito è stato emanato il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151¹¹, che ha fornito un fondamentale apporto all'organizzazione concreta della giustizia, consentendo che attraverso l'ausilio dei componenti l'ufficio per il processo il magistrato possa essere affiancato lungo tutto il corso del processo, per rimanere "solo" esclusivamente nel momento più sacro e infungibile del suo *munus publicum*, ovvero quello in cui è chiamato a rendere il giudizio.

5. *La giustizia complementare: l'arbitrato*

Uno degli aspetti maggiormente qualificanti la riforma è peraltro dato dall'attenzione dimostrata verso l'area della giustizia alternativa o complementare.

Si è invero compreso e sottolineato come il bisogno di giustizia non possa e non debba essere integralmente soddisfatto per il solo tramite del processo tradizionale. Quest'ultimo rappresenta la forma archetipica e pur sempre fondamentale, nella misura in cui è in grado di intervenire decidendo le liti, attribuendo torti e ragioni tra le contrapposte pretese, nonché riconoscendo diritti, rapporti giuridici e *status* personali, per il tramite della particolare *auctoritas* riservata agli organi giudiziari ordinari.

Questa stessa funzione decisoria e autoritativa, tuttavia, può essere ben esplicata anche da soggetti privati a ciò legittimati, valorizzando l'autonomia privata nell'affrontare le controversie.

In tal senso il legislatore della riforma ha apportato una serie di significative modifiche in tema di arbitrato, volte a migliorare l'efficienza (*rectius*, l'effettività) del processo arbitrale, per renderlo allo stesso tempo più competitivo e altresì dotato di maggiori garanzie che in passato non erano presenti.

Sotto questo profilo (e a tacere di altre, più limitate, modifiche) la riforma ha apportato fondamentali innovazioni in particolare in quattro macroaree:

¹¹ Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151 è intitolato "Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134" e curiosamente si pone dunque in attuazione tanto della legge delega civile quanto della legge delega penale, chiarendo così anche nella sua genesi concreta che dal punto di vista della dimensione organizzativa la giustizia è un bene comune, comunque amministrato dagli uomini.

- il rafforzamento dei valori di indipendenza, imparzialità e trasparenza dell'arbitro;
- l'attribuzione all'arbitro di poteri cautelari;
- la *translatio iudicii*;
- l'attribuzione alle parti del potere di determinare la legge applicabile nell'ambito della controversia.

La necessità di assicurare un'adeguata trasparenza è stata in primo luogo evidenziata prevedendo (art. 810, comma 3, c.p.c.) che in caso di nomina degli arbitri ad opera dell'autorità giudiziaria ordinaria (nella specie, il presidente del tribunale), tale nomina debba in ogni caso avvenire “nel rispetto di criteri che assicurano trasparenza, rotazione ed efficienza” e aggiungendo che “a tal fine, della nomina viene data notizia sul sito dell'ufficio giudiziario”¹².

Ma soprattutto, i valori dell'indipendenza e dell'imparzialità sono stati rafforzati mediante la riformulazione dell'art. 813 c.p.c., introducendo un generale dovere di *disclosure* in capo agli arbitri designati e rendendo obbligatoria – all'atto dell'accettazione della nomina e a pena di nullità – una dichiarazione da parte di ogni arbitro di tutte le eventuali circostanze che potrebbero inficiare il rispetto dei doveri di indipendenza e imparzialità¹³.

¹² La redazione della norma ha dato origine a non pochi dubbi. Si è infatti discusso a tal fine circa l'opportunità di istituire appositi albi o elenchi presso ciascun tribunale, così da consentire alla comunità una sorta di preventiva conoscenza dei professionisti disponibili sul territorio, sui quali avrebbe poi potuto cadere in seguito la definitiva scelta per i singoli arbitrati da parte del presidente del tribunale.

La soluzione invece adottata, che alla trasposizione puntuale dell'indicazione programmatica della legge delega apporta la sola fondamentale precisazione per la quale “della nomina viene data notizia sul sito dell'ufficio giudiziario”, nasce dalla riflessione maturata per la quale – segnatamente nelle realtà sociali e giudiziarie di piccole e medie dimensioni, nelle quali oltretutto anche la nomina degli arbitri può risultare meno agevole proprio per la mancanza di professionisti adeguatamente formati –, il presidente del tribunale avrebbe potuto in concreto incontrare difficoltà nel nominare arbitri con determinate e specifiche competenze in relazione a controversie instaurate in settori molto particolari, così come pure in quei casi – per i quali pure la neutralità e terzietà si pone come fondamentale valore da preservare – in cui una delle parti rappresenta una realtà estremamente potente sul territorio, per le quali pure può risultare opportuno lasciare al presidente del tribunale un margine più ampio di scelta, facendo riferimento altresì a soggetti non insediati e strutturati a livello professionale ed economico alla realtà del territorio.

¹³ Il dovere di *disclosure* è da tempo previsto nella disciplina dell'arbitrato di molti ordinamenti stranieri a noi geograficamente e culturalmente vicini, ed era già presente anche nell'ordinamento italiano, nel codice deontologico forense e in molti regolamenti di istituzioni ed enti che amministrano gli arbitrati.

Infine, nell'art. 815 c.p.c., norma che disciplina i casi di ricsuazione degli arbitri, è stato introdotto un nuovo n. 6-*bis* e con esso un nuovo motivo di ricsuazione non tipizzato, attraverso il quale si prevede che gli arbitri possano essere ricsuati anche qualora sussistano gravi ragioni di convenienza.

In questo modo è stato in sostanza ripreso un modello di ricsuazione più ampio e non previamente tipizzabile, già presente nel sistema anteriormente alla novella del 2006¹⁴, nella consapevolezza che nell'arbitrato le ipotesi di potenziale "commistione", "legami" e "condizionamenti" tra gli arbitri e le parti (o più spesso ancora i loro difensori) sono – ciò che del resto è fisiologico, vista la designazione il più delle volte derivata – assai più numerosi e variegati rispetto a quanto avviene per il processo ordinario, ed è dunque indispensabile prestare ogni attenzione affinché situazioni patologiche non abbiano a frustrare la correttezza del procedimento.

Il secondo grande settore è quello dei poteri cautelari. Troppe sarebbero al riguardo le novità da descrivere; in questa sede, pertanto, preme ricordare che si è trattato di una scelta fondamentale, che pone finalmente anche la disciplina italiana in linea con la realtà della più parte degli ordinamenti stranieri¹⁵.

A tal fine, si è optato per una soluzione di minore impatto, non già attribuendo agli arbitri poteri cautelari di *default*, quanto piuttosto prevedendo che tali poteri debbano necessariamente derivare da una preventiva scelta effettuata dalle parti, nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto successivo, ma comunque anteriore alla litispendenza arbitrale.

L'attribuzione agli arbitri di poteri cautelari presuppone naturalmente una serie di ulteriori previsioni e garanzie, in relazione alla necessità di predisporre un sistema di controllo sui provvedimenti stessi, sotto forma di reclamo (art. 818-*bis* c.p.c.) e in relazione all'attuazione delle misure cautelari stesse (art. 818-*ter* c.p.c.), che deve svolgersi sotto il controllo dell'autorità giudiziaria ordinaria (essendo gli arbitri per definizione privi di poteri coercitivi e di imperio).

Ancora, per cercare di rafforzare il principio di equivalenza tra l'arbitrato e il processo ordinario, già scolpito nel 2006 mediante l'intro-

¹⁴ All'epoca l'art. 815 c.p.c. prevedeva un richiamo generale all'art. 51 c.p.c. nella sua interezza (non soltanto il comma 1, ma altresì il comma 2), e così pure alla disposizione che consacra i valori di indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice, e che costituisce il cardine dell'art. 52 c.p.c. per la sua eventuale ricsuazione.

¹⁵ Sia consentito al riguardo il rinvio a F. DANOVI, *L'arbitrato. Una giurisdizione su misura*, Milano, 2020, p. 304 ss.

duzione dell'art. 824-*bis* c.p.c. per quanto riguarda il risultato finale, “a valle” del processo (ovvero il lodo), è stato specularmente introdotto il nuovo art. 816-*bis*.1 c.p.c., per chiarire che un'effettiva equivalenza deve sussistere anche “a monte”, tra la domanda di arbitrato e la domanda giudiziale, e specificando quindi che la prima è idonea a esplicitare tutti gli effetti (nessuno escluso) propri della domanda presentata avanti all'autorità giurisdizionale ordinaria¹⁶.

Nella medesima prospettiva si pone poi l'art. 819-*quater* c.p.c., con il quale, seguendo l'*assist* fornito dalla Corte costituzionale nel 2013, si prevede la possibilità di una speculare *translatio iudicii* – e, quindi, del passaggio del processo, con salvezza dei diritti quesiti e di molte delle attività già compiute – indifferentemente da una sede all'altra, per le ipotesi in cui lo stesso non fosse stato instaurato nella sede corretta.

A definitivo suffragio dell'equiparazione delle due vie sarebbe stata probabilmente necessaria anche l'introduzione, nei confronti del lodo declinatorio della competenza, della possibilità di esperire il regolamento di competenza, come in effetti in prima battuta nel lungo cammino della riforma era stato immaginato, ma come invece in chiusura non si è ritenuto di formalizzare. Nelle finali riflessioni della riforma si è infatti ritenuto dapprima di espungere il possibile riferimento al regolamento facoltativo, potenzialmente in contrasto con gli ordinari mezzi di impugnazione e, successivamente, anche al regolamento necessario, perché si è consolidato il pensiero che si trattasse di uno strumento, la cui introduzione – pur se rilevante dal punto di vista sistematico – avrebbe potuto nella concreta dimensione applicativa pregiudicare proprio l'effettività dell'arbitrato, ovvero di fatto il motore trainante dell'istituto, comportando un appesantimento del percorso attraverso l'immediato passaggio in Cassazione per il regolamento, per poi eventualmente e nuovamente ritornare alla sede di merito (davanti agli arbitri o alla Corte d'appello).

Infine, un ultimo settore rilevante è quello della legge applicabile al merito della controversia, in relazione al quale l'art. 822 c.p.c. è stato opportunamente modificato, specificando che quando gli arbitri sono chiamati a decidere secondo le norme di diritto, le parti, nella convenzione di arbitrato o con atto scritto anteriore all'instaurazione del giudizio arbitrale pos-

¹⁶ Anteriormente alla riforma il sistema prevedeva unicamente alcune specifiche disposizioni in materia di prescrizione, di trascrizione delle domande arbitrali e di rapporto tra la concessione del provvedimento cautelare e la successiva instaurazione del giudizio di merito tramite domanda arbitrale, ma mancava una norma onnicomprensiva che istituisse una completa equivalenza teleologica ed effettuale tra le due domande.

sono sempre indicare le norme o la legge straniera¹⁷ applicabile al merito della controversia.

A questo rilievo, il momento temporale è da considerarsi dirimente non soltanto per le parti ma altresì a tutela degli arbitri stessi, che sono chiamati ad assumere un mandato e ad accettare un incarico che gli stessi consapevolmente siano in grado di portare a termine; ed è dunque a tal fine necessario poter sapere in anticipo se il processo e la decisione presuppongono la conoscenza di leggi o fonti normative straniere, in relazione alle quali gli arbitri designati potrebbero non essere dotati di adeguata preparazione.

Con riferimento al tema dei rapporti tra efficienza e garanzie, che in questa sede interessa, è interessante rilevare come ciascuna delle modifiche sopra tratteggiate si ponga in una particolare prospettiva anche e proprio dal punto di vista della dimensione valoriale.

Le modifiche apportate in tema di *disclosure* e di ricusazione tendono invero a rafforzare anche in sede arbitrale i valori dell'indipendenza, imparzialità e *fairness* e con essi le garanzie del giusto processo, nella prospettiva ormai riconosciuta della necessaria trasparenza dell'istituto arbitrale.

Il riconoscimento di poteri cautelari risponde invece al canone di effettività del diritto di azione, nella consapevolezza che la possibilità di ottenere provvedimenti cautelari rappresenta una componente indeclinabile della giurisdizione, irrinunciabile per uno strumento, quale l'arbitrato, che vuole porsi in una prospettiva di perfetta competitività con il processo ordinario, ed è ormai allo stesso pacificamente considerato equivalente (da un punto di vista teleologico e altresì effettuale). Ed è proprio nella prospettiva di una finale e completa equiparazione tra i due processi che operano anche le modifiche in tema di domanda di arbitrato (art. 816-*bis*.1 c.p.c.) e di *translatio iudicii* (art. 816-*quater* c.p.c.).

Infine, le modifiche apportate in tema di legge applicabile hanno avuto l'obiettivo di cercare di dare respiro a un'area che vede sempre di più il ricorso all'istituto dell'arbitrato e per la quale si rinvergono delle potenzialità oggettivamente sconosciute alla giurisdizione ordinaria, ossia, quella della dimensione internazionale degli arbitrati per la soluzione di controversie che presentano elementi di estraneità.

¹⁷ La formula prescelta ("le norme o la legge straniera") è volta a ricordare come nella materia dell'arbitrato internazionale, la fonte richiamabile non sempre appartiene a un preciso ordinamento, ma può avere estrazione diversa, come avviene sovente nell'ambito internazionale per le norme Uncitral o la *lex mercatoria*.

6. *La mediazione*

Accanto all'arbitrato la riforma ha insistito anche per il rafforzamento dell'area extraprocessuale, nella consapevolezza che il fine superiore della giustizia non può essere integralmente soddisfatto mediante la sola via del processo e dell'autorità. Vi è invero un universo di ulteriori metodi di composizione della lite che operano al di fuori del contesto processuale *stricto sensu* considerato e si fondano sul dialogo e sul confronto più che sullo scontro frontale giudiziale e che mirano a ottenere una soluzione pacificata e amichevole.

Ciò è avvenuto attraverso il potenziamento di due strumenti di giustizia non più avversariale ma consensuale, quali la mediazione e la negoziazione assistita.

In relazione alla mediazione la riforma ha voluto affrontare le cause che hanno inibito l'efficacia dei procedimenti di mediazione e aumentare così la diffusione della cultura della mediazione, attraverso linee direzionali espresse per alcune tematiche o aree-guida, che contraddistinguono la riforma.

In questa prospettiva si è in primo luogo operata una valorizzazione di alcuni principi generali, e segnatamente i principi di indipendenza e imparzialità del mediatore (artt. 3 e 14, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) e il principio di riservatezza (art. 9, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28).

È stata poi effettuata una ripermetrazione dell'area della mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, per la quale, di fronte alle possibili opzioni, la scelta finale è stata – in linea peraltro con le proposte della commissione Luiso e della precedente commissione Alpa – quella di un ampliamento ragionato, seguendo una logica “qualitativa” più che “quantitativa” in senso stretto, e facendo così riferimento a quelle categorie contrattuali per le quali la mediazione ha più senso. In questa prospettiva, poiché la mediazione è un percorso che porta a ricucire i fili di una relazione interrotta, la stessa risulta sicuramente più funzionale e rispondente ai casi in cui il fattore-tempo espliciti un maggiore rilievo, ovvero ai rapporti duraturi, atti a continuare nel tempo e non già occasionali (come avviene ad esempio nella responsabilità extra-contrattuale o in alcune tipologie di contratti). Di qui la scelta per un ampliamento per tutti i casi di contratti di durata. Al ventaglio di ipotesi già previste all'art. 5, d.lgs. n. 28/2010, sono stati dunque aggiunti i contratti di associazione in partecipazione, consorzio *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura. Ulteriori fondamentali modifiche sono state apportate in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo, nonché in materia di mediazione e condominio.

La riforma ha poi introdotto o modificato numerose disposizioni in relazione al procedimento di mediazione, che pur rimanendo un modello de-formalizzato e *user friendly* (art. 8, comma 3, d.lgs. n. 28/2010), è stato in diversi passaggi opportunamente definito, alla luce anche di prassi virtuose in precedenza formatesi.

Sono stati così meglio precisati il termine del primo incontro e gli atti e le forme delle comunicazioni (art. 8, comma 1, d.lgs. n. 28/2010), gli effetti della domanda di mediazione sulla prescrizione e sulla decadenza (art. 8, comma 2, d.lgs. n. 28/2010), è stata data rilevanza alla partecipazione delle parti, soprattutto per quanto riguarda il primo incontro, e ciò proprio nel segno del principio di effettività della mediazione (art. 8, comma 4, d.lgs. n. 28/2010, nonché, per quanto riguarda le conseguenze della mancata partecipazione senza giusto motivo, l'art. 12-*bis*, d.lgs. n. 28/2010), nonché meglio disciplinati la partecipazione degli avvocati (art. 8, comma 5, d.lgs. n. 28/2010), lo svolgimento del primo incontro (art. 8, comma 6, d.lgs. n. 28/2010), lo svolgimento dell'eventuale consulenza tecnica (art. 8, comma 7, d.lgs. n. 28/2010), la conclusione del procedimento e l'accordo (art. 11, d.lgs. n. 28/2010). La riforma ha poi dedicato una norma *ad hoc* alla mediazione in modalità telematica, che potrebbe essere definita come ulteriore categoria dell'istituto, o più semplicemente come particolare *species* dal punto di vista formale (art. 8-*bis*, d.lgs. n. 28/2010), nella quale si sottolinea la possibilità di utilizzare i sistemi informatici di collegamento a condizione che questi ultimi diano garanzia di un'effettiva, contestuale e reciproca visibilità e udibilità.

Ancora, un'area di particolare interesse è quella della mediazione demandata dal giudice (art. 5-*quater*, d.lgs. n. 28/2010), alla quale l'autorità giudiziaria può fare ricorso anche in grado di appello, con ordinanza sempre motivata, tenuto conto della presenza dei c.d. indici di mediabilità ("la natura della causa, lo stato di istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza") rivelatori, sia pure sulla scorta di un giudizio prognostico, della possibile efficacia dello strumento.

La relazione non già di esclusione quanto piuttosto di dialogo intercorrente tra mediazione e processo è stata anche sottolineata nell'art. 5-*quinquies*, d.lgs. n. 28/2010 sulla formazione del magistrato, la tenuta in considerazione ai fini della valutazione di professionalità del contenzioso definito con mediazione demandata e le forme di collaborazione istituzionale.

Infine, la riforma interviene sull'ulteriore tema della tutela dei soggetti non abbienti con un segnale che è soprattutto una conquista di civiltà, estendendo anche alla mediazione e alla negoziazione assistita l'istituto del

patrocinio a spese dello Stato¹⁸, introducendo uno specifico nuovo capo II-*bis* nel d.lgs. n. 28/2010 (“Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale”) e prevedendo che detta garanzia possa essere assicurata ai casi di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda *ex lege* ovvero per mediazione demandata¹⁹, naturalmente per i soli casi in cui l'accordo di conciliazione sia in concreto raggiunto e con l'esclusione delle “controversie per cessione di crediti e ragioni altrui, ad eccezione del caso in cui la cessione appare indubbiamente fatta in pagamento di crediti o ragioni preesistenti”, al chiaro fine di impedire eventuali comportamenti elusivi. A tal fine, l'art. 15-*quinquies*, d.lgs. n. 28/2010 attribuisce la competenza a ricevere l'istanza di ammissione al consiglio dell'ordine degli avvocati del luogo in cui ha sede l'organismo di mediazione competente individuato in conformità all'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 28/2010 e regola in modo analitico le condizioni del procedimento.

7. La negoziazione assistita

L'istituto della negoziazione assistita, disciplinato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla l. 10 novembre 2014, n. 162, è stato anch'esso significativamente valorizzato dalla riforma, in primo luogo per quanto riguarda le aree di riferimento.

È stata invero introdotta una fondamentale previsione per quanto attiene all'utilizzo del mezzo nelle controversie di lavoro, assicurando agli accordi raggiunti per il suo tramite lo stesso regime di stabilità (e di non impugnabilità) degli accordi raggiunti avanti all'autorità giudiziaria ovvero agli organismi protetti (commissioni di conciliazione).

Per quanto riguarda invece le controversie familiari e minorili, già con

¹⁸ Sul tema era proprio durante lo svolgimento dell'*iter* della riforma intervenuta anche Corte cost., 20 gennaio 2022, n. 10, che per prima aveva aperto la strada dell'estensione del patrocinio a spese dello Stato anche per la mediazione, dichiarando l'illegittimità costituzionale delle norme del T.U. delle spese di giustizia che non assicurino ai non abbienti il patrocinio gratuito anche per la mediazione civile e commerciale e invitando conseguentemente il legislatore a meglio disciplinare la materia.

¹⁹ Diversa è la disciplina della mediazione obbligatoria prevista da una clausola contrattuale o dallo statuto, per le quali una simile estensione non pare allo stato possibile. Di fronte a eventuali perplessità di legittimità costituzionale, legate al fatto che la parte in questi casi è comunque tenuta a partecipare alla mediazione, riterrei possibile replicare obiettando che in tali casi la parte non è obbligata a farsi assistere da un avvocato, e viene dunque meno in assoluto la necessità di introdurre l'istituto in esame.

la l. n. 206/2021 era stata introdotta una disposizione immediatamente precettiva volta a estendere l'istituto della negoziazione assistita ai procedimenti per l'esercizio della responsabilità genitoriale e per il mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, ai procedimenti per la determinazione degli alimenti, nonché ai procedimenti per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio e per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesti direttamente da loro (oltre eventuali procedimenti di modifica).

Il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha invece previsto che all'interno dell'accordo di negoziazione possano essere contenuti anche eventuali patti di trasferimento immobiliari, sia pure con effetti meramente obbligatori, e ha ammesso, per i casi di negoziazione assistita in materia di divorzio, la previsione dell'assegno in unica soluzione (ovvero la c.d. *una tantum* divorzile), precisando che in tale ipotesi la valutazione di equità circa il *quantum* (normalmente rimessa al tribunale) sia effettuata dagli stessi avvocati mediante certificazione della pattuizione intercorsa tra le parti per il loro tramite.

Ma non solo. La riforma ha introdotto altresì ulteriori disposizioni nel segno dell'efficienza, con una serie di innovazioni volte a semplificare e rendere più efficiente il procedimento, e nel segno delle garanzie, con l'introduzione di nuovi poteri in capo alle parti, sotto forma di possibile istruttoria stragiudiziale²⁰.

Per quanto riguarda la concreta possibilità di accesso alla negoziazione assistita, si ribadisce infine che la riforma ha esteso anche a tale istituto la garanzia del patrocinio a spese dello Stato.

8. *La giustizia familiare e minorile. Il nuovo procedimento unitario*

Una delle aree nelle quali maggiormente il moto riformatore ha inteso sottolineare i valori complanari dell'effettività e delle garanzie è quello della giustizia familiare e minorile. In tale ambito è stata compiuta una vera e propria rivoluzione copernicana²¹, mediante l'introduzione di un nuovo

²⁰ Quest'ultima si concreta nella possibilità di richiedere dichiarazioni da parte di terzi (informatori, che di fatto potranno poi essere equiparati ai testimoni nell'ipotesi di fallimento della negoziazione assistita e instaurazione di un procedimento avanti all'autorità giudiziaria) e di dichiarazioni confessorie rese da una parte a proprio sfavore.

²¹ Sul tema cfr. F. DANOVI, *Il valore sistematico di un rito unitario e i suoi principi generali*, in M. BIANCA, F. DANOVI, *La nuova giustizia familiare e minorile. Legge 26 novembre 2021, n. 206 e*

“procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie”, la cui disciplina è stata inserita nel codice di rito, nel libro II, in un nuovo apposito titolo IV-*bis*.

Il valore sistematico di tale innovazione è evidente, poiché mira a sostituire una vera e propria congerie di procedimenti, in precedenza disorganicamente sparsa tra il codice di rito (ma nella ben meno nobile sede nel libro IV, sui procedimenti speciali), il codice civile e le leggi speciali, con un impianto unitario collocato in immediata sequenza rispetto al processo ordinario di cognizione (archetipo di tutti i modelli processuali) e al rito del lavoro, chiarendo così che nel sistema figura oggi un terzo modello, speciale rispetto all'ordinario, ma pur sempre generale per tutta la materia familiare e minorile, in quanto volto a disciplinare con limitate eccezioni tutti i procedimenti contenziosi relativi alle persone ai minorenni e alle famiglie, tutti opportunamente declinati al plurale.

Non è possibile in questa sede descrivere compiutamente le molteplici novità che la riforma in questo ambito ha portato con sé, ma certo non è peregrino sottolineare come anche in questa sede sia stato riservato un particolare rilievo alle garanzie, introducendo in un capo primo, dedicato ai principi del nuovo rito, una serie di norme generali volte ad assicurare il più corretto utilizzo della macchina della giustizia da parte dei suoi operatori, tra i quali in primo luogo il giudice (art. 473-*bis*.2 c.p.c.) e il pubblico ministero (art. 473-*bis*.3 c.p.c.).

A queste prime disposizioni fanno poi seguito alcune norme specificamente dedicate alla figura del minore, tutte volte a meglio ordinare ed estendere le garanzie legate alla sua presenza nel corso del processo, attraverso un compiuto riordino della disciplina dell'ascolto (artt. 473-*bis*.4, 473-*bis*.5 e 473-*bis*.6 c.p.c.), nella quale viene dato particolare rilievo alla soggettività del minore, stabilendo che il giudice non debba procedere all'ascolto, dandone atto con provvedimento motivato, quando lo stesso sia in contrasto con l'interesse del minore ovvero manifestamente superfluo, in caso di impossibilità fisica o psichica del minore o se quest'ultimo manifesta la volontà di non essere ascoltato; e per converso, in tutti i casi in cui

D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in Le nuove leggi civ. comm., 2023, p. 797 ss.; *Id.*, *Criteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare*, in *Fam. e dir.*, 2023, p. 907 ss.; *Id.*, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, p. 467 ss.; R. DONZELLI, G. SAVI, *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, 2023, p. 7 ss.; C. CECHELLA, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, Torino, 2022, p. 2 ss.; *Id.*, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, Torino, 2023, p. 19 ss.; M.G. RUO, *Famiglie, minorenni e persone nella riforma del processo civile*, Rimini, 2022, p. 15 ss.

si proceda all'ascolto, che "le opinioni del minore devono essere tenute in considerazione avuto riguardo alla sua età e al suo grado di maturità". Quanto alle modalità concrete di attuazione dell'incombente, l'ascolto è tendenzialmente diretto, ovvero condotto dal giudice, il quale tuttavia può farsi assistere da esperti e altri ausiliari²², e l'udienza è fissata in orari compatibili con gli impegni scolastici del minore, ove possibile in locali idonei e adeguati alla sua età, anche in luoghi diversi dal tribunale. È poi previsto che prima di procedere all'ascolto il giudice indichi sempre i temi oggetto dell'adempimento ai genitori, agli esercenti la responsabilità genitoriale, ai rispettivi difensori e al curatore speciale, i quali possono proporre argomenti e temi di approfondimento e, su autorizzazione del giudice, partecipare all'ascolto. Il giudice è poi chiamato, tenuto conto dell'età e del grado di maturità del minore, a informarlo della natura del procedimento e degli effetti dell'ascolto, e procede all'adempimento "con modalità che ne garantiscono la serenità e la riservatezza". Il minore che ha compiuto quattordici anni è altresì informato della possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale ai sensi dell'articolo 473-bis.8²³.

La riforma non contempla unicamente l'istituto dell'ascolto, ma si occupa in modo compiuto degli istituti deputati all'interposizione soggettiva del minore in tutti i casi in cui il processo incide in modo significativo sui suoi diritti e interessi (artt. 473-bis.7 c.p.c. e 473-bis.8 c.p.c.), attraverso le figure del tutore, del curatore e del curatore speciale. Per mezzo di tali disposizioni il minore, che è sempre parte in senso sostanziale nei procedimenti che lo riguardano, assume dunque finalmente il ruolo della parte in senso processuale, con ciò rendendo necessario dotare il giudizio di appositi strumenti atti a garantire la sua corretta legittimazione processuale.

Così ragionando, il legislatore ha chiarito di considerare fondamentale anche nella dimensione processuale quella stessa prospettiva paidocentrica che la grande riforma della filiazione del 2012/2013 aveva adottato per la

²² Dell'ascolto del minore è effettuata registrazione audiovisiva. Se per motivi tecnici non è possibile procedere alla registrazione, il processo verbale descrive dettagliatamente il contegno del minore.

²³ Ai sensi dell'art. 473-bis.6 c.p.c., "Quando il minore rifiuta di incontrare uno o entrambi i genitori, il giudice procede all'ascolto senza ritardo, assume sommarie informazioni sulle cause del rifiuto e può disporre l'abbreviazione dei termini processuali.

Allo stesso modo il giudice procede quando sono allegate o segnalate condotte di un genitore tali da ostacolare il mantenimento di un rapporto equilibrato e continuativo tra il minore e l'altro genitore o la conservazione di rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale".

disciplina sostanziale²⁴, confermando dunque l'idea della quale si è già fatto cenno per cui il diritto processuale è chiamato a dare voce al diritto sostanziale, ma con la sua disciplina può ulteriormente forgiare e plasmare gli stessi diritti sottostanti di riferimento.

Infine, sempre tra i principi della “nuova” giustizia familiare e minorile è stata sottolineata la rilevanza nelle controversie familiari minorili del ricorso all'istituto della mediazione familiare (art. 473-*bis*.10 c.p.c.)

E l'attenzione del legislatore alla sfera delle garanzie per quanto attiene il nuovo procedimento unitario si coglie appieno nella previsione (in precedenza mancante) della possibilità per il giudice di assumere provvedimenti indifferibili, anche *inaudita altera parte* (art. 473-*bis*.15 c.p.c.); nella previsione di un reclamo anche contro i provvedimenti temporanei e urgenti che siano emessi in corso di causa, laddove particolarmente invasivi sulla sfera esistenziale del minore (art. 473-*bis*.24, comma 2, c.p.c.) e nella compiuta riorganizzazione della disciplina delle garanzie patrimoniali (artt. 473-*bis*.36 e 473-*bis*.37 c.p.c.) e dell'attuazione dei provvedimenti di natura personale, sull'esercizio della responsabilità genitoriale e delle relative sanzioni (artt. 473-*bis*.38 e 473-*bis*.39 c.p.c.). Una costante attenzione, dunque, a individuare il giusto punto di equilibrio tra efficienza dei mezzi di tutela e adeguate e idonee garanzie per i sottostanti diritti.

9. *La riforma ordinamentale e il tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie*

La riforma della giustizia familiare e minorile presuppone tuttavia un ulteriore sforzo, che il legislatore della riforma ha pure introdotto ma per ragioni organizzative ha dovuto procrastinare nella sua effettiva entrata in vigore.

Per effetto della riforma dovrebbe invece essere introdotto nel sistema un nuovo organo giudiziario, il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, destinato ad assorbire le diverse competenze oggi ancora incongruamente frammentate tra tribunale ordinario (anche nella figura del giudice tutelare) e tribunale per i minorenni.

²⁴ Cfr. sul punto M. SESTA, *La prospettiva paidocentrica quale fil rouge dell'attuale disciplina giuridica della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 763 ss.; ID., *La filiazione*, in *Diritto privato*, a cura di S. Patti, II ed., Padova, 2019, p. 903 ss.; ID., voce *Filiazione (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, p. 445 ss.; ID., *La filiazione*, Torino, 2011; ID., *Lo statuto del figlio naturale. L'accertamento dello stato*, in M. SESTA, B. LENA, B. VALIGNANI, *Filiazione naturale. Statuto e accertamento*, Milano, 2001, p. 1 ss.

In effetti, ai diversi problemi interpretativi posti dalle norme processuali, la disciplina previgente assommava una diarchia giudiziaria che, anche ove non considerata anacronistica, aveva continuato a dare adito a incertezze e problemi, in particolare per quanto riguarda i procedimenti per la decadenza o la limitazione della responsabilità genitoriale (art. 38 disp. att. c.c.) e per i procedimenti a tutela della frequentazione del minore con gli ascendenti, riservati dall'art. 317-*bis* c.c. alla competenza del giudice minorile.

In questo complessivo scenario era dunque indispensabile un radicale mutamento di prospettiva, e occorreva spostare l'asse sul quale focalizzare l'attenzione, che non era e non doveva più essere ancorato al retaggio della tradizione e a un sistema "bipolare" (in quanto tale fatalmente asimmetrico), né doveva accettarlo o cercare di giustificarlo sulla sola scorta del richiamo alla discrezionalità del legislatore e alla correlata insindacabilità delle scelte di politica del diritto.

Ciò che davvero contava era riuscire a operare una compiuta identificazione dei diritti e delle garanzie irrinunciabili per il minore all'interno del "suo" processo.

Anche nell'alveo della giustizia minorile era quindi indispensabile rivalutare i canoni e principi indeclinabili per la realizzazione del giusto processo²⁵; e proprio a tale scopo intende rispondere il nuovo organo giudiziario, che sarà a sua volta chiamato ad applicare il procedimento unitario del quale si è fatto cenno.

Il significato della riforma e dell'introduzione del nuovo tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie sta dunque nell'individuare finalmente un unico organo giudiziario, suddiviso in una sezione centrale distrettuale, che funga anche da giudice di secondo grado, di raccordo e controllo dei provvedimenti, nonché in sezioni circondariali maggiormente ramificate sul territorio, che possano assicurare la necessaria vicinanza del minore e più in generale delle parti all'autorità giudiziaria. Il tutto salvaguardando (in particolare nelle sezioni distrettuali) le specificità e i valori della collegialità e dell'interdisciplinarietà propri del giudice specializzato minorile con le regole tecniche del giusto processo, meglio focalizzate sino ad oggi nei riti applicabili davanti al tribunale ordinario e, da domani, all'intero procedimento unitario in materia di persone minorenni e famiglie.

Tali principi devono poter essere applicati in via generale nei processi che coinvolgono il minore, i genitori ed eventualmente gli ascendenti, perché indipendentemente dall'oggetto delle domande, ciò che è in discussione è

²⁵ Cfr. al riguardo F. DANOVI, *Competenza o competenze? (Verso una riforma del giudice della famiglia)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, p. 274 ss.

sempre la vita e il futuro del minore stesso. Soltanto quando il nuovo organo entrerà in funzione potrà considerarsi compiutamente realizzata la riforma, e potrà considerarsi raggiunto l'obiettivo di un processo unitario davanti a un unico giudice, che possa sfociare in una correlata unitaria decisione.

10. Conclusioni

L'analisi compiuta ha posto in luce come tutto l'articolato perimetro della riforma sia stato ispirato ai tre obiettivi generali della semplificazione, della speditezza e della razionalizzazione, e che questi, pur mantenendo una loro specificità, siano stati chiamati a operare all'interno delle singole innovazioni, anche in forma congiunta, sempre opportunamente bilanciati dal valore non già alternativo o confliggente quanto piuttosto complanare dell'effettività della tutela giurisdizionale, vera e propria "stella polare" che deve orientare il legislatore e con esso tutti gli operatori della giustizia civile.

Si è dunque compreso che la giustizia è un vero e proprio caleidoscopio, che non si basa unicamente su regole e dinamiche puramente processuali, ma racchiude una molteplicità di linee direzionali, in parte autonome e in parte convergenti, tutte finalizzate alla migliore protezione dei diritti e delle ulteriori situazioni sostanziali meritevoli di tutela.

A questo obiettivo tendono anche tutte le fonti sovranazionali che regolano la materia²⁶, tra le quali l'art. 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), che sotto la rubrica "Diritto ad un ricorso effettivo" prevede che "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'autorità nazionale". E analogamente dispone l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali²⁷.

²⁶ Sul tema v. S.M. CARBONE, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, 2009.

²⁷ R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *All'incrocio tra Costituzione e CEDU*, Torino, 2007; L.P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'unione europea* (Relazione presentata al XV Colloquio Biennale dell'AIDC, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001), in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2001, p. 471 ss.; R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 377 ss.; I. FALCONE, *La ragionevolezza del processo: tra vincoli europei e autonomia dell'ordinamento interno*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 251 ss.; M. PANEbianco, *A proposito dell'idea europea di costituzione e diritto alla giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2002, p. 409 ss.; S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napo-

A ben vedere, il testo inglese delle due norme appare ancor più pregnante, in quanto ricollega il connotato dell'effettività non già alla sola iniziativa della parte (il "ricorso") quanto piuttosto anche al risultato (*remedy*), così sancendo la legittima aspirazione dei consociati di poter in concreto disporre di un'effettiva salvaguardia dei propri diritti.

A questo riguardo, un dato significativo offerto dalla riforma è quello di un vero e proprio cambio di paradigma e dell'adozione di una nuova prospettiva, nel segno di un più marcato rispetto per i valori e le garanzie che devono sovrintendere un processo che realmente aspiri a essere definito giusto.

In questo senso assume un significato pregnante anche una norma all'apparenza circoscritta, il nuovo art. 473-*bis*.18 c.p.c. (rubricato "Dovere di leale collaborazione"), che per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie stabilisce che "Il comportamento della parte che in ordine alle proprie condizioni economiche rende informazioni o effettua produzioni documentali inesatte o incomplete è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116, nonché ai sensi del primo comma dell'articolo 92 e dell'articolo 96". La norma recepisce indirizzi che già erano stati enunciati dagli orientamenti giurisprudenziali, ma ancora una volta li scolpisce *per tabulas* e li rende generali, nel segno di un'importante direzione da imprimere al processo.

È una nuova svolta per un processo giusto in quanto leale e *fair*, nel segno di una doverosa e più ampia collaborazione tra il giudice, le parti e i difensori²⁸.

Del resto, nelle molteplici metafore e raffigurazioni che ispirano e descrivono il processo, accanto all'idea che il processo sia uno scontro e una battaglia, una rappresentazione o un dramma, o piuttosto ancora un viaggio (come in fondo il suo etimo ricorda), il processo è stato autorevolmente raffigurato anche come "giuoco"²⁹ e come tutte le competizioni è necessario dunque che esso sia improntato a lealtà, trasparenza e *fairness*.

Se questa è la prospettiva da adottare, il senso dell'ultima nuova dispo-

li, 2005; N. TROCKER, *La carta dei diritti fondamentali dell'unione europea ed il processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, p. 1171 ss.

²⁸ Per una particolare declinazione del principio in esame v. L. SALVANESCHI, *Dovere di collaborazione e contumacia*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 564 ss.

²⁹ Il riferimento è, ovviamente, *in primis*, al classico scritto di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 23 ss.; ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, p. 537 ss.; ma per il nesso, ancor più generale, intercorrente tra il fenomeno del gioco e ogni tipologia di organizzazione sociale v. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Milano, 1985.

sizione richiamata non può che essere ancor più generale e volto a informare tutti i momenti del processo, e tutti i processi.

Le parti non devono assumere atteggiamenti opachi o peggio ancora omertosi, poiché il senso e l'aspirazione della giustizia travalicano addirittura i confini della loro posizione personale. Ciò tanto più in quei casi, come avviene nei processi della giustizia familiare e minorile, in cui il bene sottostante tutelato sia ancora più ampio e investa direttamente soggetti fragili quali i minori, per i quali il giudice deve adottare particolari cautele e misure di salvaguardia.

È questo il testimone dell'ultima riforma. La giustizia civile ha bisogno di luce e trasparenza, oggi più che mai, e tutti coloro che davvero intendono contribuire a realizzarla sono dunque tenuti al rispetto delle necessarie garanzie, perché solo una giustizia dalle stesse correttamente presidiata può realmente essere giusta, e in quanto tale effettiva.

STEFANO A. VILLATA

EFFICIENZA ED EFFETTIVITÀ NELLA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE: VALORI INDIPENDENTI O “COMPLANARI”? UNO SGUARDO ALLA RIFORMA DEL PROCESSO DI COGNIZIONE E DELLE IMPUGNAZIONI

1. *Considerazioni preliminari sulla riforma*

Già il titolo del convegno alla quale è stato destinato il presente scritto (*Garanzie e efficienza nella giustizia in una prospettiva multidisciplinare*) sollecita immediate riflessioni sul difficile rapporto tra l'obiettivo di sistema (oggi finanziato anche dal PNRR) di avere un processo efficiente (ovvero principalmente rapido) e il rispetto delle garanzie indicate dell'art. 111 c.p.c., le quali, per riconoscimento della stessa norma, hanno la funzione di pervenire ad una decisione il più possibile giusta, ovvero aderente alla realtà fattuale e di diritto sostanziale, per quanto sia opinabile discorrere di verità materiale in un procedimento disciplinato da regole formali che tutelano anche interessi *altri*¹ rispetto al raggiungimento della verità, il tutto nel rispetto delle garanzie del contraddittorio.

Sotto questo punto di vista, l'accostamento tra efficienza e garanzie richiama immediatamente alla mente uno degli ultimi scritti di chi, in qualche modo, posso considerare (in quanto fratello maggiore del mio primo maestro Bruno Cavallone) il mio “zio” accademico, ovvero del compianto Edoardo Ricci: mi riferisco ad un contributo, comparso sulla nostra Rivista di diritto processuale, all'epoca da lui diretta, dal titolo “*Nooo! (La tristis-*

¹ Basti pensare alle limitazioni soggettive alla prova testimoniale che, seppur con alterne vicende innanzi alla Corte costituzionale, tutelano anche l'interesse del testimone a non rendere dichiarazioni auto-lesive: sul punto si rinvia allo studio di L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, *passim*.

sima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie)”²; si tratta di un’arguta nota a sentenza(e) a commento tra il critico e rassegnato di due pronunce, che sarebbe eufemistico definire, *praeter legem*, con le quali la Suprema Corte scardinava due garanzie fondamentali previste dal legislatore ordinario antepoendo ad ogni considerazione in tema di rispetto del *giusto processo* la necessità di assicurare la ragionevole durata del processo! Con la prima pronuncia³, le S.U. disconoscevano il diritto del convenuto di chiamare in causa un terzo ai sensi dell’art. 106 c.p.c., diritto avente il suo fondamento nel principio della parità delle armi (parimenti, pareva allora davvero ultroneo ricordarlo, garantito dall’art. 111 Cost.) e implicante, come situazione soggettiva correlativa, un dovere del giudice di differire l’udienza⁴ (al limite, verificata la sussistenza dei presupposti della comunanza di causa o della domanda di garanzia di cui all’art. 106 c.p.c.); con l’intervento delle Sezioni Unite – riguardante peraltro proprio un’ipotesi di chiamata del corresponsabile ai fini della proposizione di una domanda di garanzia (regresso) – tale dovere veniva invece improvvisamente mutato in un potere discrezionale del giudice, il cui esercizio avrebbe dovuto essere guidato dal faro (a quel punto, immanente in ogni operazione ermeneutica di norme processuali) dell’economia processuale e della ragionevole durata⁵, ma senza tenere in dovuto conto il principio di parità delle armi (rispetto all’attore che chiama in giudizio chi vuole) e l’esigenza di coordinamento della decisione sul rapporto di garanzia.

² In *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 975 ss.

³ Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309.

⁴ Il (dotto) legislatore della riforma del 1990 aveva infatti ben distinto dalla chiamata in causa, all’udienza, su istanza dell’attore (in conseguenza delle domande e delle eccezioni del convenuto), subordinata ad autorizzazione del giudice istruttore, l’ipotesi della chiamata in causa di terzo da parte del convenuto, che costituiva (e costituisce) esercizio del diritto di difesa contrapposto al diritto di azione, atteso che l’estensione del contraddittorio a terzi (soprattutto se garanti) consente di realizzare, oltre che uniformità e coordinamento decisivo, anche l’immediato effetto (ove il rapporto di garanzia sussista) di riversare sul patrimonio del garante le conseguenze pregiudizievoli della soccombenza, riguardo alla qual chiamata non vi era traccia, nella lettera della norma, della necessità di un’autorizzazione espressa da parte del giudice.

⁵ Sempre invocando i medesimi principi (*recte*, scopi) sottostanti all’attività giurisdizionale, Cass., sez. V, 18 febbraio 2010, n. 3830 consentiva di disapplicare l’art. 354 c.p.c. sulla rimessione della causa al primo giudice, in caso di accertata omissione dell’evocazione in giudizio di un litisconsorte necessario, in ipotesi in cui quest’ultimo aveva comunque partecipato ad un processo parallelo, innanzi allo stesso giudice, ma non formalmente riunito ad altro coinvolgente gli altri contitolari del rapporto sostanziale dedotto in causa.

Con tale operazione, le S.U. non tenevano conto che l'efficienza (*recte*, rapidità) senza effettività della tutela (anche per il convenuto) e in assenza della giustizia delle decisioni (perché potenzialmente scoordinate in relazione a situazioni giuridiche strettamente dipendenti⁶), non conduce a risultati *accettabili* sul piano generale dell'ordinamento e anche, ritengo, sul piano della necessaria *accettazione* da parte di quel popolo nel cui nome viene esercitata la giurisdizione e il cui prodotto dovrebbe essere, ce lo ricorda ancora l'art. 111 cost., una sentenza giusta e non una sentenza, purché sia...

Come si vedrà le osservazioni di Edoardo Ricci di allora sono ancora utili e attuali e devono costituire la guida per risolvere alcune questioni interpretative del testo uscito dalla fucina del Ministero della Giustizia, con la storia che ha brillantemente esposto Filippo Danovi nel contributo che precede il presente scritto.

In altre parole, seppur la c.d. riforma Cartabia è stata pensata per rendere il nostro processo civile più efficiente (e nella sostanza più rapido), per restituire competitività al nostro intero sistema economico, ma anche al sistema di tutela dei diritti pure fondamentali, non ci si può dimenticare che non conta solo la velocità del risultato⁷, ma ugualmente come ci si ar-

⁶Si veda Corte cost., 26 novembre 2020, n. 253 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 702-ter, comma 2, ultimo periodo, del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevede che, qualora con la domanda riconvenzionale sia proposta una causa pregiudiziale a quella oggetto del ricorso principale e la stessa rientri tra quelle in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, il giudice adito possa disporre il mutamento del rito fissando l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. La Corte, con la citata pronuncia, ha riconosciuto che nel bilanciamento tra le opposte esigenze – quella della rapidità del processo introdotto dall'attore e quella del *simultaneous process* in riferimento alla domanda riconvenzionale del convenuto che abbia ad oggetto una causa pregiudiziale – la preclusione alla proposizione di domanda riconvenzionale su causa pregiudiziale che appartenga alla competenza del tribunale collegiale risultava lesiva della tutela giurisdizionale del convenuto trattandosi di connessione "forte"; in altre parole, l'effettività della tutela (alla quale è sottesa la realizzazione del cumulo) può prevalere sull'efficienza della giustizia. V. anche, per ulteriori spunti, la recentissima Corte cost., 3 giugno 2024, n. 96, che, pronunciandosi sulla legittimità del nuovo art. 171-bis c.p.c., ha "ribadito che l'esigenza della rapidità del processo insita nel canone della sua «ragionevole durata» non può pregiudicare la completezza del sistema delle garanzie della difesa e comprimere oltre misura il «contraddittorio tra le parti» (art. 111, secondo comma, Cost.). Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata (sentenze n. 116 e n. 67 del 2023, n. 111 del 2022 e n. 317 del 2009)". La norma è stata significativamente *manipolata* dalla Corte, introducendo, come si dirà meglio, una possibile udienza intermedia.

Si leggano anche le considerazioni di C. CAVALLINI, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 825 ss.

⁷Invita a considerare la *relatività* del principio di ragionevole durata anche la stessa Suprema Corte, ad esempio Cass., sez. III, ord. 5 febbraio 2021, n. 2832: "i principi di economia pro-

riva – con un processo rispettoso delle garanzie costituzionali di cui all’art. 111 Cost. (principalmente contraddittorio tra le parti e nei rapporti con il giudice nonché parità delle armi) – e infine il prodotto finale, ovvero una sentenza il più possibile giusta (cioè, corrispondente alla realtà fattuale e alle norme di diritto applicabili alla fattispecie)⁸.

Non sempre efficienza e giustizia potranno andare a braccetto: basta un’osservazione al riguardo banale; nel momento in cui il nostro ordinamento – dal lontano 1990 – ha optato – dopo 40 anni di applicazione del sistema opposto – per un sistema di preclusioni (più o meno rigide, più o meno allentate, più o meno cadenzate), ha scelto di dar prevalenza all’efficienza rispetto alla giustizia della decisione. Nel momento in cui si prescrive, ad esempio, che i mezzi di prova debbano essere introdotti entro un determinato termine e si sanziona con l’inammissibilità le istanze istruttorie tardive, si sta scontando una fisiologica divaricazione tra esito del processo e realtà sostanziale (o se si preferisce, verità, sempre nei limiti sopra descritti), atteso che non sarà considerato dal giudicante ciò che è stato tardivamente introdotto (fatta salva la valvola di sfogo, generalizzata nell’art. 153 c.p.c., della rimessione in termini per decadenza non imputabile e l’utilizzo, certo non frequente nel rito ordinario, dei poteri istruttori ufficiosi).

La suddetta impostazione, favorevole a un sistema di preclusioni, è stata, come noto, avallata anche dalla riforma Cartabia che, nell’incidere sulla fase introduttiva e preparatoria dell’udienza (auspicabilmente unica) del rito ordinario di cognizione, ha sostanzialmente confermato un sistema di preclusioni assertive e istruttorie che, più o meno (con alcune significative differenze) ricalca – tenendo conto dell’anticipazione delle memorie integrative a prima dell’udienza – il meccanismo delle tre memorie *spurie* (perché aventi – soprattutto la seconda, ma oggi anche la terza – duplice finalità, assertiva ed istruttoria) introdotte dall’ultima riforma che aveva interessato il rito ordinario.

Ci si può chiedere se quanto esposto abbia a che fare anche con l’ef-

cessuale e ragionevole durata del processo non ostano all’accoglimento della richiesta di supplemento della consulenza tecnica in quanto l’esigenza di una tempestiva definizione del giudizio, dotata di rilievo costituzionale se, appunto, ragionevole, non è concepita quale valore assoluto, ma in rapporto alle altre tutele costituzionali e, in particolare, al diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio sancito dall’art. 24 Cost.”.

⁸Per interessanti considerazioni in ordine al rapporto tra efficienza del processo, effettività e giustizia della decisione e prospettiva di analisi economica del diritto processuale civile si veda il contributo di C. CAVALLINI, *Giustizia civile, economia e costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, p. 24 ss., spec. p. 35 ss.

fettività della tutela; concetto che appare ormai metabolizzato dalla dottrina processualistica sia civile sia amministrativa sia di diritto dell'Unione Europea, ma al quale, mi pare, si attribuiscono invece, a volte, significati diversi⁹.

Effettività della tutela che attiene al contenuto della tutela, il quale deve essere idoneo a soddisfare adeguatamente il diritto sostanziale (o l'interesse legittimo) del postulante. Principio di effettività che viene accostato a quello di pienezza di tutela e che implica che il processo deve essere lo strumento attraverso cui il soggetto leso possa ottenere, ricorrendo al giudice, tutto e proprio quello che gli spetta in base al diritto sostanziale (nei limiti di ciò che è giuridicamente e praticamente possibile)¹⁰ e quindi, tendenzialmente, la tutela specifica e più idonea ad attribuire allo stesso la concreta utilità che l'ordinamento gli riconosce.

E in questo senso si deve riconoscere che il legislatore del processo civile, nel suo progressivo ampliamento dello strumento delle misure coercitive indirette (generalmente ordinabili, oggi addirittura anche in fase esecutiva, dal novellato testo dell'art. 614-*bis* c.p.c.) ha fatto passi impensabili (solo 20 anni fa) in direzione del riconoscimento di una tutela effettiva (che non può che essere, auspicabilmente, specifica) dei diritti sostanziali (sempre nei limiti del rispetto della dignità umana¹¹, declinato nella impossibilità di forzare, con strumenti diversi da sanzioni economiche o, eccezionalmente, penali¹², la condotta dell'obbligato recalcitrante).

Ma tutela effettiva significa anche l'apprestamento da parte del legislatore di una disciplina processuale (da quella di primo grado, alle impugnazioni) che consenta la piena attuazione delle regole di diritto sostanziale o, in altre parole, l'emanazione di una decisione *giusta*. Questo secondo profilo dell'effettività della tutela (che riguarda quindi non solo il contenuto della tutela richiesta, ma anche la disciplina procedimentale che consente alla decisione di essere giusta con riguardo al suo contenuto) ha trovato di recente ampia attenzione a seguito dei noti interventi della Corte di giustizia in materia di "giudicato" da decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nei contratti con i consumatori. A seguito dell'arresto della Corte del Lus-

⁹ Sul punto si veda il recente lavoro monografico di U. COREA, *Condanna civile e misure coercitive*, Pisa, 2023, p. 144 ss., spec. p. 145: il concetto di effettività non si presta ad essere ricompreso in un'unica definizione.

¹⁰ Secondo la felice intuizione di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960 (rist.), pp. 39 ss., spec. p. 41.

¹¹ V. sul punto, U. COREA, *Condanna civile*, cit., p. 230 ss.

¹² Penso all'art. 388 c.p.

semburgo¹³, la Corte di cassazione a Sezioni Unite¹⁴ – alla prima occasione utile, utilizzando lo strumento dell’art. 363 c.p.c. – ha individuato (*recte*, costruito) una specifica disciplina processuale da osservarsi sia nel rito monitorio sia con riguardo ai decreti ingiuntivi già emessi senza il rispetto delle “nuove” regole al fine di consentire la piena attuazione della disciplina di protezione del consumatore adottata a livello europeo (anche superando istituti cardine del nostro diritto processuale quali la cosa giudicata).

Nel seguito di questo scritto si cercherà quindi di individuare come il legislatore della riforma ha cercato di temperare efficienza (*sub specie* di tendenziale perseguimento della ragionevole durata del processo) e effettività della tutela, evidenziando eventuali soluzioni interpretative (anche un po’ “ortopediche”) che consentano di mantenere il processo civile riformato nei canoni del giusto processo presidiato, va ricordato, non solo dall’art. 111 Cost. ma anche dall’art. 6 CEDU, come ha sperimentato la nostra Suprema Corte che si è visto, ad esempio, ampiamente criticato dalla sentenza Succi et alii della Corte Europea dei diritti dell’uomo¹⁵ il formalismo esasperato del principio di autosufficienza del ricorso, come declinato, da un orientamento si spera ormai in via di superamento, quale onere di trascrizione integrale di ogni singolo atto e ogni singolo documento sul quale il ricorso si fonda.

2. Il difensore davanti al bivio del rito semplificato di cognizione

Alla luce del necessario coordinamento tra efficienza, effettività e garanzie si passa quindi, innanzi tutto, ad affrontare la nuova disciplina del processo di cognizione, che rappresenta tipicamente il banco di prova più critico dove si confrontano le esigenze di un processo il più possibile spedito (nell’ottica di consentire all’attore il conseguimento più celere del bene della vita richiesto, e nella consapevolezza che la durata del processo realizza *ex se* un patologico iato, quanto meno temporale, tra regola del diritto sostanziale e sua concreta attuazione) e le garanzie (il contraddittorio e la parità delle armi *in primis*).

L’esposizione del processo riformato non dovrebbe più muovere dal

¹³ Mi riferisco alla nota pronuncia Corte giut. UE, Grande Sez., 17 maggio 2022, cause riunite C 639/19, SPV Project 1503, e C-831/19, Banco di Desio e della Brianza e a.

¹⁴ Mi riferisco a Cass., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9479.

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, 28 ottobre 2021, Succi et alii vs Italia.

contenuto dell'atto introduttivo del processo, posto che il postulante la tutela (*recte*, il suo difensore) è innanzi tutto posto, dalla riforma Cartabia, di fronte ad un bivio su quale sia la strada (*recte*, il rito processuale) da seguire. Il novello legislatore – anche attraverso un'operazione (sistematicamente rilevante) di trasloco dal IV libro al II libro delle norme sul procedimento sommario, oggi procedimento semplificato di cognizione – ha voluto affermare con forza la piena alternatività tra quest'ultimo rito (appunto semplificato) e quello ordinario di cognizione.

Addirittura, l'art. 281-*decies*, comma I, c.p.c. sembrerebbe imporre – attraverso l'uso perentorio del modo indicativo, in contrapposizione al verbo “potere” del comma 2¹⁶ – che l'attore segua la strada del rito semplificato per le controversie per cui ricorrono i presupposti ivi individuati (fatti non controversi, ovviamente dal punto di vista dell'attore e facendo evidentemente riferimento alla fase stragiudiziale che spesso precede il contenzioso¹⁷, domanda fondata su prova documentale, o di pronta soluzione o istruttoria non complessa, requisito quest'ultimo, anch'esso, difficile da valutare *ex ante* e che presuppone ancora una volta di conoscere l'area dei fatti che verranno plausibilmente contestati dalla controparte).

In ogni caso, il messaggio di fondo che si può cogliere dall'intervento legislativo è che, per garantire una migliore efficienza del processo civile, le cause “semplici” dovrebbero essere trattate con il rito semplificato che è (sarebbe) il rito di elezione per il processo di primo grado, lasciando solo alle cause più complesse la strutturata (bene o male, lo si vedrà meglio *infra*) fase introduttiva-preparatoria del giudizio di cognizione ordinario.

L'intento mi sembra da approvare e costituisce in fondo l'attuazione di un principio di logica elementare, ancor prima che giuridico: lo strumento per l'attuazione dei diritti deve essere strutturato in maniera proporzionale rispetto alla complessità della vicenda. In altre parole, in una visione complessiva del sistema che ha a cuore anche l'interesse superindividuale alla

¹⁶ Lo schema di decreto legislativo correttivo trasmesso, al momento della redazione del presente scritto, alle Camere chiarisce che il rito semplificato, nei procedimenti innanzi al giudice monocratico, può essere utilizzato anche se non ricorrono i presupposti di cui al comma 1, sopra sinteticamente descritti.

¹⁷ Ché altrimenti la disposizione non avrebbe alcun senso, posto che solo dopo che il convenuto si è costituito si può verificare se i fatti siano o meno contestati. Quello che si chiede quindi al ricorrente è un giudizio prognostico, guardando al pregresso stragiudiziale (che di frequente precede l'instaurazione del contenzioso), sul grado di contestazione ad opera della controparte dei fatti posti a fondamento della decisione.

corretta allocazione delle (scarse) risorse dell'amministrazione della giustizia, deve essere rispettato il principio di proporzionalità tra strumento processuale e vicenda litigiosa.

È esperienza pratica di chi frequenta i nostri tribunali che vi sono certamente cause per le quali è inutile lo scambio delle tre memorie oggi previste dall'art. 171-ter c.p.c. (ieri dal vecchio art. 183 c.p.c.); cause nelle quali il *thema decidendum* e *probandum* può essere agevolmente definito negli atti introduttivi e, al limite, all'udienza (o nella relativa minimale appendice scritta), purché questa sia una vera udienza, in cui le parti e il giudice possano reciprocamente ascoltarsi e individuare le questioni rilevanti, i fatti specificamente contestati e perciò bisognosi di prova orale, il tutto in un auspicabile clima di lealtà processuale. Una vera udienza che dovrebbe quindi fuoriuscire dal campo di applicazione dell'art. 127-ter c.p.c. e della sostituzione della stessa con il deposito di note scritte¹⁸; note scritte che hanno poco a che vedere con il necessario dialogo tra parti e giudice che costituisce esercizio del diritto al contraddittorio di ciascuna parte nei confronti della controparte e del giudice.

La chiave di volta per conseguire il miglior risultato possibile sul piano del temperamento tra efficienza ed effettività è però rappresentata dalla *postura* del giudicante in relazione a due questioni tra di loro strettamente correlate: una è più di fatto (e di prassi) e riguarda la disponibilità del giudice a consentire significativa attività in udienza, attività di *emendatio* e istruttoria che non può essere limitata al semplice rinvio agli atti difensivi precedentemente depositati. La disponibilità del giudice (coadiuvato magari dagli addetti all'ufficio del processo) a verbalizzare appare una questione di bassa cucina ma che influenza il concreto vivere del processo civile molto più di qualsiasi norma processuale.

La seconda questione riguarda l'interpretazione della formula del "giustificato motivo" di cui all'art. 281-duodecies c.p.c. che consente, su richiesta delle parti, di beneficiare di un'ulteriore appendice scritta per, nei successivi 20 giorni precisare e modificare domande ed eccezioni e introdurre mezzi di prova, e, nei successivi 10 giorni replicare e dedurre prova contra-

¹⁸ Va quindi salutato con favore la (seppur parziale) riduzione del campo di applicabilità dell'udienza c.d. *cartolare* che si rinviene nello schema di decreto correttivo ove si legge che all'art. 127-ter, comma 1, c.p.c. va aggiunto che "l'udienza non può essere sostituita quando la presenza personale delle parti è prescritta dalla legge o disposta dal giudice"; intervento che mi pare ancora troppo timido, posto che dall'ambito di applicazione del rito cartolare andrebbero, a mio avviso, espunte anche le ipotesi di udienza di discussione (come quella prevista dall'art. 281-sexies c.p.c.) e anche l'udienza del rito semplificato di cognizione.

ria. Con la solita – a mio avviso foriera di incertezze – sovrapposizione tra piano dell'allegazione (e quindi dell'introduzione dei fatti) e delle istanze istruttorie.

Il successo del rito semplificato dipende sostanzialmente da quanto le prassi in uso in udienza e l'interpretazione (che io auspico) larga del giustificato motivo rassicureranno *ex ante* il difensore dell'attore che si trova di fronte a quell'ipotetico bivio in ordine al rito da scegliere che ho sopra descritto.

Le prime prassi – emergenti dal lavoro degli osservatori sulla giustizia civile – sembrano incoraggianti, nel senso di consentire la riapertura delle preclusioni (che maturerebbero comunque con lo svolgimento dell'udienza) quando tale esigenza discenda dall'attività difensiva della controparte; in questo senso sembra muoversi anche il legislatore del decreto c.d. correttivo, il cui schema, trasmesso alle Camere, prevede che la concessione dei termini non sia più subordinata alla ricorrenza del giustificato motivo ma alla constatazione, da parte del giudice, della sussistenza di un'esigenza insorgente dalle difese della controparte (il che però metterà definitivamente fuori campo l'appendice scritta nel processo contumaciale e richiederà quindi atti introduttivi completi di ogni possibile istanza istruttoria, o, in alternativa, larga tolleranza da parte del giudice nel consentire la verbalizzazione dell'integrazione delle proprie istanze istruttorie al ricorrente, in occasione dell'udienza, di fronte a convenuto contumace).

Non dovendosi poi trascurare, in un'ottica di economia del processo, che tanto più facilmente verrà accordata l'autorizzazione alle due memorie, tanto meno onerosa sarà la redazione degli atti introduttivi in tema di richieste di ammissione di prove costituenti, con conseguente minor sforzo iniziale (anche economico) da parte del difensore del ricorrente: ci si riferisce in particolare al tema della completezza (o meno) in punto di istanze istruttorie del ricorso introduttivo nel rito semplificato di cognizione. Sepur allontanandosi dalle direttive della legge delega (che imponevano una chiara determinazione delle preclusioni¹⁹), il legislatore delegato non ha previsto specifiche decadenze per le attività istruttorie legate agli atti introduttivi (come invece sono inferibili dalla disciplina del processo del lavoro): è giocoforza ammettere che la preclusione alle stesse si verifichi con l'udienza, ovvero con la sua appendice scritta, in conseguenza della chiu-

¹⁹ V. art. 1, comma 5, lett. n), 4) per il quale il rito semplificato avrebbe dovuto essere "disciplinato mediante l'indicazione di termini e tempi prevedibili e ridotti rispetto a quelli previsti per il rito ordinario per lo svolgimento delle difese e il maturare delle preclusioni, nel rispetto del contraddittorio fra le parti".

sura della fase di determinazione del *thema decidendum* e *probandum*, atteso che a seguito di detta attività si dovrebbe aprire o la fase istruttoria in senso stretto o quella decisoria. Ma se così stanno le cose (come io ritengo), il ricorrente non è tenuto ad articolare, nel ricorso introduttivo, ogni istanza istruttoria a copertura di ogni singolo fatto costitutivo, ma può attendere di leggere le difese della controparte, per poi dedurre (in udienza ed, eventualmente, nell'appendice scritta) le proprie istanze istruttorie in relazione a fatti che siano stati specificamente contestati dalla controparte, evitando così di predisporre (in sede di atto introduttivo) istanze superflue o di effettuare produzioni sovrabbondanti, con un beneficio finale in punto di efficienza che dovrebbe riguardare anche le risorse allocate (e i costi da sostenere) per quel processo da ciascuna parte (risorse ovviamente minori se non si costringono le parti – *recte*, i loro difensori – ad articolare immediatamente tutte le richieste istruttorie con riguardo ad ogni circostanza di fatto, senza nemmeno sapere se i fatti saranno o meno contestati; cosa che invece avviene nel processo del lavoro, dove però è largamente consentita, dalla prassi, una capitolazione per richiamo alla narrazione in fatto dell'atto introduttivo “espunti valutazioni e giudizi”).

È facile però prevedere che – seppur destinate ad operare in due momenti diversi – la valutazione della complessità della causa (che il giudice dovrebbe fare *in limine* d'udienza per decidere se disporre, con ordinanza non impugnabile, la conversione del rito da semplificato in ordinario) si intersecherà con quella della ricorrenza del giustificato motivo (che presuppone la necessità di svolgere attività difensive più complesse, all'esito del contraddittorio).

Tanto più la causa, anche a seguito delle difese del convenuto e dell'interlocuzione delle parti all'udienza, apparirà al giudice complessa – e bisognosa di un più disteso contraddittorio scritto tramite tre memorie depositate in tempi relativamente più “rilassati” – tanto più facilmente verrà disposta la conversione del rito (più che la concessione delle due memorie nei venti e dieci giorni).

Resta il fatto che, attraverso la ponderazione, oggi, del *giustificato motivo*, domani con il decreto correttivo, della ricorrenza dell'esigenza difensiva, si attribuisce al giudice un incisivo potere di *case management*, auspicabile in quanto lo stesso sia esercitato nel contraddittorio tra le parti che si dovrebbero comportare in maniera *leale*; cosa che del resto, avviene, di frequente, in arbitrato, dove il calendario delle attività processuali, pur formalmente deciso dall'arbitro, trova sempre il supporto nell'accordo delle parti.

Ed allora, proprio la prima udienza del rito semplificato può divenire l'occasione per quella giustizia consensuale (anche procedurale) che, con-

divisibilmente, sta tanto a cuore, ad esempio, a Roberta Tiscini nel recente volume²⁰ apparso che raccoglie quanto diffusamente esposto nel corso del nostro convegno dell'associazione fra gli studiosi del processo civile di settembre scorso a Napoli.

Giustizia procedurale consensuale che consente di adattare, come un abito sartoriale, le regole processuali alla complessità o semplicità della singola lite, con il raggiungimento di un (questa volta fisiologico, perché voluto, e non subito, anche dalle parti) equilibrio tra efficienza ed effettività.

Giustizia procedurale consensuale che richiede ovviamente un cambiamento di *habitus* culturale da parte del difensore che, pur nella tutela del preminente interesse del proprio cliente, non deve ostacolare una definizione equilibrata delle modalità procedurali idonee alla trattazione della causa (sempre nel rispetto di schemi pre-individuati dal legislatore, in attuazione della garanzia del processo sia giusto sia regolato dalla legge).

3. *Il rito ordinario di cognizione*

Efficienza ed effettività tornano poi a confrontarsi nella fase antecedente all'udienza del nuovo rito di cognizione.

Ripercorrendo sinteticamente i principali elementi di struttura della nuova fase introduttiva/di trattazione pre udienza giova ricordare che:

- Sono stati allungati i termini a comparire da 90 a 120 giorni per:
 - o consentire la definizione del *thema decidendum* e *probandum* prima dell'udienza attraverso lo scambio anticipato delle tre memorie integrative;
 - o affidare al giudice il compito di effettuare, in solitudine, quelle verifiche preliminari che prima venivano svolte all'udienza nel contraddittorio.
- In udienza il giudice, ad allegazioni e istanze istruttorie consolidate e a fascicolo (auspicabilmente) studiato, dovrebbe instradare la causa, eventualmente fallito il tentativo di conciliazione, o: (a) verso il rito semplificato (ipotesi poco praticabile, posto che sono già state scambiate tre memorie e la fase istruttoria del semplificato, come quella decisoria è sostanzialmente identica, tant'è che c'è già chi ha ritenuto che tale conversione, nonostante il testo attuale dell'art. 183-*bis* c.p.c. che fa riferimento all'udienza, possa essere disposta in sede di verifiche prelimi-

²⁰ R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023.

nari, previa fissazione di un'udienza non prevista per sentire le parti, ed in tal senso si muove lo schema di decreto legislativo correttivo²¹); oppure (b) verso la fase decisoria (con i diversi modelli di svolgimento in forma orale, mista e scritta) perché la causa è matura per la decisione per tutte le ragioni di cui all'art. 187 c.p.c.; o ancora (c) verso l'assunzione dei mezzi di prova ritenuti ammissibili e rilevanti.

Ferma restando la possibilità – resa fisiologica dall'imposizione della comparizione personale delle parti per interrogatorio libero e tentativo di conciliazione (comparizione personale incompatibile con la trattazione scritta²²) – di addivenire ad una soluzione consensuale della lite, anche attraverso il potenziamento dell'art. 185-*bis* c.p.c. (e alla proposta conciliativa-transattiva del giudice ivi prevista) realizzato dalla (auspicata e per me auspicabile) presenza personale delle parti, sulla carta in grado di meglio consentire la ponderazione, nell'immediatezza dell'udienza, della percorribilità di una soluzione conciliativa che possa soddisfare, almeno in parte, gli interessi di ciascuno.

I punti critici di questo nuovo schema processuale sono diversi, e la loro risoluzione – avendo come faro non solo l'efficienza del processo ma anche il rispetto delle garanzie fondamentali (*in primis* il contraddittorio) – costituirà la cartina di tornasole per verificare se la riforma avrà funzionato o meno.

Il primo punto critico è il fatto che le verifiche preliminari avvengono in assenza di contraddittorio: chiunque frequenti i tribunali sa benissimo che tutte le questioni preliminari di rito (da quelle più semplici) riguardanti la validità della notifica a quelle (più complesse) riguardanti ad esempio la necessità della partecipazione di un litisconsorte necessario si risolvono più agevolmente (ed anche più efficientemente) nel contraddittorio delle parti: l'attore che, a seguito di rilievo della carenza documentale di una ricevuta di consegna della notifica avvenuta via pec o della ricevuta di ritorno della notifica postale, produrrà la ricevuta di consegna firmata digitalmente o

²¹ Il comma IV dell'art. 171-*bis* c.p.c., come novellato dallo schema di decreto correttivo, dovrebbe infatti prevedere che il giudice, in sede di verifiche preliminari, laddove ritenga che in relazione a tutte le domande proposte ricorrano i presupposti di cui al comma 1 dell'art. 281-*decies*, disponga la prosecuzione del processo nelle forme del rito semplificato di cognizione e fissi l'udienza di cui all'art. 281-*duodecies* nonché il termine perentorio entro il quale le parti possono integrare gli atti introduttivi mediante deposito di memorie e documenti.

²² Come infine riconosciuto dallo schema di decreto correttivo che, modificando l'art. 127-*ter* c.p.c., vieta l'utilizzo dell'udienza cartolare per quelle udienze ove è imposta la comparizione personale delle parti.

l'estratto del pubblico registro dal quale emerga la correttezza dell'indirizzo usato o ancora la ricevuta di ritorno mancante; l'attore che chiarisce la situazione sostanziale dedotta in giudizio e la tutela richiesta consente al giudice di sceverare se ci si trova di fronte ad una situazione sostanziale plurisoggettiva riguardo alla quale manca la parte necessaria *ex art. 102 c.p.c.*

Non a caso, vi sono stati commentatori che invitano il giudice ad "arrestare" in qualche modo il corso del processo (non emanando il decreto *ex art. 171-bis c.p.c.* e fissando, in forza dei poteri direttivi del giudice istruttore, un incontro tra parti e giudice, che a volte si ha remore a chiamare udienza) per individuare le circostanze di fatto e di diritto rilevanti per la risoluzione della questione. O ancora, si è osservato – ma mi pare ovvio – che il c.d. decreto preliminare di cui all'art. 171-*bis c.p.c.* non costituisce certo l'ultima occasione per un rilievo ufficioso di questioni processuali e di merito. Con il che però si corre il rischio di scompaginare l'orditura incalzante impressa alla fase introduttiva dal legislatore che dovrà quindi essere ripetuta, ove venga (tardivamente) rilevata una questione processuale che rende necessaria la rinnovazione di una notifica o dell'atto introduttivo o l'evocazione in giudizio di un terzo (ma sulla strutturale inidoneità ad accogliere nel processo un terzo, ripetendo a mio avviso l'errore già compiuto con il processo societario, mi soffermerò tra poco).

Sul punto, giova segnalare una prassi intermedia, che mi sembra apprezzabile per superare le questioni relative alla mancanza della prova della notifica: invece di dichiarare immediatamente la nullità di quest'ultima e disporre la rinnovazione (con conseguenti ulteriori 120 giorni liberi), appare condivisibile l'invito (nell'esercizio dei generali poteri direttivi del giudice e di individuazione delle questioni rilevabili d'ufficio) rivolto all'attore, immediatamente dopo la (mancata) costituzione del convenuto, a produrre ciò che eventualmente manchi in termini ristretti, sì da consentire al giudicante il rispetto del termine di 15 giorni per l'emanazione del provvedimento di cui all'art. 171-*bis c.p.c.*

Sulla complessiva questione si è successivamente pronunciata la Corte costituzionale con la citata sentenza 3 giugno 2024, n. 96 che ha significativamente emendato (tramite interpretazione dichiaratamente adeguatrice, ma significativamente innovativa) la fase del decreto preliminare, introducendo la possibilità, in virtù dei poteri di direzione del procedimento, di fissare un'udienza prima dell'emanazione del decreto e la correlativa facoltà per le parti, ove il decreto sia emanato senza previa udienza, di richiederne la fissazione, con la conseguenza che, laddove ciò non avvenga, la parte rimarrebbe libera di non dar corso all'adempimento richiesto dal decreto (ad es., rinnovazione della citazione nulla) per richiedere in prima

udienza la revoca del decreto, senza incorrere in decadenze di sorta (anche laddove il decreto venisse confermato).

La seconda questione che evidenzio è l'eccessiva compressione dei termini per le tre memorie integrative antecedenti all'udienza: quaranta, venti e dieci giorni prima dell'udienza.

Se il rito ordinario è stato pensato per le cause complesse, ci si chiede come si possa limitare a soli dieci giorni il diritto di replicare alle eccezioni nuove legittimamente introdotte con la seconda memoria e, soprattutto, di indicare la prova contraria. Basti pensare ad un giudizio (plurilaterale) certamente complesso come un'azione di responsabilità contro amministratori, sindaci, società di revisioni con chiamate in causa delle compagnie assicuratrici per la responsabilità civile, per rendersi conto che vi è il rischio che in dieci giorni non si riescano nemmeno a esaminare tutte le prove documentali prodotte dalle controparti e men che meno quindi articolare una qualsiasi prova contraria.

Impregiudicata ogni questione relativa alla singolare, ma ribadita dalla S.C., applicazione a contrario dell'art. 155, comma 5, c.p.c. anche ai termini a ritroso scadenti financo il sabato (pur a fronte della possibilità di depositare gli atti, telematicamente, ogni giorno della settimana), con ulteriore compressione dei termini a difesa di ulteriori due giorni (che si riducono a otto, se non a sette²³) se la prima udienza si tiene di mercoledì.

Mi sembra ovvio che non consenta alcuna effettività della tutela un rito che non permette una serena articolazione della prova contraria.

Una terza notazione ha ad oggetto le attività consentite nelle tre memorie: numero di tre che ricalca la penultima riforma nella quale – per accorciare i termini del processo – si era deciso di sfoltirle rispetto alle quattro precedenti, allorché era prevista, con maggiore razionalità, innanzi tutto una definizione delle attività assertive nelle memorie *ex art.* 183 c.p.c. e poi la definizione delle richieste istruttorie nelle memorie *ex art.* 184 c.p.c.

Le memorie da quattro diventarono tre e si rese necessario “mischiare” attività assertive e attività istruttorie, con la difficoltà per le parti di formulare istanze istruttorie complete quando ancora i fatti da provare non sono stabilizzati (perché la controparte ne può introdurre di nuovi e contestarli).

²³ Come noto, con l'attuale sistema di processo civile telematico (diversamente da quello amministrativo) gli atti depositati dalla controparte non sono immediatamente visibili ma richiedono un'attività di “accettazione” da parte del cancelliere: il che comporta che gli atti depositati (legittimamente) dal pomeriggio saranno visibili il giorno successivo; per non parlare di quelli depositati il venerdì che saranno accessibili, usualmente e salvo cancellieri diligenti che lavorano il sabato, il lunedì successivo.

Il problema si ripete (e anzi è amplificato) nelle tre memorie integrative del 171-ter che consentono, fino ad addirittura la terza memoria (e in attuazione del principio del contraddittorio) l'introduzione, nella forma anodina della *replica* (concetto su cui sarà il caso di riflettere approfonditamente in futuro), di nuove circostanze di fatto. Ma allora con la necessità per la parte che ha replicato di introdurre prove dirette rispetto al fatto allegato con la replica (cosa che si può direi ancora fare nella terza memoria) e della controparte di articolare prova contraria, a questo punto nell'udienza, anche tramite lo strumento salvifico dei provvedimenti *ex art.* 101 c.p.c. (sempre che alla stessa norma, come novellata, si riconosca una portata estensiva del principio del contraddittorio, come correttamente proposto da Luiso²⁴, e non una restrittiva, come invece segnalato da alcuna dottrina, in recepimento delle indicazioni della S.C. sulla rilevanza della nullità per violazione della norma processuale soltanto in caso di lesione del diritto di difesa²⁵).

Applicazione dell'art. 101 c.p.c. che si rivela l'unico strumento di *case management* utilizzabile per evitare una frustrazione della garanzia fondamentale del contraddittorio, a fronte della perentorietà dei termini assegnati dalla legge (e del non innovato disposto dell'art. 153 c.p.c. che non consente deroga ai termini perentori, ad eccezione della rimessione in termini).

4. Cenni all'intervento del terzo

Come detto poi, il nuovo rito si mostra poco accogliente per l'intervento del terzo. Non solo di quello volontario, ma anche per la chiamata in causa del terzo su istanza dell'attore. È vero che si tratta di evenienza, come candidamente ammette la relazione illustrativa, piuttosto rara. Ma il fatto che la relativa istanza debba essere oggi contenuta nella prima memoria integrativa, unito al fatto che su tale istanza provvede il giudice all'udienza, comporta che la relativa autorizzazione alla chiamata del terzo determinerà lo scompaginamento dello schema processuale seguito, do-

²⁴ V. ad es. F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 22 ss.

²⁵ Segnala il pericolo R. DONZELLI, *Riforma del processo civile: le disposizioni generali e il processo di cognizione*, in *Giustiziavivile.com*, p. 3. V. anche A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, p. 18 s. che esclude però che la norma possa essere così interpretata.

vendo il giudice fissare una nuova udienza nel rispetto dei termini a comparire di 120 giorni rispetto alla quale decorreranno i termini per tre nuovi giri di *valzer* di memorie integrative, ovviamente limitate al contraddittorio tra terzo e le altre parti. E non è inverosimile che il giudice, nel valutare l'opportunità della chiamata, tanto più sulla scia della decisione delle s.u. citata all'inizio, tenga conto del conseguente prolungamento dei tempi processuali per denegare la chiamata del terzo; in caso però di connessione forte (com'è spesso la chiamata del terzo c.d. vero obbligato), significa rinunciare alla giustizia della decisione (che tenga in considerazione le situazioni sostanziali strettamente connesse e consenta lo *ius loquendi* di tutti i titolari delle stesse) per inseguire la ragionevole durata del processo.

Anche l'intervento volontario del terzo presenta difficoltà applicative in relazione all'attuale struttura del processo. Mentre la riforma ha confermato il termine ultimo per l'intervento aggiornandolo alla variata struttura della fase decisionale (l'intervento è oggi ammissibile sino a quando non viene fissata l'udienza di rimessione della causa in decisione), rimane l'apparente contrasto con il comma 2 che non consente al terzo di complete atti preclusi per le altre parti. Il coordinamento rimane incerto, con principale riguardo agli interventi innovativi (ed in particolare all'intervento principale, ove l'esigenza di trattazione unitaria risiede in ragioni non solo di economia processuale ma di giustizia della decisione, che per essere tale deve anche considerare la posizione giuridica del terzo, altrimenti legittimato ad intervenire in appello o a proporre opposizione di terzo *ex art.* 404 c.p.c.). Ragioni che hanno ad esempio portato la Corte costituzionale, con la sent. n. 253/2020 citata, a ritenere illegittima la norma che impediva al convenuto di proporre, nell'abrogato rito sommario, una domanda riconvenzionale su questione pregiudiziale appartenente alla competenza del giudice collegiale. Le regole processuali dovrebbe sempre offrire alle parti e ai terzi la possibilità di evitare la disarticolazione dei nessi forti sussistenti tra le situazioni sostanziali (quali quelli per connessione per pregiudizialità-dipendenza o incompatibilità).

Deve quindi condividersi l'interpretazione proposta da Cesare Cavallini²⁶ per la quale l'intervento principale deve essere ammesso anche oltre il termine di costituzione del convenuto e anche oltre le memorie integrative sino ad almeno all'udienza (se non anche dopo²⁷): il meccanismo di ade-

²⁶ C. CAVALLINI, *Il "simultaneus processus": principi, valori, attuazione (a proposito della riforma)*, in *Giur. it.*, 2023, p. 460 ss., spec. p. 463 ss.

²⁷ Come ritiene la Suprema Corte: cfr., ad esempio, Cass., sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25798 per la quale «la formulazione della domanda costituisce l'essenza stessa dell'intervento principa-

guamento del processo all'intervento del terzo può essere ricavato in via analogica dall'art. 269 c.p.c., ultimo comma, tramite l'assegnazione di nuovi termini per memorie integrative, con contraddittorio ovviamente limitato alle posizioni del terzo.

5. *Le impugnazioni e il rinvio pregiudiziale*

Qualche cenno, infine, alle impugnazioni: l'appello non ha subito incisive eliminazioni: eliminato il fastidioso filtro d'appello, è stata generalizzata la figura del consigliere istruttore e si è dato largo spazio a soluzioni decisorie, sempre con sentenza, con differenti moduli (in funzione della complessità della vicenda). Sono stati poi meglio chiariti i presupposti della pronuncia inibitoria legata alla ricorrenza o del *fumus* rafforzato (*sub specie* di manifesta fondatezza) o del *periculum in mora* (declinato nel pregiudizio grave e irreparabile anche in relazione alla possibile insolvenza di una delle parti): la formulazione sembra porre in alternativa i due requisiti, con esclusione quindi del consueto *bilanciamento* sapientemente operato dal giudice. È prevedibile che, al di là dei (sintetici) stilemi motivazionali adoperati dai giudicanti, si perseveri (condivisibilmente) nella tecnica del suddetto bilanciamento.

Più interessante è la riforma del giudizio di cassazione, con il definitivo confinamento dell'udienza pubblica a ricorsi che abbiano in potenza portata nomofilattica e l'inserimento del nuovo procedimento per la decisione accelerata monocratica del ricorso ritenuto inammissibile/manifestamente infondato/improcedibile. Decisione che diventa definitiva (con un singolare meccanismo di estinzione per inattività), se il ricorrente non si oppone, richiedendo la decisione del ricorso da parte del collegio, correndo però il rischio di andare incontro alle ineluttabili sanzioni del III e IV comma dell'art. 96 c.p.c. laddove la decisione collegiale confermi la proposta di definizione anticipata del magistrato designato (in predicato di divenire, financo, consigliere relatore o comunque membro del collegio decidente). L'istituto, con chiari intenti deflattivi, ha già creato problemi di contempe-

le e litisconsortile, "la preclusione sancita dall'art. 268 c.p.c., non si estende all'attività assertiva del volontario interveniente, nei cui confronti, perciò, non è operante il divieto di proporre domande nuove ed autonome in seno al procedimento "fino all'udienza di precisazione delle conclusioni", configurandosi solo l'obbligo, per l'interventore stesso ed avuto riguardo al momento della sua costituzione, di accettare lo stato del processo in relazione alle preclusioni istruttorie già verificatesi per le parti originarie».

ramento con le garanzie, prima tra tutte quella dell'imparzialità del giudice, laddove ci si è interrogati se il magistrato che ha redatto la proposta possa o meno essere componente o (addirittura) il relatore del collegio. Vi sono argomenti a favore e contro, ma al di là di questi, la mia indole di veteroliberalista induce a ritenere inopportuno che il magistrato designato faccia parte del collegio. La questione è stata comunque opportunamente rimessa dal primo presidente alle sezioni unite²⁸, ma risulta in senso opposto a quanto auspicato da chi scrive da Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611 che ha deciso che «il presidente della sezione o il consigliere delegato, che abbia formulato la proposta di definizione accelerata, può far parte, ed eventualmente essere nominato relatore, del collegio che definisce il giudizio ai sensi dell'art. 380-bis.1, non versando in situazione di incompatibilità agli effetti degli artt. 51, comma 1, n. 4 e 52 c.p.c., atteso che tale proposta non rivela una funzione decisoria e non è suscettibile di assumere valore di pronuncia definitiva, né la decisione in camera di consiglio conseguente alla richiesta del ricorrente si configura quale fase distinta, che si sussegue nel medesimo giudizio di cassazione con carattere di autonomia e con contenuti e finalità di riesame e di controllo sulla proposta stessa».

Resta il fatto che si tratta di istituto che vede assegnare una netta prevalenza alle esigenze di efficienza, financo privando il ricorso garantito dall'art. 111 Cost. dalla garanzia di collegialità che costituisce da sempre l'essenza del sindacato di legittimità della Suprema Corte.

Qualche cenno infine al nuovo strumento del rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, già richiamato da Francesca Biondi, con il quale si rinuncia provvisoriamente all'efficienza della risoluzione contenziosa del caso concreto /che subisce l'"arresto" della sospensione impropria, al fine di raggiungere l'*effettività* sul piano generale in modo da consentire un minor scarto tra diritto applicato e realtà sostanziale grazie all'individuazione di una pur non vincolante (per giudici diversi da quello del procedimento *a quo*) *regula iuris* suscettibile di essere applicata ad una serie indeterminata di fattispecie (come ben lumeggiato dal requisito della suscettibilità "di porsi in numerosi giudizi" di cui al n. 3 dell'art. 363-bis c.p.c.).

Uno strumento che sta dimostrando la sua estrema utilità, come attesta la vicenda, assurda all'onore delle cronache, del ricorso cumulato per separazione consensuale e divorzio congiunto: a fronte di orientamenti opposti, subito emersi di giudici di merito, la Corte di cassazione, con una pondera-

²⁸ V. decr. I pres., 19 settembre 2023, n. 28960 reperibile al seguente url: https://www.corte dicassazione.it/it/civile_dettaglio.page?contentId=SZC8340.

ta decisione della I sezione²⁹, ha, anticipatamente, risolto una questione processuale che avrebbe potuto ingenerare invece (inutili) dichiarazioni di inammissibilità. E proprio su questo istituto, nel campo delle (nuove) norme processuali – a fronte delle perplessità dei giudici di merito che si sentono spogliati della capacità di arrivare alla corretta applicazione della norma calandola nel caso concreto – vale forse rammentare il valore guida della certezza delle regole del gioco: lo scopo del processo non è produrre sentenze su questioni processuali, ovvero su “sé stesso” ma di prestare tutela effettiva ed efficiente alle situazioni sostanziali. E in questo senso, l’istituto dell’art. 363-*bis* c.p.c. è uno strumento utile per l’attuazione di entrambi i principi di cui ci siamo occupati in questo scritto e nel convegno che ne ha costituito l’occasione.

²⁹ Cass., sez. I, 16 ottobre 2023, n. 28727.

NICOLA SELVAGGI

LA RIFORMA DEL SISTEMA PENALE NEL PRISMA DELL'EFFICIENZA NOTE TECNICHE E DI METODO SUL D.LGS. N. 150/2022

1. *'Efficienza qualitativa'*

Non credo vi sia bisogno, anche alla luce dell'organizzazione concettuale di questo convegno, di insistere sulle aperture generali e dinamiche di un concetto come quello di 'efficienza'.

Quanto alle singole prospettive 'disciplinari', quella del diritto penale sostanziale offre oggi spunti quasi sovrabbondanti di analisi.

Nelle pagine che seguono darò conto di alcuni elementi che caratterizzano le riforme adottate con il d.lgs. n. 150/2022, utili – a mio avviso – ad evidenziare il collegamento tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore con gli interventi realizzati nel quadro del Piano nazionale di ripresa e resilienza e i più generali indirizzi, anche costituzionalmente fondati, del sistema.

Si tratta di una precisazione importante, perché sostenuto da una visione che guarda alla 'giustizia penale' dalla lente di indicatori comuni a quelli di altri servizi dello Stato ed essenziali alle verifiche delle organizzazioni sovranazionali, secondo un linguaggio condiviso, lo spirito riformatore che muove i suoi passi nel quadro del Piano nazionale è sembrato invece, ad alcuni commentatori, entrare in collisione con le visioni più consuete e familiari del diritto penale.

Si è affermato, così, che la politica della giustizia penale, sotto l'impulso degli impegni assunti con l'Europa, si ridurrebbe ad una defatigante corsa per tagliare il traguardo della riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti; o, in un senso più ampio ma comunque equivoco, in un programma preordinato a realizzare un'efficienza solo quantitativa, addirittura prefigurando un governo della giustizia attraverso i numeri.

In realtà, a me pare che un'analisi 'a tutto tondo' del percorso riformatore autorizzi a rilevare come una lunga elaborazione sulle ragioni (e sui possibili rimedi) delle ancora perduranti inefficienze del sistema penale, osservato complessivamente e per suoi singoli aspetti, con le esperienze di riforma avviate nel (più o meno) recente passato, abbia impegnato la strada degli obiettivi e dei vincoli concordati nel contesto del Piano nazionale di ripresa e resilienza: ci si muove – dunque – in continuità con gli sviluppi più maturi della 'legislazione penale'.

Vale la pena, al proposito, sottolineare il significato compiuto che discende dall'aver fatto del "sistema della giustizia penale" nel suo complesso l'oggetto delle innovazioni legislative¹.

Rilevando in questa impostazione un profilo di novità, se n'è tratta, giustamente, la conclusione del carattere organico della riforma².

A me sembra che questa generale connotazione si realizzi su tre distinti livelli.

Il primo è interno alla sfera sostanziale e a quella processuale, singolarmente considerate, per il rilievo dei segmenti della disciplina incisi dagli interventi.

Il secondo traduce le strette interconnessioni instaurate tra istituti sostanziali e processuali, non sempre adeguatamente curate dal legislatore ed invece essenziali per chi voglia percorrere – senza squilibri³ – tutte le diramazioni garantistiche del sistema⁴.

¹ Prospettiva inevitabile quando il legislatore voglia farsi carico delle "conseguenze": nel senso che in particolare la valutazione dell'effettività, lungi dal poter essere orientata sulla singola norma, richieda invece «uno sguardo alla *considerazione complessiva* dei fenomeni sociali ritenuti meritevoli di controllo (*anche*) penalistico. L'approccio deve essere cioè *macroeconomico*: non più le scelte individuali dell'autore, ma l'allocazione delle risorse all'interno del *sistema complessivo*», C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011, pp. 75-76.

² F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, in *Sist. pen.*, 8 settembre 2021, pp. 2-3 (del medesimo A. può vedersi *La legislazione penale*, Padova, 1985, p. 7, per la definizione della legislazione "organica" come «insieme tendenzialmente completo ed autonomo di norme organizzate coerentemente intorno ad alcuni principi ispiratori, espressi o taciti, ed attuanti una disciplina sufficientemente articolata con l'aspirazione ad una relativa stabilità»).

³ Resta imprescindibile l'analisi di T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, p. 527 ss.

⁴ Lo avvertiva già, al momento dell'entrata in vigore del "nuovo" codice di procedura penale, F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, in *Id.*, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 263: «la logica vorrebbe che le due riforme fossero contemporanee o si succedessero in modo da far precedere quella del diritto penale sostanziale».

Il terzo mette in rapporto l'architettura giuridica con le strutture e i processi organizzativi della giustizia, contribuendo a realizzare la riforma dal punto di vista della sua effettività⁵.

Ai nostri fini, può rilevarsi come nel collegamento tra i traguardi convenuti con l'Europa e l'auspicata "rigenerazione secondo i principi" del sistema si colga il senso del richiamo alla semplificazione e all'efficienza; concetti, questi, sebbene mai radicalmente assenti nella riflessione teorica, oggi – per così dire – "evidenziati" proprio dall'inclusione della legislazione penale nel quadro del PNRR⁶.

La varietà dei profili che possono essere affrontati per una verifica di questa tesi richiede, peraltro, una selezione di temi: guarderò ad un aspetto tecnico, connesso alla scelta del legislatore di potenziare alcuni dispositivi di depenalizzazione 'in concreto', ed uno di metodo, che consentirà di far risaltare le regole "imposte" dal Piano per una legislazione penale orientata all'efficienza.

2. Deflazione

A ben riflettere, da una corretta collocazione del valore rappresentato dal 'tempo' nell'applicazione della norma penale – una giustizia ritardata è una giustizia negata – discendono, anche sul terreno strettamente 'sostanziale', implicazioni di grande portata. Implicazioni che investono le tradizionali posizioni sui modi e sulla stessa capacità di realizzare gli scopi del diritto penale e nel contempo (anzi: proprio in ragione di questa rinnovata aspirazione alla effettività) portano ad interrogarsi sulla sostenibilità (e dunque sui limiti) del ricorso alla pena: quanto 'diritto penale' può essere

⁵ G. SALVI, *Le ambizioni di una riforma*, in G. PELLEGRINO, *Ripresa e giustizia. Le riforme nel PNRR*, Santarcangelo di Romagna, 2022, p. 25 ss.; prima della riforma, può vedersi in generale sui «processi [...] di carattere organizzativo, comunicativo, psicologico, che determinano il modo in cui viene resa giustizia in Italia», D. PIANA, *Uguale per tutti? Giustizia e cittadini in Italia*, Bologna, 2016, spec. p. 137 ss. Per un'ampia analisi, sia consentito rinviare a N. SELVAGGI, *Obiettivi e vincoli del Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in G.L. GATTA-M. GIALUZ (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, vol. I. *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, Torino, 2024, p. 3 ss.

⁶ C. SOTIS, *Efficienza (in diritto penale)*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III. *Parole dal lessico di uno studioso*, cit., pp. 1461-1462; M. GIALUZ-J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno*, cit., p. 7 ss.; G. CANZIO, *Il modello "Cartabia" fra rito e organizzazione: una riforma di sistema*, in *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, cit., p. 493 ss.

ragionevolmente ed effettivamente gestito dal sistema, senza squilibri, esercizi puramente simbolici e diseguaglianze⁷?

L'idea – che non è evidentemente nuova – di una gestione della 'sfera penale' (anche) attraverso criteri di efficienza si realizza oggi, con il d.lgs. n. 150/2022, all'interno di un disegno riformatore a carattere organico, che non prende di mira singoli segmenti del sistema come fossero 'monadi'.

Va da sé, infatti, che questo progetto – se, com'è in effetti stato, s'incentra in particolare sui dispositivi di alleggerimento 'in concreto' del sistema – si affida inevitabilmente alle interazioni tra 'diritto' e 'processo' e al consolidamento dei tessuti connettivi corrispondenti; e trova le sue sedi espressive nel contesto della premialità processuale e nei luoghi di "gestione della punibilità", talvolta associati al contesto della "*diversion*" processuale.

Non da oggi, di questi sviluppi si segnalano talvolta i rischi di un "discesa" verso una deflazione intesa in senso puramente "quantitativo", che sarebbe radicalmente insoddisfacente.

In realtà, gli snodi essenziali della riforma consegnano indicazioni tranquillizzanti⁸.

Rilevando, in termini generali, l'esigenza di cautela «nell'espandere riduzioni di pena motivate esclusivamente sulla base di ragioni processuali», è stato autorevolmente sottolineato come il ricorso alle diminuzioni della pena nel quadro degli incentivi ai riti alternativi, da parte del legislatore delegato, sia avvenuto, nel complesso, con prudenza: «Le proposte della Commissione Lattanzi [...] si spingevano molto oltre: la scelta dei riti semplificati costituiva la condizione di accesso alle pene sostitutive, con un'opzione di disciplina che non inopportunamente è stata lasciata cadere nella successiva formulazione degli emendamenti governativi»⁹.

⁷ È un interrogativo, questo, che non perde mai di attualità. Del resto, sono incessanti gli avvertimenti sui rischi di politiche ad impronta emozionale, generate dalla preoccupazione di rispondere ad emergenze mediatiche, e di soluzioni amministrative inadeguate ai bisogni e alla loro dimensione effettiva; sul pericolo che la legislazione penale presenti (o continui a presentare) sequenze segnate da una incombente "causale" simbolica. Viene così denunciata la ricorrente presenza di eccessi sanzionatori, di norme-manifesto e modelli di incriminazione esemplari, dove il *surplus* di offerta punitiva non garantisce alcuna reale riduzione dei livelli di criminalità. Si osserva, di conseguenza, come il costo maggiore di questo deficit di razionalità della legislazione sia pagato in termini di mancata effettività delle norme penali.

⁸ Di scelte «improntate ad una deflazione costituzionalmente orientata che valorizza istituti già presenti e ne propone di nuovi» parla M. PELISSERO, *Una riforma tra obiettivi ambiziosi e resistenze di sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 702.

⁹ F. PALAZZO, *I profili di diritto sostanziale della riforma penale*, cit., p. 6.

Con riguardo, poi, alla frequente (per la verità, soprattutto in passato) preoccupazione circa il margine di discrezionalità rimessa all'operatore concreto, giudice o pubblico ministero, cui è affidata, in particolare, l'attuazione del congegno a vocazione riduzionistica¹⁰, va rilevato che gli strumenti deflativi valorizzati dalla riforma sono, inevitabilmente, congegni flessibili, elaborati nella consapevolezza che risultati effettivi si possono ottenere solo lasciando un inevitabile spazio di manovra – manovra tecnica e vincolata, naturalmente – a chi è in grado di ponderare realmente la specifica situazione di vita.

Si pensi al caso della particolare tenuità del fatto: è decisivo, in questo caso, che la 'griglia valutativa' affidata all'operatore concreto sia elaborata anzi tutto attraverso elementi coessenziali alla stessa struttura sostanziale del reato¹¹: l'articolazione del dettato normativo, che enuclea gli elementi del tipo (di fatto) bagatellare improprio, la condizione della non abitudine del comportamento e infine l'assenza di "fattori impeditivi", favorisce, così, un rinvio più sorvegliato al caso concreto, che evita scalfitture del principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Talvolta si paventa, poi, la possibile distorsione funzionale della *ratio* propria delle norme sostanziali¹². A me pare, sotto questo profilo, che il rischio delle "divergenze" pratiche dalla dimensione teleologica-valutativa della norma sostanziale andrebbe valutato tenendo conto del rilievo attribuito alle condotte riparatorie¹³, viste non solo nella loro attitudine ad

¹⁰ Con riferimento alle ipotesi di particolare tenuità del fatto, le difficoltà venivano segnalate, con riguardo ad altri sistemi, ma con note teoricamente estensibili anche all'ordinamento italiano, da chi rilevava l'inevitabile componente di discrezionalità osservando che «non è possibile stabilire con certezza matematica se la colpevolezza del reo e le conseguenze dell'atto commesso siano o no di scarsa rilevanza, così come se si sia in presenza di necessità di prevenzione speciale o generale rispetto alla punizione del concreto atto criminoso» M. MAIWALD, *Il trattamento dei reati di scarsa rilevanza nel diritto penale e nel diritto processuale tedesco*, in *Offensività e colpevolezza. Verso un codice penale modello per l'Europa*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002, p. 106.

¹¹ F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1693.

¹² Profilo, questo, che per una soddisfacente tematizzazione, ed anche ai fini di una corretta diagnosi delle sue criticità, richiederebbe di tenere conto di quegli sviluppi teorici che rilevano, in definitiva, l'esistenza di una «norma penale reale composta da regole sostanziali e da regole processuali: le une e le altre si compongono in un tutt'uno» (M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I. *La legge penale*, Torino, 1999, p. 19) e le indicazioni nel senso dell'analisi dell'ordinamento secondo il "metodo strutturale": A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, pp. XXIV-XXVI.

¹³ Per un recentissimo riesame complessivo, F. GIUNTA, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, Milano, 2023, p. 127 ss., che osserva: «Il diritto penale

eliminare “attivamente” il bisogno concreto di pena¹⁴; ma – ancor prima – per il significato che possono assumere dal punto di vista della ponderazione complessiva dei disvalori concretamente prodotti dalla vicenda specifica, quando (sebbene) successive al reato abbiano circoscritto e, quindi, ridotto il danno prodotto dal reato medesimo: «il senso di ciò che è accaduto non è fissato una volta per tutte»¹⁵.

Se correttamente coltivata, questa prospettiva sdrammatizza chiaramente il problema della “regressione funzionale” della norma sostanziale¹⁶; permettendo, invece, di cogliere il significato della strategia deflativa quale risposta ragionevole e tecnicamente fondata alla crisi di effettività della giurisdizione penale¹⁷.

trova un suo temperamento nella premialità con cui incentiva comportamenti antagonistici rispetto al piano dell’offesa».

¹⁴ Naturalmente, sono inevitabili rivisitazioni dello stesso concetto di punibilità, per l’evidente ridursi del «*nullum crimen sine poena*» quale regola di sistema e il corrispondente espandersi di ipotesi in cui alla commissione del reato (e dunque alla violazione del precetto) non segua necessariamente che il reo sia assoggettato a pena. Nell’amplessima bibliografia, A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili di dissociazione tra reato e pena*, Milano, 1998, p. 22 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla “punibilità”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.; G. VASSALLI, voce *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Milano, 1960, p. 609 ss. Si cfr. di recente, M. DONINI, *Punire e non punire. Un pendolo divenuto sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1301 ss.

¹⁵ P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare*, Bologna, 2004, p. 92.

¹⁶ In quanto si concepisca una “sostituibilità” della tutela penale con altra, che risulti anche più effettiva, in rapporto all’oggettività giuridica protetta e alla gravità complessiva del fatto. In questo senso, del resto, si è già orientato il legislatore con l’introduzione di «sanzioni civili» oltre il risarcimento del danno (con il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7): per i contenuti essenziali dell’intervento può vedersi G.L. GATTA, *Depenalizzazione e nuovi illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie civili: una riforma storica*, in *Dir. pen. cont.* online, 25 gennaio 2016, e per il dibattito sulle migliori e più adeguate tecniche di tutela di taluni beni giuridici, in seno al quale si può dire abbia avuto luogo la lunga gestazione della novella legislativa, senza pretesa di completezza, cfr. A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, Padova, 1989, in particolare p. 92 ss. e p. 651 ss. per l’esame delle prospettive di depenalizzazione delle fattispecie riguardanti i beni della personalità e loro sostituzione con la tutela civilistica; D. FONDAROLI, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, in particolare p. 279 ss.; p. 435 ss. (entrambi con ampia considerazione della letteratura tedesca su tale profilo, anche con riguardo alla funzione della pena, per la quale, sinteticamente, si rimanda comunque ai lavori di C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 3 ss. e K. LÜDERSSEN, *Ab-schaffen des Strafens?*, Frankfurt, 1995, p. 410 ss.).

¹⁷ È, in definitiva, la prospettiva del “delitto riparato”, valorizzata dalla letteratura e, con un significativo collegamento alla funzione rieducativa della pena, anche dalla Corte costituzionale (si cfr. la sent. n. 179/2017); sul punto M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1162 ss.; F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, pp. 192-194.

In una prospettiva ancora più generale, infine, può mostrarsi feconda di indicazioni in linea con gli orientamenti complessivi del sistema una visione che favorisca il collegamento degli istituti a vocazione deflativa (come – appunto – l'art. 131-*bis* c.p., la sospensione del procedimento con messa alla prova ovvero, infine, la possibilità di estinguere il reato procedibile a querela mediante condotte riparatorie) con le istanze di moderazione (nel ricorso alla pena) dell'ordinamento, secondo una visione che lasci intendere un completamento “in concreto” della “sussidiarietà”; o, per dirla diversamente, realizzi l'idea della sanzione propriamente criminale come “*extrema ratio*” anche nella dimensione concreta, quale espressione di una «moralità classica del diritto»¹⁸. Un adeguato sviluppo potrebbe quindi segnalare il rilievo del principio di proporzionalità, quale diretta implicazione della finalità rieducativa della pena e del principio di umanità della pena medesima (o, in termini ancora più generali, di umanizzazione del diritto penale)¹⁹.

3. Regole per una ‘legislazione efficiente’

L'altro profilo di estremo interesse che è possibile cogliere dall'esperienza delle riforme nel contesto del PNRR è rappresentato da uno stringente aspetto di metodo.

L'occasione del Piano ha introdotto un'importante spinta alla pianificazione a medio e lungo termine, con l'individuazione di obiettivi finali calcolati sulla base dei dati raccolti al 31 dicembre 2019²⁰, la costruzione di un percorso fatto di tappe intermedie (le c.d. *milestone* semestrali) e, infine, la richiesta di strumenti di verifica affidati a specifiche strutture organizzative.

Dal Piano discende, dunque, un obbligo per lo Stato a rispettare vincoli e tempi del procedimento «euro-nazionale»²¹.

Quanto in particolare alle regole del Piano nazionale riguardanti direttamente l'elaborazione delle riforme e la loro applicazione, esse introduco-

¹⁸ C.E. PALIERO, “Principio di esiguità” e deflazione penale: la ricetta italiana del “tipo bagatelare”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 536.

¹⁹ F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., spec. p. 171 ss.

²⁰ Essi sono: la riduzione del *disposition time* del 40% per i procedimenti civili e del 25% per quelli penali, accompagnata, per il solo civile, dall'abbattimento dell'arretrato nella misura convenuta, entro il 2026.

²¹ A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 19/2022, pp. 146-152.

no importanti elementi di razionalità nel processo di formazione e valutazione delle politiche pubbliche riguardanti, in senso ampio, la giustizia penale, con l'obiettivo, in particolare, di integrare anche la tecnica legislativa in ambito penale negli approcci più innovativi della progettazione (e valutazione) del prodotto normativo.

Non va dimenticato che già oggi, sulla scorta di indicazioni internazionali ed europee, il legislatore italiano è vincolato ad accompagnare il prodotto normativo, tra gli altri, da un'analisi del prevedibile impatto regolamentare e, successivamente, da una valutazione dell'impatto prodotto, sulla scorta di quanto avviene per gli strumenti euro-unitari.

Tuttavia, questi strumenti di analisi, elaborati per favorire l'evoluzione in senso più razionale della legislazione, restano in realtà, assai spesso, al livello di un adempimento soltanto formale.

La legislazione è, così, ancora priva di un'effettiva e completa verifica (*ex ante* ed *ex post*) sulla idoneità dello strumento individuato a raggiungere lo scopo.

Nel caso della legislazione penale in particolare, il *deficit* di razionalità rafforza il rischio che iniziative legislative prodotte da spinte emotive si sostituiscano a scelte più meditate per venire incontro alla domanda di tutela nascente dalle trasformazioni sociali e a migliori politiche di prevenzione e contrasto dei fenomeni criminali. Non da oggi, del resto, si avverte criticamente la tendenza del legislatore ad inseguire la crescente domanda di punizione scommettendo sulle potenzialità del diritto penale quale strumento di difesa sociale avanzata.

Avendo chiaro questo quadro, può comprendersi l'importanza delle regole procedurali del Piano.

Esse vincolano lo Stato alla pianificazione dell'attività normativa di riforma, al monitoraggio e alla valutazione periodici degli effetti prodotti *medio tempore* dalle riforme introdotte e, infine, alla necessaria giustificazione di ogni modifica che riguardi il complesso delle misure normative introdotte per raggiungere gli obiettivi concordati con l'Europa.

Il rispetto di questi vincoli procedurali, d'altro canto, impone iniziative organizzative che, almeno per quel che riguarda la legislazione penale, rappresentano certamente un forte elemento di discontinuità rispetto al passato.

Se, in effetti, non v'è dubbio che una spinta al monitoraggio e alla valutazione delle norme discenda ormai da tempo da precise indicazioni e prassi internazionali ed europee – anche gli strumenti euro-unitari in materia penale enunciano l'esigenza di sistemi di monitoraggio almeno statistico – l'obiettivo di riduzione del tempo di definizione dei procedimenti penali, attraverso riforme normative e misure organizzative, implica un impegno

di rilevazione statistica, e di valutazione dei risultati, per qualità e quantità non paragonabile a qualsiasi altro esercizio.

In sintesi, può osservarsi come il grande sforzo riformatore, richiesto dall'Europa come condizione per l'erogazione delle risorse necessarie alla ripresa, impegni ad attribuire valore strategico ad un adeguato patrimonio informativo sui fenomeni oggetto della valutazione da parte del legislatore e sui meccanismi complessivi della giustizia penale.

Si rende necessario, insomma, conoscere profondamente l'ambiente normativo e sociale di riferimento per poter modificare le regole che lo governano e per calibrare gli interventi normativi ed organizzativi essenziali, al fine di tradurre i propositi della legge innovatrice in realtà effettuale.

Assume quindi risalto il ruolo della *politica del dato*, su cui, peraltro, non da oggi il formante europeo ha richiamato l'attenzione degli Stati membri.

Dal punto di vista del legislatore che voglia riflettere responsabilmente sul ricorso all'opzione penale – va da sé – l'osservanza delle scansioni che compongono il ciclo compiuto della regolazione si rivela essenziale, onde mettersi nella condizione di accrescere la qualità e l'affidabilità dei propri strumenti conoscitivi, di incrementare così l'attitudine alla valutazione del sistema e degli istituti 'riformati' e, infine, di poter compiutamente ed esaurientemente giustificare la ragionevolezza delle proprie scelte.

4. "Strafrechtspflege"

Tirando le fila, mi pare possa dirsi, già dalla 'selezione' di temi qui affrontata, che l'individuazione di obiettivi anche per la giustizia penale, nel quadro del Piano nazionale, ha imposto al legislatore di misurarsi responsabilmente con la questione di fondo del ricorso sostenibile e (in definitiva) ragionevole alla massima risorsa sanzionatoria, con la sua corona di garanzie sostanziali e processuali; e ha favorito, muovendo dalla "efficienza" e dalla "celerità", anche l'emergere di una traccia e di un metodo per una rinnovata (scienza della) legislazione penale (effettivamente) orientata ai principi²².

Al contrario di quanto possano suggerire letture "riduzionistiche" o "funzionalistiche" (in rapporto ai soli obiettivi del Piano) degli sforzi in at-

²² Un'indicazione raccolta nella visione di chi osserva come la riforma – lungi dal poter essere intesa come un intervento per il mero efficientamento del sistema – si presenta «assiologicamente connotata da un'intonazione valoriale che tutta la percorre e che indicherei sinteticamente nel suo *personalismo*», F. PALAZZO, *Scopi e valori ispiratori della riforma del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 499.

to, le riforme mirano a migliorare l'amministrazione della giustizia in una direzione che, nella sua accezione più profonda e sfaccettata, può forse essere colta con precisione solo dal termine tedesco "*Strafrechspflege*" inteso nella sua accezione di "cura del diritto penale"²³: cura dei suoi scopi e delle sue garanzie essenziali, che certamente non rinuncia – e anzi rafforza – il significato storico delle discipline penali.

²³ W. HASSEMER, *Warum Strafe muss sein*, Berlino, 2009, p. 21.

GIAN LUIGI GATTA

EFFICIENZA DELL'ESECUZIONE PENALE ED EFFETTIVITÀ DELLA PENA. LA RIFORMA CARTABIA E IL SISTEMA SANZIONATORIO

1. *Premessa*

Nell'ambito della riforma Cartabia¹, gli interventi relativi alle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi e alle pene pecuniarie sono espressione di almeno due fondamentali obiettivi politico-criminali, ulteriori rispetto a quello, più evidente, di valorizzare pene alternative al carcere: *a)* migliorare l'efficienza dell'esecuzione penale e l'effettività del sistema sanzionatorio; *b)* incentivare forme alternative di definizione del procedimento penale e disincentivare le impugnazioni, riducendo così i tempi del processo.

2. *Efficienza del processo ed esecuzione penale*

Che in una riforma dedicata all'*efficienza del processo penale* abbiano trovato spazio ampi interventi relativi al capitolo delle sanzioni penali non è affatto scontato: non solo per contingenti, non facili, equilibri politici, ma anche per il principale obiettivo del P.N.R.R., costituito come è noto dalla riduzione dei tempi del processo penale *nei tre gradi di giudizio* e, pertanto, in fasi che *precedono* l'esecuzione penale. Avere agganciato al treno della riforma Cartabia i vagoni delle nuove pene sostitutive e della rinnovata disciplina dell'esecuzione e della conversione della pena pecuniaria significa, da un lato, riconoscere l'esecuzione penale come parte non marginale

¹D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 – “Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”.

del processo e, dall'altro lato, concepire l'*efficienza del processo come obiettivo che non può prescindere dall'efficienza dell'esecuzione*. Un processo efficiente – di ragionevole durata – che sfocia in un'esecuzione penale inefficiente – in sanzioni penali ineffettive e inefficaci – non è un processo efficiente. Per dirla con il celebre passo dell'*Arte poetica* di Orazio², che senso hanno gli sforzi volti a ridurre i tempi del processo se questo, dopo la condanna, *desinit in piscem*?

Ritardi e inefficienze dell'esecuzione penale possono vanificare gli sforzi tesi a rendere efficiente e di ragionevole durata il processo, magari anche grazie all'impiego di ingenti risorse per il personale e delle più moderne tecnologie informatiche o telematiche, ancora troppo poco diffuse nel nostro sistema giudiziario. Consapevole di ciò, la riforma Cartabia è intervenuta, in particolare, su due evidenti – e inaccettabili – profili di inefficienza del nostro sistema sanzionatorio, relativi alle pene pecuniarie e alle pene detentive inflitte in misura non superiore a quattro anni.

Quanto alle pene pecuniarie, è da tempo immemore pressoché certo che la condanna non sarà eseguita e che al mancato pagamento della multa o dell'ammenda non farà seguito la conversione in altra pena. E che dire delle pene detentive non superiori a quattro anni? È anche in questo caso noto che, salvo alcune eccezioni, alla condanna segue l'automatica sospensione dell'ordine di esecuzione, finalizzata alla richiesta di una misura alternativa alla detenzione; richiesta sulla quale i tribunali di sorveglianza si esprimono molto spesso a distanza di anni, generando il fenomeno dei c.d. liberi sospesi.

2.1. Pene pecuniarie

È da tempo risaputo che i tassi di esecuzione e di conversione delle pene pecuniarie sono bassissimi³. Nella Relazione illustrativa della riforma Cartabia⁴ vengono riportati dati del Casellario giudiziale relativi al 2019: su 211.814 condanne, quelle a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva sono state in quell'anno 104.924, pari al 49,5%; quelle alla sola pena pecuniaria sono state 48.609, pari al 23%. Ne consegue che, nel 2019, il 72%

² ORAZIO, *De arte poetica liber*, vv. 3-4: “*ut turpiter atrum desinat in piscem mulier formosa superne*” (“in modo che la bella donna di sopra finisca orrendamente in una nera coda di pesce”).

³ Cfr., da ultimo e con dati aggiornati, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 12ª ed., Milano, 2023, p. 764 s.

⁴ La Relazione, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale (Serie Generale n. 245 del 19 ottobre 2022 – Suppl. Straordinario n. 5), può anche leggersi in *Sist. pen.*, 20 ottobre 2022 (www.sistemapenale.it).

delle condanne penali definitive, iscritte nel Casellario giudiziale, comprende anche o solo il pagamento allo Stato di una multa o di una ammenda. Le condanne a pena condizionalmente sospesa *ex art.* 163 c.p. sono state 52.382, pari al 34% del totale delle condanne a pena pecuniaria (sola o congiunta a pena detentiva). Al netto di tali condanne – fisiologicamente non eseguibili (salvo revoca del beneficio) – le condanne a pena pecuniaria iscritte nel Casellario giudiziale nel 2019 riguardano un ammontare complessivo eseguibile di oltre due miliardi di euro: una somma che, come ordine di grandezza, è prossima all'ammontare dei fondi del P.N.R.R. destinati alla giustizia. Sempre secondo i dati del Casellario giudiziale, le condanne a pena pecuniaria eseguite nel 2019 sono state 1.051, pari all'1% di quelle eseguibili (101.151), detratte cioè quelle a pena sospesa. L'80% delle condanne eseguite è alla sola pena pecuniaria (per lo più in esecuzione di decreti penali di condanna). Sempre secondo i dati del Casellario giudiziale, l'importo delle pene pecuniarie riscosse, nel 2019 è stato di poco superiore a un milione di euro. È stato riscosso solo lo 0,046% e il non riscosso è di oltre due miliardi di euro. I dati relativi agli anni precedenti sono sostanzialmente in linea. Essi evidenziano *una grave e intollerabile situazione di inefficienza del sistema di esecuzione della pena pecuniaria*. Che senso ha rendere efficiente e di ragionevole durata un processo che poi sfocia in una condanna destinata a non essere per lo più eseguita?

La riforma della conversione e dell'esecuzione della pena pecuniaria, realizzata dal d.lgs. n. 150/2022, mira appunto a rendere effettiva *la pena pecuniaria* e, nel complesso, efficiente *il processo penale* che si chiude con una sentenza di condanna (anche o solo) a quella pena.

Gli snodi essenziali dell'intervento riformatore, sul punto, sono come è noto due e si muovono, intrecciandosi, sul versante sostanziale e processuale. Essi introducono rilevanti novità nel sistema. La prima è rappresentata dalla possibilità, in caso di mancato pagamento, di convertire la pena pecuniaria in una pena limitativa della libertà personale non solo nei confronti del condannato insolubile (che, cioè, non paga essendo impossibilitato a pagare in ragione delle proprie condizioni economiche e patrimoniali), ma anche – ecco la novità – nei confronti del condannato *insolvente* (che, cioè, non paga potendo pagare)⁵.

Le pene da conversione vengono poi inasprite: la semilibertà, che comporta l'ingresso in carcere per almeno otto ore al giorno, per il condannato insolvente; il lavoro di pubblica utilità (o, in caso di opposizione, la deten-

⁵ Cfr. gli artt. 102 e 103, l. 24 novembre 1981, n. 689, nella versione del d.lgs. n. 150/2022.

zione domiciliare), per il condannato insolubile. Il meccanismo sul quale le nuove modalità di conversione si fondano, per favorire il pagamento di multa e ammenda, fa leva sul *timore di subire pene da conversione effettive e più gravi*, in caso di mancato pagamento. Ciò è vero, in particolare, per il condannato insolvente, che per la prima volta anche nel nostro Paese, come avviene in altri ordinamenti europei e non solo, va ora incontro a *una pena semi-detentiva*, che potrà peraltro far cessare, in ogni momento, pagando (anche a rate) la multa o l'ammenda, dedotta la somma corrispondente alla durata della pena da conversione espiata⁶.

La *ratio* dell'intervento, come si vede, è di *incentivare il pagamento delle pene pecuniarie*; non certo di riempire le carceri e, ove esistano, le sezioni per semiliberi. Chi non paga, potendolo fare, può sempre uscire dal carcere pagando. Chi non paga, perché non è nelle condizioni di farlo, non entra invece in carcere ma sconta la pena col lavoro di pubblica utilità, almeno fino a quando non è in grado di pagare il dovuto⁷. Non vi è dunque il pericolo di affollare il carcere con indigenti impossibilitati a pagare la pena pecuniaria, come avviene invece in altri ordinamenti – Germania⁸ e Stati Uniti⁹, ad esempio – che, nel prevedere la conversione in pena detentiva, non eccettuano il caso dell'insolubilità del condannato.

Con una scelta radicale, che prende finalmente atto di un conclamato fallimento, il legislatore ha poi abbandonato il tradizionale sistema di esecuzione delle pene pecuniarie, di impronta civilistica, fondato sulla *logica del recupero di un credito dello Stato*: un sistema che esiste da sempre e che non ha funzionato mai. Il cambio di paradigma, incarnato nel nuovo testo

⁶Cfr. l'art. 102, comma 4, l. n. 689/1981, cit. Per la precisione, lo spettro della conversione in pena detentiva, in caso di mancato pagamento, si presentava, già prima della riforma Cartabia, in caso di c.d. conversione di secondo grado, cioè per inosservanza delle pene da conversione (libertà controllata o lavoro sostitutivo). Cfr. art. 108, l. n. 689/1981, nella versione precedente al d.lgs. n. 150/2022. Senonché, in un sistema con un tasso bassissimo di esecuzione e di conversione della pena pecuniaria, anche la conversione di secondo grado era un'eventualità nella prassi molto rara.

⁷Cfr. l'art. 103, comma 4, l. n. 689/1981, cit.: il condannato può in ogni caso far cessare il lavoro di pubblica utilità (o la detenzione domiciliare, qualora si sia opposto al lavoro di pubblica utilità) pagando (anche a rate) la multa o l'ammenda, dedotta la somma corrispondente alla durata della pena da conversione espiata.

⁸Cfr., da ultimo, F. WILDE, *Mehr soziale Gerechtigkeit im Strafrecht wagen*, in *Verfassungsblog*, 29 giugno 2022.

⁹Nella vasta letteratura può ad esempio vedersi A. NATAPOFF, *Punishment without crime. How our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal*, New York, 2018.

dell'art. 660 c.p.p., è rappresentato dal passaggio a un modello di esecuzione che ricalca l'ordine di esecuzione della pena detentiva, di cui all'art. 659 c.p.p. Non è più lo Stato a dover inseguire il condannato per recuperare un credito; è il condannato alla multa o all'ammenda che ha tutto l'interesse al pagamento spontaneo, entro un dato termine (di norma, tre mesi), per evitare la conversione in una pena più grave perché incidente sulla libertà personale.

Perché questo cambio di paradigma della riforma Cartabia possa restituire efficienza all'esecuzione penale ed effettività alla pena pecuniaria, candidandola sul piano politico-criminale a seria alternativa alla pena detentiva, saranno necessari da subito investimenti e sforzi organizzativi, da parte del Ministero della giustizia, volti a mettere a disposizione degli uffici giudiziari gli strumenti e le piattaforme informatiche per la gestione degli ordini di esecuzione e dei pagamenti, che la legge¹⁰ prevede possano essere effettuati anche con moderne modalità telematiche, da tempo del tutto usuali per i più disparati pagamenti nei confronti della pubblica amministrazione (il riferimento è a servizi come quelli di PagoPA).

2.2. *Pene detentive brevi*

L'inefficienza dell'esecuzione penale è una chiave di lettura centrale anche rispetto alla riforma organica della disciplina delle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, prevista dalla l. n. 689/1981.

Per ragioni diverse, in buona parte riconducibili alla sovrapposizione con l'istituto della sospensione condizionale della pena, le vecchie sanzioni sostitutive erano scomparse dalla prassi. I casi di semidetenzione si contavano su una mano; quelli di libertà controllata erano ridotti a poche centinaia. Nessun dato era invece disponibile per la pena pecuniaria sostitutiva; è però noto che l'innalzamento a 250 euro della somma di denaro minima equivalente a un giorno di pena detentiva, realizzato nel 2009, aveva inciso negativamente sull'appetibilità processuale e, quindi, sulle fortune della pena pecuniaria sostitutiva. Breve: statistiche alla mano, le sanzioni sostitutive erano, ormai da anni, morte o moribonde.

Parallelamente, il concetto di pena detentiva 'breve' aveva subito una significativa estensione nel sistema e, in particolare, nell'esecuzione penale. Dal 2018, per effetto di una sentenza della Corte costituzionale relativa al meccanismo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., era stato innalzato da tre a

¹⁰ Cfr. art. 181-*bis* disp. att. c.p.p.

quattro anni il limite massimo della pena detentiva la cui esecuzione è sospesa automaticamente dal pubblico ministero, per consentire la richiesta di una misura alternativa dallo stato di libertà¹¹. Anche per l'insuccesso delle sanzioni sostitutive, e nonostante un'applicazione pressoché automatica della sospensione condizionale della pena detentiva entro l'area dei due anni, il ruolo dei tribunali di sorveglianza nella gestione delle pene detentive brevi è così progressivamente accresciuto, rendendo sempre più evidenti i problemi legati all'organico dei magistrati e del personale amministrativo, nonché degli U.E.P.E. (uffici di esecuzione penale esterna, essenziali per i servizi sociali e per la predisposizione dei programmi di trattamento associati alle misure alternative). I giudici della sorveglianza sono stati chiamati sempre più a occuparsi dei liberi, oltre che è, forse, a discapito dei ristretti in carcere. Un dato, su tutti, appare significativo: il 67% degli affidamenti in prova al servizio sociale¹² – la più applicata e ambita tra le misure alternative alla detenzione – interessa condannati che hanno ottenuto la misura dallo stato di libertà. La mole delle richieste di misure alternative dopo la sospensione dell'ordine di esecuzione è risultata ingestibile dai tribunali di sorveglianza, dando luogo al fenomeno dei c.d. *liberi sospesi*: persone che attendono per anni l'udienza per la concessione della misura alternativa richiesta. Il numero dei 'liberi sospesi' – solo di recente reso ufficialmente noto¹³ – mette a nudo in modo imbarazzante una grave inefficienza dell'esecuzione penale, che oltre a vanificare gli sforzi tesi a rendere efficiente e di ragionevole durata il processo, compromette a ben vedere la stessa *funzione rieducativa della pena*: a dicembre del 2022 erano 90.120. In quella stessa data, le misure alternative in esecuzione erano meno della metà (35.869); quelle concesse dallo stato di libertà (19.716) erano meno di un quarto del numero dei liberi sospesi che ne avevano fatto richiesta. Essere 'liberi sospesi' significa attendere molto tempo per la decisione sulla concessione o meno di una misura alternativa: anche sette anni, come in un caso che è stato portato all'attenzione della Corte europea dei

¹¹ Cfr. Corte cost. n. 41/2018. Sulla progressiva estensione del concetto di pena 'breve' sia consentito rinviare a G.L. GATTA, *Alternative al carcere*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M.M. SCOLETTA, F. CONSULICH, *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Milano, 2023, anche in *Sist. pen.*, 21 marzo 2023 e, ivi, p. 2 s.

¹² Fonte: Ministero della Giustizia, *Adulti in area penale esterna*, 15 maggio 2023 (www.giustizia.it).

¹³ Cfr., in www.camera.it, la risposta scritta del Ministro della Giustizia Carlo Nordio pubblicata il 13 febbraio 2023 nell'allegato B della seduta n. 50 4-00072 e relativa a una interrogazione parlamentare presentata dall'On. Roberto Giachetti.

diritti dell'uomo¹⁴. Lo Stato, per lungo tempo, non si prende in carico condannati che, per interesse loro e della società, avrebbero bisogno di un trattamento rieducativo e, per altro verso, dà avvio a quel trattamento, fuori dal carcere o, nella peggiore e più beffarda delle ipotesi, in carcere, a distanza di anni dalla condanna, quando il condannato ben può non avere più bisogno di essere rieducato perché si è già reinserito nella società, ad esempio trovando un lavoro e costituendo una famiglia. L'efficienza dell'esecuzione penale e, quindi, del processo in senso lato, si misura anche in questo: nella *tempestività dell'avvio dell'esecuzione della pena*, oggi gravemente deficitaria. Ed è un'efficienza da cui dipende anche l'effettività della pena: non solo e non tanto nella dimensione della c.d. certezza della pena, ma anche e soprattutto in funzione della finalità rieducativa della pena: una pena o una misura alternativa eseguita a distanza di anni dalla condanna definitiva produce inevitabilmente effetti desocializzanti; pregiudica il reinserimento sociale del condannato.

Su questo scenario, qui cursoriamente tratteggiato, è intervenuta la riforma Cartabia, apportando rilevanti novità al sistema.

La prima è rappresentata dall'*estensione del concetto (lato) di pena detentiva 'breve'* – non superiore a quattro anni – *dalla fase dell'esecuzione al giudizio di esecuzione*. Così facendo, si è superata la principale causa del fallimento delle vecchie sanzioni sostitutive: la coincidenza tra le aree della pena sostituibile e della pena condizionalmente sospendibile. Il coordinamento tra le nuove pene sostitutive e la sospensione condizionale della pena è uno degli aspetti di maggior rilievo sistematico della riforma: la pena detentiva può essere sostituita “quando non è stata ordinata la sospensione condizionale” (così l'art. 545-*bis*, comma 1, c.p.p., nella versione del d.lgs. n. 150/2022)¹⁵; le pene sostitutive non possono essere condizionalmente sospese (così l'art. 61-*bis*, l. n. 689/1981).

La seconda novità è costituita da una modifica della *tipologia* delle sanzioni sostitutive, elevate ora a “pene sostitutive” con una scelta nominalistica culturalmente pregnante nella direzione della pluralità delle “pene” evocata nell'art. 27, comma 3, della Costituzione; scelta che, sul piano sistematico, è accompagnata dall'introduzione del nuovo art. 20-*bis* c.p., che completa così anche *nel codice* il catalogo delle pene: principali, accessorie

¹⁴ Valorio c. Italia. Il caso è riferito nell'interrogazione parlamentare dell'On. Giachetti.

¹⁵ Inopinatamente, con il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31, recante una serie di correttivi alla riforma Cartabia e adottato durante il Governo Meloni su proposta del Ministro Nordio, è stato modificato il comma 1 dell'art. 545-*bis* c.p.p., tra l'altro facendo venir meno, perché evidentemente ritenuto superfluo, il riferimento sistematico alla sospensione condizionale della pena.

e, per l'appunto, sostitutive. Quanto alla tipologia, viene messa una pietra tombale su semidetenzione e libertà controllata e vengono introdotte la semilibertà sostitutiva, la detenzione domiciliare sostitutiva e il lavoro di pubblica utilità sostitutivo. Unica reduce dal passato è la pena pecuniaria sostitutiva, che vede peraltro esteso (meglio, raddoppiato) da sei mesi a un anno il limite di pena detentiva sostituibile, con un criterio di ragguaglio finalmente improntato ai migliori modelli europei e conforme all'art. 3 Cost., che consente – con la previsione di una forbice da 5 a 2.500 euro per giorno di pena detentiva – di rapportare la quota giornaliera alle effettive condizioni economiche e patrimoniali del condannato.

Le nuove pene sostitutive offrono al giudice di cognizione un *set* di risposte al reato alternative al carcere, caratterizzato da ampie possibilità di modulazione, in vista della migliore individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Viene accolta ed esaltata l'idea della pena-programma, che mette al centro il programma di trattamento predisposto dall'UEPE e, attraverso l'innovativa udienza di *sentencing* di cui all'art. 545-bis c.p.p., valorizza il momento dialogico con l'imputato e il suo difensore rispetto alla decisione sulla pena. Semilibertà e detenzione domiciliare richiamano in parte contenuti e aspetti di disciplina delle corrispondenti misure alternative, pur presentandosi generalmente, per diversi aspetti, come più favorevoli per il condannato. Il lavoro di pubblica utilità mutua del pari, in buona parte, aspetti di disciplina dalla corrispondente pena comminata per i reati di competenza del giudice di pace. La semilibertà e la detenzione domiciliare sono le sole pene sostitutive applicabili nella fascia di pena detentiva compresa tra tre anni e un giorno e quattro anni. Se la pena detentiva da sostituire non è superiore a tre anni, il giudice può applicare invece una delle quattro pene sostitutive. Deve attenersi, a tal riguardo, al principio del *minor sacrificio possibile della libertà personale*, avendo sempre come faro il criterio della migliore idoneità al reinserimento sociale del condannato (cfr. art. 58, comma 2, l. n. 689/1981).

Con le nuove pene sostitutive, viene restituito al giudice di cognizione il suo naturale ruolo di *giudice della pena*, che da decenni, nella fascia di pena detentiva inflitta fino a quattro anni, è stato invece delegato al giudice di sorveglianza. Cambia ora il rapporto tra giudice di cognizione e giudice di sorveglianza.

Il rapporto tra pene sostitutive e misure alternative alla detenzione è stato infatti congegnato dalla riforma Cartabia in termini di alternatività. Se la pena detentiva è stata sostituita, il condannato non beneficia della sospensione dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. e non può chiedere *ab initio* una misura alternativa alla detenzione. Si con-

ferma, qui, il carattere indefettibile delle pene sostituite: un castigo mite ma effettivo, direbbe Beccaria. Le pene sostitutive, non sospensibili, sono immediatamente esecutive, dopo il passaggio in giudicato della condanna. È previsto solo¹⁶ che, dopo aver espiato metà della pena sostitutiva, il condannato alla semilibertà o alla detenzione domiciliare possa chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale. Questa previsione si spiega in ragione di quello che, va riconosciuto, è il tallone d'Achille della legge delega, che non ha previsto l'affidamento in prova tra le pene sostitutive. La più appetibile e richiesta tra le misure alternative non una corrispondenza tra le pene sostitutive. Ciò ha suggerito al legislatore delegato di rendere il più possibile appetibili le pene sostitutive, consentendo ampi margini di modulazione degli spazi di libertà: è vero, in particolare, per la detenzione domiciliare¹⁷, che può di fatto assumere le vesti di una sorta di affidamento in prova; ed è vero anche per il lavoro di pubblica utilità, che quando non concorre con la pena pecuniaria sostitutiva si candida, per l'assenza di una componente detentiva, al ruolo proprio dell'affidamento in prova tra le misure alternative. La mancata previsione dell'affidamento in prova tra le pene sostitutive, d'altra parte, ha reso necessario prevedere il requisito del *consenso* per la sostituzione della pena detentiva con semilibertà, detenzione domiciliare e lavoro di pubblica utilità. Se la sostituzione potesse avvenire senza il consenso dell'imputato risulterebbe violato il principio di uguaglianza/ragionevolezza: l'imputato che merita la sostituzione della pena detentiva andrebbe incontro a pene, anche detentive, immediatamente eseguibili; quello non meritevole di sostituzione della pena detentiva, invece, beneficerebbe della sospensione dell'ordine di esecuzione e potrebbe chiedere l'affidamento in prova al servizio sociale, cioè una misura contestualmente più favorevole.

La prassi dirà se e in che misura le nuove pene sostitutive avranno successo applicativo. Nonostante la mancata previsione dell'affidamento in prova al servizio sociale, le prime applicazioni testimoniano il favore per le nuove pene sostitutive¹⁸, che aprono la via a nuove strategie difensive e presentano l'indubbio pregio di anticipare l'esecuzione della pena. Per chi voglia provare a difendersi nel processo, non accedendo alla sospensione

¹⁶ Cfr. art. 67, comma 1, l. n. 689/1981.

¹⁷ La scelta del legislatore delegato è stata ritenuta compatibile con la legge delega dalla Corte costituzionale. Cfr. Corte cost., 10 maggio 2024, n. 84.

¹⁸ Al 30 aprile 2024 le pene sostitutive in esecuzione erano 3.102: 2499 lavori di pubblica utilità, 593 detenzioni domiciliari, 10 semilibertà.

del procedimento con messa alla prova o a un patteggiamento, vi è ora la possibilità, una volta pronunciata la sentenza di condanna, di chiedere o comunque di acconsentire alla sostituzione della reclusione o dell'arresto con una pena non carceraria immediatamente esecutiva.

Quel che le pene sostitutive promettono è esattamente quel che le misure alternative non possono promettere: un avvio rapido dell'esecuzione e una definizione celere del problema penale. Breve: le pene sostitutive non creano 'liberi sospesi'. Esse, anzi, sul piano dell'efficienza complessiva del sistema, promettono di ridurre il numero, alleggerendo il carico dei tribunali di sorveglianza.

3. Efficienza del processo e riforma delle pene sostitutive

La riforma delle pene sostitutive non si limita, peraltro, a migliorare l'efficienza della fase dell'esecuzione penale: promette, infatti, immediate ricadute sull'efficienza della vera e propria *fase processuale* e, in particolare, sulla *riduzione dei tempi medi del processo*, come da obiettivo del P.N.R.R. Non si tratta di ridurre i tempi dell'esecuzione penale: è un obiettivo nobile e imposto dall'art. 27, comma 3, Cost. che, tuttavia, non rientra tra quelli del P.N.R.R., che, come si è detto, mirano alla riduzione dei tempi medi del giudizio *nei tre gradi del giudizio*. In questa diversa prospettiva, piuttosto, la riforma del sistema sanzionatorio viene in rilievo sotto due principali profili: quello della *riduzione delle impugnazioni* e quello dell'*incentivo delle forme alternative e anticipate di definizione* del procedimento penale.

Intervenendo sull'art. 593, comma 3, c.p.p., la riforma Cartabia ha anzitutto previsto l'*inappellabilità delle sentenze di condanna alla pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità*. Considerato che questa pena sostitutiva interessa ora non più un ristretto numero di reati in materia di circolazione stradale e di stupefacenti, bensì la generalità dei reati per i quali sia inflitta una pena detentiva non superiore a tre anni, è verosimile ritenere che *il lavoro di pubblica utilità contribuirà in modo significativo alla riduzione delle pendenze nel giudizio di appello*, con effetti positivi sulla riduzione dei tempi nella fase che, notoriamente, rappresenta il collo di bottiglia del processo penale. L'inappellabilità, a ben vedere, giustifica poi ancor di più la previsione del consenso dell'imputato quale presupposto della sostituzione della pena.

Oltre a ridurre le impugnazioni, *le pene sostitutive incentivano il ricorso ai riti alternativi*. Il *procedimento per decreto*, anzitutto, vede notevolmente

allargato il proprio ambito di applicazione per effetto del raddoppio del tetto massimo di pena detentiva sostituibile con la pena pecuniaria: da sei mesi a un anno. Considerato che con il decreto penale di condanna può applicarsi una pena diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale (art. 459, comma 2, c.p.p.), è possibile ora ricorrere al decreto penale di condanna per reati puniti con pene detentive non superiori nel minimo a due anni di reclusione: la pena detentiva fino a un anno potrà essere sostituita con la pena pecuniaria, attraverso un criterio di ragguaglio – altra relevantissima novità – ben più favorevole rispetto al passato: da 5 a 250 euro per ogni giorno di pena detentiva (cfr. art. 459, comma 1-*bis*, c.p.p.)¹⁹. Non solo: sul decreto penale di condanna a pena pecuniaria sostitutiva potrà innestarsi il lavoro di pubblica utilità: senza formulare l'atto di opposizione, l'imputato potrà chiedere la sostituzione della pena detentiva con il lavoro di pubblica utilità (cfr. art. 459, comma 1-*ter*, c.p.p.). Sull'efficienza del procedimento per decreto, inoltre, riverbera i suoi effetti la riforma della pena pecuniaria. Molto opportunamente, il d.lgs. n. 150/2022 ha per la prima volta subordinato l'effetto estintivo del decreto penale all'effettivo pagamento della multa o dell'ammenda (cfr. art. 460, comma 5, c.p.p.); pagamento che può essere effettuato nella misura ridotta di un quinto, entro quindici giorni dalla notifica del decreto penale, con le modalità, anche telematiche, di cui all'art. 181-*bis* disp. att. c.p.p. In definitiva, la riforma delle pene sostitutive e delle modalità di esecuzione/riscossione delle pene pecuniarie promettono di incentivare e rendere più efficiente il procedimento per decreto, con importanti ricadute in termini di deflazione processuale.

Un discorso analogo può poi essere fatto per il *patteggiamento*. La prospettiva di concordare l'applicazione di una pena sostitutiva di una pena detentiva inflitta fino a quattro anni rappresenta un forte incentivo per l'accesso al rito speciale: quando la pena detentiva inflitta è superiore a due anni, e non può essere condizionalmente sospesa, patteggiare il lavoro di pubblica utilità ovvero la detenzione domiciliare o, in ultima analisi, la semilibertà, consente all'imputato di evitare la detenzione in carcere o, nella peggiore delle ipotesi (semilibertà) di ridurla alle ore serali. Concordare una pena immediatamente esecutiva *evita la caduta nel limbo dei liberi sospesi* e consente di mettersi alle spalle il problema penale in tempi sicuramente più spediti di quelli necessari passando attraverso la richiesta di una misura alternativa al tribunale di sorveglianza. La logica del patteggiamen-

¹⁹ Prima della riforma Cartabia, l'importo minimo del valore giornaliero della pena detentiva da sostituire era pari a 75 euro; applicando il valore minimo, sei mesi di pena detentiva erano sostituibili con 13.500 euro; ora sono sostituibili con 900 euro.

to, d'altra parte, non è molto diversa da quella che ispira la fase del *sentencing ex art. 545-bis c.p.p.* nel giudizio ordinario. Non a caso, tale disposizione è richiamata, in quanto compatibile, nella disciplina del rito speciale (cfr. art. 448, comma 1-*bis*, c.p.p.). A ben vedere, l'impostazione dialogica e consensuale del giudizio ordinario per la sostituzione della pena recupera, in qualche modo, la logica negoziale del rito alternativo: a mo' di patteggiamento tardivo.

La chiave processuale di lettura della riforma delle pene sostitutive, qui solo abbozzata, mostra come essa possa avere buone opportunità di successo, nonostante la convivenza di quelle pene con le misure alternative alla detenzione e, in particolare, con la più appetibile di essere – l'affidamento in prova ai servizi sociali – accessibile solo davanti a un giudice diverso da quello di cognizione.

A tale proposito, va senz'altro conclusivamente ribadito un auspicio di cui vi è traccia anche nella relazione al decreto legislativo attuativo della riforma²⁰: che in un futuro la si possa completare abolendo il meccanismo di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p. (la concessione delle misure alternative dallo stato di libertà) e trasformando in pena sostitutiva l'affidamento in prova (o, in alternativa, consentendo l'applicazione del lavoro di pubblica utilità in sostituzione di pene detentive fino a quattro anni). Così facendo, sarebbero senz'altro ulteriormente incentivati i riti alternativi e, soprattutto, si restituirebbe *in toto* al giudice della cognizione il ruolo di giudice della pena e a quello di sorveglianza il ruolo di giudice dell'esecuzione penale.

²⁰ Si riporta qui, testualmente, quanto può leggersi a p. 255 della Relazione: "La legge delega non consente al Governo un intervento volto a razionalizzare le misure alternative alla detenzione, anche in rapporto alle nuove pene sostitutive; un intervento che il Parlamento potrà in futuro opportunamente valutare e che potrebbe completare la presente riforma attribuendo al giudice della cognizione la competenza esclusiva nell'applicazione di pene/misure extracarcerarie, inserendo anche l'affidamento in prova al servizio sociale (o analoga pena sostitutiva, corredata da contenuti positivi), tra le pene sostitutive, ovvero estendendo l'applicabilità del LPU alle pene inflitte entro il limite di quattro anni. Un simile intervento consentirebbe di superare la disciplina oggi prevista dall'art. 656, co. 5 c.p.p., cioè il meccanismo della sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene detentive non superiori a quattro anni, con contestuale richiesta di una misura alternativa al tribunale di sorveglianza. Un auspicabile intervento legislativo potrebbe cioè rivedere la scelta compiuta nel 1998 dalla legge Simeone e limitare l'accesso a tutte le misure alternative alla detenzione solo a chi si trova in stato di detenzione, affidando alle pene sostitutive delle pene detentive, applicate dal giudice di cognizione, la funzione oggi svolta dalle misure alternative concesse dallo stato di libertà. Con il positivo effetto di sgravare di compiti la magistratura di sorveglianza, che potrebbe dedicarsi a risolvere il problema dei ritardi nella trattazione delle istanze di misure alternative, che generano il grave fenomeno dei c.d. liberi sospesi".

MITJA GIALUZ

LA TECNOLOGIA AL SERVIZIO DELL'EFFICIENZA NELLA RIFORMA DEL PROCESSO PENALE

1. *L'efficienza necessaria: una ridefinizione per evitare equivoci*

L'efficienza del processo penale è un problema tradizionalmente estraneo alla scienza processuale penale. Per rendersene conto, basta gettare un rapido sguardo alla sua evoluzione.

La piena affermazione della materia si sviluppa di pari passo con il consolidamento di un metodo, quello tecnico-giuridico, divenuto egemone tra gli anni Dieci e gli anni Cinquanta del Novecento. Se si prende le mosse dalla celeberrima prolusione sassarese di Arturo Rocco del 1910, si capisce facilmente che il problema dell'efficienza non può interessare il teorico del Diritto processuale penale. Vi si legge che il compito e la funzione principale, se non esclusiva, della scienza del diritto penale è «l'elaborazione tecnico-giuridica del diritto penale positivo e vigente, la conoscenza scientifica, e non semplicemente empirica, del sistema del diritto penale quale è, in forza delle leggi che ci governano»¹. Nella sua Prolusione romana del 1942 Filippo Grispigni rilancia questo approccio con la celebre affermazione secondo la quale la scienza del diritto processuale in senso stretto non dovrebbe avere «per oggetto il *processo*, bensì soltanto le *norme* sul processo»².

Dopo la gran bonaccia delle Antille – per dirla con Italo Calvino – che ha caratterizzato gli anni Cinquanta, a partire dal decennio successivo, il

¹ Così, A. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, vol. III, *Scritti giuridici vari*, Roma, 1933, p. 294. Per un'analisi della celebre prolusione in ottica processuale penale, R. ORLANDI, *La prolusione di Rocco e le dottrine del processo penale*, in *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 2015, p. 88.

² Queste le parole di F. GRISPIGNI, *La scienza processuale penale e i suoi problemi attuali*, in *Riv. pen.*, 1943, p. 155.

cuore del programma della penalistica italiana è rappresentato dalla questione costituzionale. Non muta, però, l'approccio metodologico: l'elevata sapienza tecnica costruita alla scuola dei maestri formati nel culto del metodo tecnico-giuridico viene posta dalla generazione dei penalisti e dei processualpenalisti degli anni Sessanta al servizio dell'attuazione dei canoni costituzionali. Peraltro progressivamente si dividono in modo sempre più marcato le strade del diritto materiale o sostanziale e del diritto processuale. E questa divaricazione porta progressivamente i cultori della procedura ad occuparsi più dell'attuazione delle garanzie dell'imputato nel processo, piuttosto che dell'efficienza complessiva del sistema.

Dopo la stagione che ha impegnato la dottrina processualpenalistica sull'adeguamento del sistema processuale ai canoni costituzionali³ – tra i quali non vi era l'efficienza, né la ragionevole durata – sfociato nel nuovo codice, è seguita la stagione del riflusso e della costituzionalizzazione dei canoni del giusto processo. E in seguito, negli anni Duemila, la frontiera dell'attuazione delle garanzie si è spinta sul versante della C.e.d.u. e poi dell'Unione europea.

In questo contesto, si è progressivamente alimentata una dicotomia, che spesso si è trasformata in uno scontro, sulla linea della coppia concettuale “garanzie *vs* efficienza”. Di qui è nata una dura critica nei confronti dell'impiego del concetto di efficienza in ambito processualpenalistico. Secondo un'opinione diffusa, vi sarebbe il rischio che l'efficienza possa servire da grimaldello per comprimere garanzie fondamentali e, pertanto, che la stessa venga utilizzata, specie dalla giurisprudenza, in un'ottica meramente repressiva⁴: una sorta di lasciapassare per introdurre “scorciatoie” o forme sommarie di giustizia penale. Si tratta di preoccupazioni che, per alcuni⁵, avrebbero trovato una definitiva conferma proprio nella sent. n. 132/2019, nella quale la Corte ha ritenuto possibile bilanciare il valore dell'efficienza con il principio di immediatezza del giudice e ha prospettato l'utilizzo della tecnologia – nella specie, le videoriprese – al fine di raggiungere un equilibrio ragionevole tra i diversi beni costituzionali.

Ancora da ultimo, si è parlato dell'efficienza – cito un recentissimo contributo di Ennio Amodio – come di «un termine scolorito, forgiato dal bu-

³ Cfr., ancora, R. ORLANDI, *op. cit.*, p. 98.

⁴ V., in proposito, in particolare C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 13; O. MAZZA, *Tradimenti di un codice: la procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, p. 61.

⁵ Si veda, ad esempio, O. MAZZA, *Il sarto costituzionale e la veste stracciata del codice di procedura penale*, in *Arch. pen. web*, 2019, n. 2, p. 4 ss.

rocratese della pubblica amministrazione, nel quale si racchiude certamente un valore funzionale che è però del tutto intrinseco al sistema»⁶.

Questa posizione critica potrebbe essere condivisa solo se si accogliesse un'accezione puramente "produttiva" di efficienza⁷. Ma conviene chiarire, una volta di più⁸, che questo approccio semplicistico che vede l'efficienza in chiave puramente quantitativa – e collegata quindi a un mero incremento numerico dell'*output* – non può essere accolto.

L'efficienza è un concetto di relazione, che si ricollega necessariamente ai fini cui è preposto un determinato dispositivo. E il processo penale è un dispositivo che ha più finalità, per certi versi confliggenti: accertamento dei fatti e delle responsabilità in tempi ragionevoli e tutela dei diritti fondamentali dell'imputato. E, allora, occorre fissare una nozione costituzionalmente orientata di efficienza, che si snoda in due categorie concettuali.

La prima, l'efficienza normativa, si desume da una lettura sistematica delle norme che attribuiscono alla giustizia penale una serie eterogenea di scopi (tra cui, *in primis*, gli artt. 25, comma 2; 27, comma 2; 111 Cost.) e del canone fondamentale di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.: dall'interpretazione coordinata di tali previsioni si evince che il legislatore è tenuto a individuare un equilibrio ragionevole tra i vari obiettivi ineludibili della giustizia criminale, dando vita a un sistema di norme (processuali, ma anche sostanziali e penitenziarie) "efficiente", nel senso di idoneo a funzionare nel suo complesso con un adeguato rapporto costi-risultati⁹. Non vi è quindi antitesi tra efficienza e garanzie, ma semmai tra diversi obiettivi del processo: ma anche in relazione a questi non si deve pensare sempre nell'ottica della dicotomia. Come ha ricordato autorevolmente la Corte costituzionale, la ragionevole durata costituisce «un connotato identitario

⁶ Così, E. AMODIO, *La cultura della speditezza processuale nella riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 10. V. anche G. PECORELLA, *Il crepuscolo del rito accusatorio: contro l'efficienza senza le garanzie*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 730.

⁷ Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, p. 218.

⁸ Sia consentito rinviare anzitutto a M. GIALUZ, J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, 2022, p. 4 ss. Per una recente puntualizzazione, J. DELLA TORRE, *Il Comitato tecnico per il monitoraggio della giustizia penale e il modello di analisi statistica*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, commentario diretto da G. Gatta e M. Gialuz, vol. I, *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, a cura di M. Caianiello, M. Gialuz e S. Quattrocchio, Torino, 2024, p. 120.

⁹ Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, cit., p. 219.

della giustizia del processo»¹⁰: laddove infatti il sistema giudiziario non è in grado di fornire risposte di giustizia in tempi adeguati, finisce per pregiudicare la stessa effettività – per gli imputati e i condannati, per le vittime e per l'intera collettività – di tutte le restanti garanzie del “giusto processo” e dello stesso diritto di difesa.

La seconda, l'efficienza strutturale, nasce dalla considerazione che, per esercitare in modo efficiente la giurisdizione, non basta evidentemente creare un sistema avanzato di norme, che permetta di perseguire, in modo economicamente appropriato, gli eterogenei scopi istituzionali propri del sistema penale; è, infatti, indispensabile mettere la macchina della giustizia nelle condizioni di conseguire quelle finalità, attraverso lo stanziamento di mezzi e uomini e la programmazione razionale delle attività di questi ultimi, in modo da ottimizzare il lavoro, elidendo gli sprechi di risorse. A me pare che l'ancoraggio costituzionale di tale valore vada ricercato nel (troppo spesso dimenticato) art. 110 Cost. e nello stesso art. 97 Cost.: è ben vero che la Corte costituzionale esclude che questo possa estendersi all'ambito dell'esercizio da parte degli organi giudiziari della funzione giurisdizionale¹¹, ma mi pare che questa impostazione meriti una rivisitazione se solo si considera che la stessa Consulta ha affermato che «sarebbe paradossale [...] esentare l'organizzazione degli uffici giudiziari da ogni esigenza di buon andamento»¹². Pertanto, le direttive normative debbono essere attuate dal Ministro della Giustizia, al quale l'art. 110 Cost. affida «l'organizzazione e il *funzionamento* dei servizi relativi alla giustizia»¹³.

2. Gli obiettivi e le direttrici della riforma Cartabia

A questa nozione costituzionalmente orientata di efficienza si è ispirato l'ambizioso intervento sul sistema penale che si è soliti indicare come “riforma Cartabia”. Come noto, essa si compendia anzitutto della l. 27 settembre 2021, n. 134, rubricata – non a caso – «delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e di-

¹⁰ Con queste parole, Corte cost., 22 febbraio 2022, n. 74.

¹¹ Sul punto, cfr., *ex plurimis*, Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 34; Corte cost., 11 marzo 2011, n. 84; Corte cost., 14 ottobre 1993, n. 376.

¹² Così, Corte cost., 10 maggio 1982, n. 86. V. anche Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171; Corte cost., 9 gennaio 1989, n. 18.

¹³ Ricollega l'efficienza “organizzativa” anche all'art. 110 Cost., V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano, 2000, p. 10.

sposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari». Ad essa sono seguiti il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, recante attuazione della delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari e il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151, recante norme sull'ufficio per il processo.

Lungi dal recepire una logica di efficientismo giudiziario che privilegia in chiave statistica la quantità a scapito della qualità e persegue unicamente una bieca celerità a ogni costo, rinunciando alla funzione cognitiva del processo¹⁴, la manovra si connota anzitutto per un'opzione schiettamente liberale: nella consapevolezza che «il diritto penale, per vincolo costituzionale e per tradizione culturale, è [...] un mezzo di gestione dei conflitti sociali estremamente dispendioso»¹⁵, essa ha perseguito anzitutto un obiettivo – coesistente alle democrazie contemporanee – di riduzione del ricorso all'apparato penale¹⁶. L'efficienza, insomma, si misura anzitutto con la necessità di allocare razionalmente le (limitate) risorse disponibili riducendo l'abnorme domanda di giustizia penale.

In secondo luogo, nella piena consapevolezza della centralità di quella che si è definita efficienza strutturale, si è scommesso sulla capacità dell'innovazione organizzativa, introducendo una disciplina dell'ufficio per il processo e allocando una quota significativa di risorse sul reclutamento di giovani addetti all'UPP.

Ma un'importanza decisiva, nell'economia della riforma, è rappresentata proprio dalla valorizzazione della tecnologia. Il punto è davvero decisivo, se si considera il contesto in cui sono maturate le proposte di intervento sul procedimento penale. Nel marzo del 2021, quando si è insediata la Commissione Lattanzi¹⁷, si era ancora nel mezzo di quell'emergenza pandemica che ha prodotto una straordinaria accelerazione dei processi di di-

¹⁴ Cfr., per tutti, O. MAZZA, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. pen. web*, 2022, n. 2, p. 2, nonché F. SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della "riforma Cartabia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, p. 159 ss.

¹⁵ Testualmente, C. SOTIS, *Efficienza (in diritto penale)*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, a cura di C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, Milano, 2022, p. 1464.

¹⁶ Sia consentito rinviare, sul punto, a M. GIALUZ, *La giustizia penale come servizio pubblico: completare la "riforma Cartabia"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 358.

¹⁷ Sui lavori della Commissione, cfr. G. LATTANZI, E. LUPO, *I lavori e le proposte della "Commissione Lattanzi"*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, commentario diretto da G. Gatta e M. Gialuz, vol. I, *Il procedimento penale tra efficienza*, cit., p. 27 s.

gitalizzazione delle società occidentali e, in particolare, di un paese come l'Italia, che era assai arretrato¹⁸.

Sul versante della giustizia penale, a partire dal marzo 2020, la celebrazione dei processi e la continuità dell'attività giudiziaria sono state garantite prima dagli operatori – non va sottovalutato il ruolo che hanno avuto nella fase della prima ondata i protocolli, sia per la duttilità dello strumento che per la tempestività – e poi dal legislatore – è intervenuto con una decina di decreti-legge, tra i quali i più significativi, nella nostra ottica, il decreto cura Italia (n. 18/2020), il decreto-ristori (n. 137/2020) e il *ristori-bis* (n. 140/2020) – utilizzando principalmente due strumenti: per un verso, il processo penale telematico, che rappresenta un'«espressione ellittica, con cui si fa riferimento tanto alla circolazione [tramite dispositivi informatici] degli atti processuali (sia sotto il profilo delle comunicazioni e notificazioni, che dal punto di vista del deposito), quanto alla digitalizzazione procedimentale (ovvero all'utilizzo di infrastrutture tecnologiche capaci di gestire il fascicolo [o i registri] processual[i] in modalità telematica)»¹⁹; per altro verso, il processo da remoto (cd. *remote justice*), locuzione con cui si allude alla possibilità di svolgere a distanza, mediante tecnologie eterogenee, atti processuali penali di matrice investigativa o probatoria, nonché vere e proprie udienze, comprese le fasi di deliberazione in camera di consiglio²⁰.

Le stesse riunioni della Commissione Lattanzi si sono tenute, con qualche eccezione, grazie alla videoconferenza e questo ha consentito, peraltro, di concentrare in poco più di un mese un numero assai elevato di appuntamenti (tanto della plenaria quanto delle sottocommissioni), che sarebbe stato semplicemente impossibile tenere in presenza. In questo scenario era impensabile un approccio di chiusura pregiudiziale rispetto alle opportunità offerte dalla tecnologia per migliorare l'efficienza della giustizia. Ma, d'altra parte, merita chiarire che non vi è stato nemmeno un atteggiamento di fideistica e aprioristica fiducia nella tecnologia: il legislatore si è mosso sempre con la piena consapevolezza che essa costituisce sempre un mezzo e mai un fine; un mezzo, se dosato con cura, potenzialmente molto utile

¹⁸ Lo aveva certificato la Commissione europea che ha fatto rientrare il sistema penale italiano tra quelli in cui le *digital solutions to conduct and follow court proceedings in criminal cases* sono tra le meno avanzate a livello UE (*The 2021 EU Justice Scoreboard*, COM (2021) 389, 8 luglio 2021, p. 36).

¹⁹ Così, F. DEL VECCHIO, *L'informatizzazione della giustizia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2/2021, p. 61.

²⁰ Al riguardo, si legga J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in *Proc. pen. giust.*, 2021, p. 225 ss.

per migliorare l'accesso alla giustizia, l'effettività dei diritti difensivi e la qualità della documentazione degli atti, nonché per eliminare o ridurre al minimo i tempi morti del procedimento.

Con questa filosofia di ragionevole apertura alla digitalizzazione, la l. n. 134/2021 prima e i d.lgs. nn. 150 e 151/2022 poi si sono mossi lungo tre direttrici: la prima è rappresentata dall'attuazione del processo penale telematico e dalla complessiva rivisitazione del sistema delle notificazioni; la seconda è costituita dall'introduzione di una disciplina organica della partecipazione a distanza attraverso il collegamento da remoto; la terza dalla valorizzazione delle audio e video registrazioni come mezzo di documentazione degli atti processuali.

In questa sede, vorrei soffermarmi in particolare sulla seconda prospettiva, che mi interessa particolarmente perché rimette in discussione la categoria fondamentale sulla quale è sempre stato costruito il processo, ossia quella dello "spazio".

3. La sfida della giustizia da remoto quale fattore di rafforzamento dei diritti e delle garanzie

La partecipazione a distanza è presente da più di trent'anni nell'ordinamento italiano: introdotta con una funzione di protezione dell'imputato e del dichiarante, si è poi progressivamente estesa in un'ottica di snellimento delle procedure²¹. Certo, si trattava pur sempre di ipotesi residuali ed eccezionali, la cui regolamentazione era relegata e, per così dire, quasi nascosta nelle disposizioni di attuazione (artt. 146-*bis* e 147-*bis*). Come si è ricordato, la pandemia ha determinato – con la necessità di "distanziamento sociale" – un vero e proprio mutamento di paradigma.

Si è infatti diffuso velocemente l'utilizzo degli strumenti di videoconferenza che non è assolutamente scomparso dopo la fine dell'emergenza. Uno dei lasciti più significativi della pandemia risiede proprio nell'utilizzo massiccio delle teleconferenze in tutti gli ambiti della vita: dalle riunioni informali di lavoro, alle conferenze scientifiche; dall'attività delle aziende private (con le assemblee societarie che si svolgono molto spesso *online*) sino all'attività delle istituzioni (si pensi, solo per fare un esempio, alle

²¹ Cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006, p. 84; B. GALGANI, L. AGOSTINO, *L'impiego dei collegamenti audiovisivi ai fini della partecipazione e dell'assunzione probatoria*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, commentario diretto da G. Gatta e M. Gialuz, vol. I, *Il procedimento penale tra efficienza*, cit., p. 214 ss.

adunanze Commissioni parlamentari o alle audizioni degli esperti presso le stesse). Insomma, la videoconferenza è un dispositivo che ci consente di sperimentare in ogni sfera sociale un ampliamento assai rilevante e per molti versi virtuoso delle facoltà partecipative. Eliminando l'ostacolo spaziale e riducendo quindi i costi degli spostamenti, certamente permette di allargare le occasioni di relazione. Per quanto la tecnologia si sia evoluta significativamente, le modalità dell'interrelazione mediante videoconferenza non possono ritenersi equivalenti a quelle in presenza: occorre pertanto verificare se, e in che misura, si possa ipotizzare un "utilizzo ordinario" nel procedimento penale. Se e in che misura, insomma, si possa ammettere quella che Antoine Garapon ha efficacemente (e criticamente) chiamato «despazializzazione della giustizia»²².

Di fronte a tale quesito, non mi pare si possa condividere una posizione di rifiuto *a priori* della partecipazione a distanza, in nome della (certamente meritevole) tutela delle garanzie fondamentali del processo²³. Mi sembra si debba cercare di capire se e come quelle garanzie fondamentali possano essere rispettate e modulate anche in un procedimento a distanza «“virtuoso”»²⁴, in quanto rispettoso delle norme costituzionali. Le quali, si badi, non possono essere soggette a una lettura per così dire "originalista", che esclude alla radice un'affermazione dei valori sottesi alla partecipazione dell'imputato al processo oppure al contraddittorio e ai suoi corollari (appuntamento, immediatezza e oralità) in una dimensione digitale. Lo sforzo che si richiede alla scienza processuale, oggi, mi pare quello di verificare se il nucleo duro dei beni protetti dalla Costituzione possa essere salvaguardato anche nella sfera digitale e magari rafforzato attraverso l'impiego ragionevole della tecnologia: in fondo, la sfida che si sta ponendo per l'inviolabilità del domicilio (con l'auspicabile estensione della tutela al domicilio digitale) mi pare valga anche per le garanzie più strettamente personali.

²² Il rinvio è al volume di A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021. Su tale concetto, si legga anche M. GALLI (a cura di), *Giustizia senza spazio. Una conversazione*, Napoli, 2022.

²³ Cfr., per tutti, O. MAZZA, *Distopia del processo a distanza*, in *Arch. pen. web*, 2020, n. 1. Cfr. anche M.R. GUGLIELMI, *Quel "rito" al quale non possiamo facilmente rinunciare*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 22 aprile 2020; L. MARAFIOTI, *Il processo penale di fronte all'emergenza pandemica*, in *www.discrimen.it*, 26 aprile 2021, p. 19.

²⁴ Il riferimento va al titolo del volume di B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022, che invita proprio a un approccio *open minded*. Nello stesso senso, cfr. anche, D. CURTOTTI, *Videoregistrazioni e collegamenti da remoto*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1183; S. LORUSSO, *Il cigno nero del processo penale*, in *Sistema penale*, 11 maggio 2020.

S'immagina l'obiezione: in realtà, in questo caso l'accettazione di una dimensione digitale equivale a un indebolimento e non a un'estensione della portata della tutela costituzionale. Ma, in realtà, non è esattamente così: la partecipazione a distanza può svolgere un ruolo di estensione del diritto fondamentale dell'imputato di vivere il suo processo e può assicurare effettività al contraddittorio laddove, nella prassi, si finisce per abdicarvi. In fondo, la frontiera paradigmatica è quella della cooperazione internazionale, dove l'ostacolo spaziale – sia in termini geografici, che di sovranità giuridica – risulta ancora più rilevante. In questo ambito, non a caso, al fine di realizzare «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia pienamente funzionale» (considerando n. 2) e di «rafforzare la cooperazione giudiziaria e l'accesso alla giustizia» (considerando n. 3), il Regolamento 2023/2844/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 (sulla digitalizzazione della cooperazione giudiziaria e dell'accesso alla giustizia in materia civile, commerciale e penale a livello transfrontaliero), punta sulla digitalizzazione dei canali di comunicazione: e, tra questi, assume rilevanza centrale la videoconferenza, la quale «non dovrebbe essere rifiutat[a] unicamente a causa dell'assenza di norme nazionali che disciplinino l'uso della tecnologia di comunicazione a distanza» (considerando n. 33). È evidente, dunque, che la videoconferenza può ampliare l'ambito del contraddittorio sul piano quantitativo e, in prospettiva, può migliorare l'effettività dei diritti difensivi.

Più che distruggere i telai o sparare sulle locomotive, merita, dunque, raccogliere la sfida, per svolgere alcune considerazioni basilari sul rapporto tra presenza fisica e giustizia penale. In fondo, la comparizione fisica dei protagonisti del procedimento – giudice e parti – nello spazio della giustizia risponde a tre diverse logiche.

La prima ha carattere simbolico ed è legata all'essenza più profonda del rituale giudiziario: «il primo gesto che la giustizia pone in essere consiste nella delimitazione di uno spazio propizio al suo compimento ... sempre, i luoghi di udienza propri delle società arcaiche sono stati considerati aree sacre, separate, in qualche modo, dal mondo ordinario»²⁵. La presenza dei soggetti del procedimento nello spazio organizzato simbolicamente contribuisce a produrre senso alla giustizia.

La seconda ha valenza garantistica: il corpo dell'imputato in sede di convalida o di interrogatorio di garanzia è essenziale per il controllo di legalità sulla restrizione della libertà personale. Essa trova fondamento costituziona-

²⁵ Così, A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, p. 7.

le nell'art. 13, commi 3 e 4, Cost. e, soprattutto, nell'art. 5, par. 4, C.e.d.u.

La terza ha rilievo sul versante epistemologico e si ricollega all'immediatezza (art. 111, commi 3 e 4, Cost.): è chiaro che la presenza del dichiarante al momento dell'assunzione del suo contributo dichiarativo consente alle parti e al giudice di cogliere i significati veicolati attraverso le comunicazioni non verbali e di massimizzare le potenzialità dell'esame incrociato.

Personalmente, mi pare che la partecipazione tramite videoconferenza non sia ontologicamente incompatibile con alcuno dei tre profili ricordati. Certo, non v'è dubbio che rispetto al primo è più arduo ripensare a spazi digitali dotati di simboli, idonei a dare senso all'esperienza processuale. Certo non è facile, ma non va nemmeno sottaciuto che molti degli elementi che compongono il rituale giudiziario – la toga, la stessa partecipazione dell'imputato, della vittima e del pubblico – sono nella realtà ampiamente disponibili. L'unico connotato ineludibile è la celebrazione dell'udienza – magari in camera di consiglio e senza la presenza dell'imputato – all'interno del palazzo di giustizia. Occorre allora capire se questo sia, di per sé, un valore essenziale e indisponibile oppure se si possa immaginare uno spazio virtuale equivalente: ciò che appare fondamentale è garantire una caratura istituzionale al contesto, tale da far comprendere ai partecipanti la funzione degli atti comunicativi compiuti e da assicurare quella separazione dal mondo ordinario, che è l'elemento simbolico di per sé ineludibile. Forse tale obiettivo si può conseguire, per un verso, valorizzando il carattere istituzionale dei luoghi del collegamento e, per altro, pensando a modi innovativi del rituale digitale.

Per quel che riguarda gli altri valori richiamati, occorre ricordare anzitutto come essi siano disponibili: tanto il diritto a presenziare fisicamente davanti al giudice quale componente dell'*habeas corpus*, quanto il contraddittorio inteso quale esame incrociato svolto nella stessa aula di udienza in cui si trova il giudice chiamato a decidere. Per di più, non è affatto detto che, attraverso l'utilizzo di tecnologie sempre più avanzate, non si possa assicurare, proprio tramite il collegamento video, una qualità euristica anche superiore. La conduzione dell'esame incrociato potrebbe avvenire con modalità meno aggressive e, soprattutto per alcuni dichiaranti (si pensi ai giovani per i quali la dimensione digitale dei rapporti costituisce la norma o ai soggetti vulnerabili), la partecipazione da remoto, in un contesto più protetto, potrebbe assicurare maggiore autenticità²⁶.

D'altra parte, in modo assai più autorevole, tanto la Corte costituziona-

²⁶ Cfr. R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, in *Sistema pen.*, 2/2021, p. 131 s.

le²⁷, quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁸, hanno affermato che la partecipazione all'udienza mediante videoconferenza non è di per sé incompatibile con il diritto di difesa e con le garanzie processuali fondamentali. Insomma, l'idea che «solo la presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare l'effettività del diritto di difesa, non è (...) fondata. Ciò che occorre, sul piano costituzionale, è che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, e dunque che i mezzi tecnici, nel caso della partecipazione a distanza, siano del tutto idonei a realizzare quella partecipazione»²⁹.

4. La pragmatica ragionevolezza del d.lgs. n. 150/2022

Dinnanzi a questo panorama, la Commissione Lattanzi aveva accolto un approccio molto pragmatico riconoscendo la necessità di «fare tesoro delle esperienze fatte durante la fase dell'emergenza, per non abbandonare alcuni possibili impieghi della cd. *remote justice*, che possono non solo assicurare maggiore efficienza e rapidità al procedimento penale, ma anche incrementare le garanzie della difesa»³⁰.

Sulla base di questa visione, è stata formulata la delega contenuta nell'art. 1, comma 8, lett. c della l. n. 134/2021, la quale incaricava il governo a «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza»³¹.

²⁷ Si veda anzitutto Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, sulla quale cfr. C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 76; R.A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di «durata ragionevole» del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 829. In linea, Corte cost., 9 marzo 2004, n. 88 e Corte cost., 26 novembre 2002, n. 483.

²⁸ V. Corte e.d.u., 27 novembre 2007, *Zagaria c. Italia*; Corte e.d.u., 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*; Corte e.d.u., 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*.

²⁹ Così, Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342. Cfr. B. GALGANI, *La c.d. remote justice nella riforma Cartabia*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1180.

³⁰ Cfr. Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, cit., p. 16.

³¹ Su tale criterio di delega, cfr., senza pretesa di completezza, V. BARROCU, *La partecipazione a distanza*, in *La giustizia penale dopo la c.d. riforma Cartabia*, a cura di R.M. Geraci, Torino, 2024, p. 127; E.A.A. DEI-CAS, *La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale*, in *Sist. pen.*, 2022, n. 4, p. 5; G. DI PAOLO, «Riforma Cartabia» e digitalizzazione del processo penale. Verso una non più rinviabile opera di ammodernamento della giustizia penale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 102; B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale «virtuoso»*, Milano, 2022, p. 358.

Un criterio dunque molto aperto, con due soli paletti fondamentali.

Uno esplicito, rappresentato dal consenso delle parti: un requisito derivato dal bilanciamento tra le diverse esigenze in gioco che era stato raggiunto durante l'emergenza pandemica ed è stato individuato dal Giudice delle leggi quale condizione dell'utilizzo della videoconferenza³².

L'altro relativo alla qualità del collegamento³³, desumibile dalla consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo³⁴.

Ebbene, il legislatore delegato ha operato in due direzioni.

Per un verso, considerato l'ampliamento delle forme di partecipazione a distanza, ha voluto inserire una disciplina generale di tale forma di partecipazione nel tessuto del codice e, segnatamente, nel nuovo titolo II-*bis* nel libro II del codice di procedura penale, che è destinato ad avere portata generale: la norma di apertura del nuovo titolo prevede infatti che esse si estendano a tutte le ipotesi di *remote justice*, sia quelle innovative introdotte dalla manovra nel codice, sia quelle già previste dalle disposizioni di attuazione, salvo che sia diversamente stabilito (art. 133-*bis* c.p.p.). Insomma, il messaggio è chiaro: tale modalità di partecipazione può trovare cittadinanza nell'ordinamento solo a condizione che i mezzi tecnologici impiegati siano tali da rispettare i diritti fondamentali delle parti e il canone del contraddittorio.

Le garanzie meritoriamente fissate nel nuovo art. 133-*ter* c.p.p. sono riprese in parte dall'art. 146-*bis* disp. att. – che viene contestualmente abrogato nei commi 2, 3, 4, 5 e 6 – e in parte dall'art. 23, comma 5 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, conv. con modificazioni dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176. Non vanno sottaciute, però, diverse novità assai significative, in ottica di tutela dell'effettiva partecipazione.

Degna di nota la disposizione del comma 3 che prescrive – sulla scorta della giurisprudenza costituzionale e convenzionale – che il collegamento audiovisivo deve essere attuato con modalità «idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti all'atto o all'udienza»; peraltro, la previsione è opportunamente presidiata dalla sanzione della nullità. Ciò che appare coerente con quanto previsto dal già ricordato Regolamento 2023/2844/UE sulla digitalizzazione della cooperazione giu-

³² Cfr., al riguardo, Corte cost., 14 aprile 2021, n. 96, la quale ha valorizzato proprio il consenso delle parti.

³³ V. ancora Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, cit., p. 16.

³⁴ Cfr., ancora, Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342; nonché, tra le altre, Corte e.d.u., Grande Camera, 2 novembre 2020, *Sakhnovskiy c. Russia*, § 98.

diziaria e dell'accesso alla giustizia penale a livello transfrontaliero: il considerando n. 45 stabilisce infatti che, «se i diritti dell'indagato, dell'imputato o del condannato sono violati nel contesto di un'udienza effettuata mediante videoconferenza o altra tecnologia di comunicazione a distanza, l'accesso a un ricorso effettivo dovrebbe essere garantito conformemente all'articolo 47 della Carta». E l'art. 6, par. 8 ribadisce che «l'indagato, l'imputato o il condannato o il soggetto colpito hanno, in caso di violazione degli obblighi o delle garanzie di cui presente articolo, la possibilità di un ricorso effettivo, conformemente al diritto nazionale e nel pieno rispetto della Carta».

Altra previsione assai significativa, di cui non vi era traccia nella disciplina emergenziale³⁵ – in quanto, in quel caso, veniva prevista l'udienza a porte chiuse – è quella relativa alla necessità di assicurare un'adeguata pubblicità degli atti compiuti a distanza (comma 3, ultima parte). Sotto il profilo della documentazione, si stabilisce che dell'atto o dell'udienza a distanza sia sempre disposta la registrazione audiovisiva. Peraltro, sempre al fine di rafforzare i presidi di garanzia, il comma 8 introduce una norma di grande rilievo che impone la presenza di un ausiliario del giudice e del pubblico ministero o un ufficiale di polizia giudiziaria (individuato in via prioritaria tra il personale in servizio presso le sezioni di polizia giudiziaria), il quale, non solo attesta l'identità delle persone, ma, nel redigere il verbale, deve dar atto delle cautele adottate per assicurare la regolarità dell'esame e dell'assenza di impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà spettanti all'interessato.

Viene inoltre riconosciuto un diritto di informazione dei soggetti interessati: nella versione originaria della disciplina, si stabiliva che il decreto che dispone la partecipazione a distanza venisse notificato almeno tre giorni prima del compimento dell'atto. Il termine inderogabile rischiava però di irrigidire troppo il meccanismo, impedendone l'applicazione ai casi urgenti; opportunamente, quindi, il d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31 ha previsto che, nei casi di urgenza, a tale termine si possa derogare, ferma comunque l'esigenza di garantire al difensore l'esercizio delle facoltà di cui al comma 7³⁶.

Ultimo profilo interessante è la definizione dei luoghi del collegamento, che variano a seconda del soggetto e dello *status*³⁷: i soggetti liberi si colle-

³⁵ In termini giustamente critici, J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, cit., p. 252.

³⁶ Cfr. B. GALGANI, L. AGOSTINO, *L'impiego dei collegamenti audiovisivi*, cit., p. 227.

³⁷ F. PORCU, *Digitalizzazione degli atti, videoriprese e partecipazione a distanza*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2022, p. 100.

gheranno da un ufficio giudiziario o di polizia giudiziaria individuato dall'autorità giudiziaria; le persone, che si trovino a qualsiasi titolo ristrette nella libertà personale, si conetteranno dal luogo di detenzione, mentre i difensori si collegheranno dallo studio o da altro luogo – magari lo studio di un collega – purché idoneo (sia in termini di riservatezza che di decoro). L'autorità giudiziaria procedente dovrà collegarsi invece dall'aula di udienza o dall'ufficio giudiziario.

Questo non mi pare si traduca in un vero e proprio divieto di celebrare un'udienza da remoto, in cui nessuno dei protagonisti condivide uno spazio fisico comune³⁸. In verità, l'udienza potrebbe vedere i protagonisti collegati da luoghi diversi, purché siano luoghi istituzionali: l'aula di udienza per il giudice; l'ufficio giudiziario per il pubblico ministero; il carcere, l'ufficio giudiziario o l'ufficio di polizia giudiziaria per i privati; lo studio per il difensore. Questo sembra emergere dalla lettura del primo e terzo comma dell'art. 133-ter c.p.p.; il che dovrebbe sgombrare il campo dal dubbio relativo allo stesso pubblico ministero: in quanto parte, egli potrebbe chiedere ed essere ammesso a partecipare all'udienza a distanza³⁹.

Ciò che appare in effetti vietato è il compimento di camere di consiglio virtuali: i componenti del collegio non possono effettivamente trovarsi in luoghi diversi. E, forse, sul punto la delega avrebbe consentito di adottare una soluzione più ambiziosa e coerente con l'introduzione del fascicolo telematico dell'art. 111-ter⁴⁰.

Per altro verso, il legislatore delegato ha previsto espressamente una serie di ipotesi – da ritenere quindi tassative – di partecipazione a distanza. A tale riguardo, va detto che il criterio di delega di cui all'art. 1, comma 8, lett. c) della l. n. 134 era ambiguo e si prestava a tre possibili letture. Un'interpretazione letterale, che faceva leva sul riferimento generico alla partecipazione a distanza a qualsiasi «atto del procedimento» o a qualsivoglia «udienza»: secondo tale approccio ermeneutico, ogni ipotesi di partecipazione a distanza, sia che fosse già prevista dalla normativa previgente, sia che venisse introdotta *ex novo*, avrebbe dovuto comunque reggersi sul consenso delle parti, da inserire quale requisito fondamentale anche nella disciplina generale. All'estremo opposto, un'interpretazione restrittiva, in forza della quale tutti i casi di partecipazione a distanza già previsti avreb-

³⁸ Così, invece, B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica*, cit., p. 360; B. GALGANI, L. AGOSTINO, *L'impiego dei collegamenti audiovisivi*, cit., p. 228.

³⁹ Evenienza, a quanto sta emergendo nella prassi, assai utile per i PED: avendo una "competenza" assai estesa, risulta importante consentire la partecipazione a distanza alle udienze.

⁴⁰ In tal senso, B. GALGANI, L. AGOSTINO, *L'impiego dei collegamenti audiovisivi*, cit., p. 227.

bero dovuto essere mantenuti; il delegato avrebbe dovuto soltanto aggiungerne di nuovi, subordinandoli al consenso delle parti. Infine, un'opzione esegetica mediana, secondo la quale il delegato sarebbe stato chiamato a rivalutare tutti i casi di partecipazione a distanza, individuando quelli da subordinare al consenso delle parti.

Pare che quest'ultimo approccio ermeneutico avrebbe consentito di intervenire anche sulle ipotesi già previste dalle disposizioni di attuazione, le quali avrebbero potuto essere ricollocate nel titolo II-*bis*, escludendo il consenso per tutte le ipotesi nelle quali sussiste un'esigenza specifica di tutela del dichiarante che non può essere altrimenti soddisfatta e inserendolo invece nelle fattispecie che sono connotate da un'eccessiva vaghezza dei presupposti o da un sacrificio irragionevole del principio di immediatezza.

Il d.lgs. n. 150 ha invece lasciato invariate le disposizioni di attuazione, anche laddove la deroga all'immediatezza appaia fondata su presupposti di dubbia ragionevolezza: si pensi all'esame del testimone che si trova in stato di detenzione (caso oggi previsto dall'art. 146-*bis*, comma 1-*quater*, ultima parte, disp. att.), oppure quando vi siano gravi difficoltà ad assicurare la comparizione della persona da esaminare e quando si tratti di nuova assunzione a norma dell'art. 495, comma 1 (ipotesi contemplate dall'art. 147-*bis*, comma 5, disp. att.).

Rispetto alle nuove ipotesi di partecipazione a distanza individuate dal legislatore, quella che più ha fatto discutere è quella relativa all'assunzione delle prove dichiarative in dibattimento (esame dei testimoni, dei periti, dei consulenti tecnici, delle persone indicate nell'art. 210 e delle parti private)⁴¹: sulla scorta del nuovo art. 496, comma 2-*bis*, c.p.p., purché vi sia il consenso delle parti, si potrà procedere a distanza, fatti comunque salvi i casi in cui la legge non preveda altrimenti (si pensi agli artt. 146-*bis* e 147-*bis* disp. att., che non richiedono il consenso). Sul punto, il delegato è andato al di là dell'assetto definito durante l'emergenza pandemica⁴², quando si erano sottratte le udienze istruttorie dall'ambito di applicazione della *remote justice*.

⁴¹ Cfr., per tutti, D. NEGRI, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castonuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano, 2023, p. 451.

⁴² V. E.A.A. DEI-CAS, *La partecipazione a distanza*, cit., p. 29.

5. *Qualche riflessione conclusiva*

All'esito di questa sintetica ricognizione delle novità introdotte dalla riforma, mi pare si possa sostenere che il legislatore abbia tenuto conto dei tre profili che vengono in gioco con la despazializzazione prodotta dall'utilizzo della videoconferenza per la partecipazione a distanza.

Sul versante della valenza simbolica, il legislatore ha ritenuto che non si possa superare del tutto la presenza fisica in un luogo istituzionale: come si è ricordato, il giudice dovrà sempre trovarsi nell'aula di udienza oppure nell'ufficio giudiziario; il pubblico ministero dovrà collegarsi – anche da remoto – dall'ufficio giudiziario; la persona che partecipa all'atto dovrà collegarsi da un ufficio giudiziario o di polizia e lo stesso difensore dovrà connettersi dallo studio. Insomma, la scelta è stata quella di assicurare il contesto istituzionale rimanendo ancorati al luogo fisico da cui ci si collega. Il che potrebbe apparire un po' semplicistico: forse si sarebbe potuto fare qualcosa di più dando indicazioni puntuali sul contesto digitale. È ben vero che si potrà integrare la disciplina utilizzando protocolli o linee guida; ma alcuni punti fermi la fonte primaria dovrebbe fissarli e non si può che auspicare che intervenga il governo attraverso i decreti correttivi previsti dalla stessa l. n. 134/2021.

Con riguardo alla valenza garantistica ed euristica, il delegato ha fatto leva sul consenso delle parti e sulla qualità del collegamento. Il che dovrebbe porre la disciplina al riparo da problemi di legittimità costituzionale, visto che il requisito del consenso dell'imputato consente di ricondurre l'ipotesi sotto l'ombrello dell'art. 111, comma 5, Cost. Per la verità, un problema potrebbe derivare laddove, in assenza di una previsione espressa, si finisse per ritenere legittimato a esprimere il consenso il difensore in luogo dell'imputato⁴³. Ora, mi pare che una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni – tale da far ritenere necessario il consenso dell'imputato – sia assolutamente ragionevole e, peraltro, conforme anche a quanto previsto – sia pure in materia di cooperazione internazionale – dall'art. 6, par. 2, del regolamento n. 2844/2023, secondo il quale, non solo il consenso deve essere espresso dall'imputato, ma questi, prima di acconsentire all'uso della videoconferenza o di altra tecnologia di comunicazione a distanza, «ha la possibilità di chiedere il parere di un difensore a norma della direttiva 2013/48/UE. Prima che sia espresso il consenso, le autorità competenti forniscono alla persona che deve essere sentita informazioni

⁴³ Cfr., sul punto, diffusamente, E.A.A. DEI-CAS, *La partecipazione a distanza*, cit., p. 31.

sulla procedura applicabile allo svolgimento di un'udienza mediante videoconferenza o altra tecnologia di comunicazione a distanza, nonché sui suoi diritti procedurali, compresi il diritto all'interpretazione e il diritto di avvalersi di un difensore. Il consenso è espresso volontariamente e in modo inequivocabile e l'autorità competente richiedente verifica tale consenso prima dell'inizio dell'udienza».

Non mi pare invece che si possa criticare la scelta del delegato di non riconoscere un premio per la rinuncia alla fisicità dell'assunzione della prova⁴⁴. Non credo infatti si possa individuare una similitudine tra i riti consensuali e l'accordo sull'assunzione della prova a distanza: nel primo caso vi è una vera e propria rinuncia al contraddittorio (e nel caso del patteggiamento anche alla regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio), mentre nell'ipotesi di esame a distanza oggetto dell'abdicazione è (soltanto) il contraddittorio fisico, mentre rimane fermo quello virtuale.

Va da sé che tutte le considerazioni svolte sin qui sull'impiego della tecnologia per assicurare efficienza al congegno processuale ed effettività ai diritti vale solo a condizione che si investa sulla qualità della tecnologia stessa, con un costante dialogo interdisciplinare tra giuristi e tecnologi. Ecco: questo mi pare oggi il vero problema. Non tanto le aperture (non troppo audaci) della riforma Cartabia alla partecipazione a distanza, quanto l'incapacità del Ministero della giustizia di adempiere la funzione che gli assegna l'art. 110 Cost. Senza efficienza strutturale, la tecnologia non potrà fornire alcun contributo al raggiungimento degli scopi del processo penale.

⁴⁴ B. GALGANI, L. AGOSTINO, *L'impiego dei collegamenti audiovisivi*, cit., p. 240.

LUCA LUPÁRIA DONATI

GIUSTIZIA TECNOLOGICA VERSUS TECNOLOGIA GIUDIZIARIA. LA SOTTILE LINEA TRA INABISSARE O RENDERE MIGLIORE IL PROCESSO PENALE

1. *La giustizia tecnologica. Un sicario silenzioso del sapere processuale e della cultura della prova?*

La giustizia tecnologica, nell'orizzonte culturale del processo penale, evoca da sempre più catastrofi che benefici¹.

Gli esempi non mancano. Le evidenze digitali (e scientifiche in genere) spostano la bussola dell'accertamento verso lo stadio investigativo, provocando un parziale svuotamento del contraddittorio dibattimentale, divenuto, il più delle volte, una sorta di *divertissement* estetico a fronte di una partita già giocata *aliunde*². Sotto diverso angolo visuale, le nuove tecniche investigative incidono sulla vita delle persone con gradi di profondità e spazi di estensione finora sconosciuti³.

¹ Cfr. G. CANZIO, L. LUPÁRIA DONATI, *Prova scientifica e processo penale*, II ed., Milano, 2022; F. CAPRIOLI, *Tecnologia e prova penale: nuovi diritti e nuove garanzie*, in L. LUPÁRIA DONATI, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, p. 45 ss.; ID., *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3529; C. CESARI, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2019, p. 1167 ss.; G. DI CHIARA, *Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità*, in *Criminalia*, 2017, p. 19 ss.; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice Digitale: Révolution Graphique et Rupture Anthropologique*, Paris, 2018.

² V., per tutti, L. MARAFIOTI, *Prueba digital y proceso penal*, in *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2012, p. 1904 ss.; M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017.

³ Cfr. F. CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 499 ss.; M. DANIELE, *La vocazione espansiva delle indagini informatiche e l'obsolescenza della legge*, in

E ancora. L'ingresso nel circuito giudiziale degli strumenti informatici e delle macchine (più o meno) intelligenti genera forme di inedita deresponsabilizzazione degli attori processuali, in particolare del giudice⁴. Questi tende spesso ad affidarsi al *dictum* dell'esperto, al risultato dell'esperimento o alla decisione artificiale, non tanto per una mitizzazione della valenza degli enunciati, quanto per comodità (l'essere umano è pigro per natura, dicono gli scienziati...) o per mettere al sicuro dal rimprovero le proprie pronunce mediante l'adesione alle statuizioni oracolari dei *tools* a sua disposizione⁵. Del resto, un decisore umano che volesse discostarsi dalla proposta ricostruttiva del luminare di riferimento o, peggio ancora, dalla previsione formulata dall'*artificial intelligence*⁶ dovrebbe connotarsi – *comme il faut*, almeno in teoria – da forte indipendenza, senso di responsabilità, solidità psicologica e capacità di sopportare le critiche.

Mi spiego meglio, muovendo dalla casistica statunitense: se un applicativo di *risk assessment* suggerisse che l'arrestato non vada liberato su cauzione in quanto potenzialmente pericoloso⁷, quanti magistrati, pur se intimamente convinti dell'esistenza di condizioni per il rilascio in pendenza di processo, si assumerebbero il rischio del biasimo che si riverserebbe su di loro se quel soggetto, rimesso a piede libero contro il "parere" della macchina, commettesse un grave illecito?

Più in generale, stiamo assistendo nel panorama comparativo, così come in Italia, quale conseguenza di quella che si suole appunto definire giustizia tecnologica, a una fuga dei giudicanti dalla componente essenziale del proprio mandato, vale a dire l'apprezzamento delle prove. Per valutare la

Proc. pen. giust., 2018, p. 834; D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 3 ss.; F. NICOLICCHIA, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020; S. SIGNORATO, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018.

⁴ Con la consueta lucidità: D. PASTOR, *El futuro de la jurisdicción penal entre oficios temporales y máquinas de juzgar*, in *Diario Penal*, n. 175, 1 dicembre 2017.

⁵ Un quadro della tematica negli ottimi scritti di A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 513 ss.; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 547 ss.

⁶ Cfr. J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo* [2018], trad. it., Torino, 2019.

⁷ Sulla parabola evolutiva statunitense: M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019, p. 1 ss.

credibilità di un testimone – nocciolo duro dell’attività di chi siede sullo scranno della giurisdizione – vengono oggi addirittura chiamati consulenti tecnici o periti, perché dicano se il teste afferma il vero o il falso, se sia attendibile o meno, magari avvalendosi di metodiche o di apparecchiature neuroscientifiche.

Insomma, l’emersione del significativo grado di fallibilità dell’atto del decidere, la scoperta dei meccanismi di contaminazione della memoria e della percezione umana – alcuni dei grandi approdi scientifici degli ultimi anni⁸ – invece che indurre gli operatori ad alzare lo *standard* della propria preparazione, in termini di rafforzamento del bagaglio formativo ed epistemico di ciascuno, sta invece conducendo a delegare in bianco ad altri quelle valutazioni che dovrebbero invece rimanere esclusive di colui al quale affidiamo il “giudizio dell’uomo sull’uomo” e l’affermazione della colpevolezza sopra “ogni ragionevole dubbio”⁹.

Volendo procedere oltre in questa *via crucis* o, se si preferisce, in questa parabola storico-evolutiva, occorre anche ricordare come la tecnologia e le scienze abbiano introdotto pericolose isole di presunta infallibilità in un giudizio, quello penale, che, per sua natura deve invece nutrirsi di dubbi e di riscontri¹⁰. Elementi conoscitivi come la prova del DNA e altre *forensic sciences*, anche in ragione di una poca conoscenza dei rudimenti del calcolo della probabilità e del teorema di Bayes¹¹, appaiono, agli occhi dei giudicanti, eccessivamente concludenti, quasi decisivi¹². Giudicanti, professionisti o laici che siano, spesso *bamboozled*, imbambolati dall’*ipse dixit*, come affermano gli studiosi nordamericani.

Molte ricerche lo hanno mostrato: in realtà, si tratta di esiti tecnico-scientifici tutt’altro che risolutivi per il *thema decidendum* e che, oltretutto,

⁸ Cfr. P. CATELLANI, *Il giudice esperto. Psicologia cognitiva e ragionamento giudiziario*, Bologna, 1992; D. KANHEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012; L. LAUDAN, *Truth, Error and Criminal Law. An Essay in Legal Epistemology*, New York, 2006; L. MACCHI, *La psicoretorica. Dall’arte del dire alla forma del pensiero*, Milano, 2024. P. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizioni, ragioni, impulsività*, Bologna, 2020.

⁹ V., per tutti, G. CARLIZZI, *Liberò convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia, prassi, teoria*, San Lazzaro di Savena, 2018, p. 105.

¹⁰ Cfr. G. CARLIZZI, *La valutazione della prova scientifica*, Milano, 2019, p. 67 ss.; M. DAMAŠKA, *Evaluation of Evidence: Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge, 2018.

¹¹ Volendo: L. LUPÁRIA DONATI, Trial by probabilities. *Qualche annotazione “eretica”*, in *La Corte d’Assise*, 2012, p. 155.

¹² Cfr., tra i miei vari scritti sul tema, L. LUPARIA DONATI, *Mythe et réalité dans la représentation de la preuve génétique*, in *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 9, 2019, p. 71 ss.

lungi dall'essere il frutto di un percorso automatizzato, celano al proprio interno scelte discrezionali di operatori che, nella statuizione finale, espressa magari con un numero, non appaiono immediatamente percepibili. Nel percorso che conduce all'*output* di un'analisi genetica, ad esempio, il tecnico può non limitarsi a immettere un campione nella macchina e ritirare il "biglietto" con il responso, come si tende a ritenere nell'immaginario comune. Egli opera spesso scelte metodologiche, decide quale profilo sia prevalente in caso di *mixtures*, talora amplifica artificialmente materiale di minima quantità, e via dicendo. Insomma, vengono compiuti passaggi interpretativi importanti che conducono all'esito finale, ma che non sono conosciuti o vagliati, anche in termini di margine di errore, da parte di chi prenderà l'elemento quale pilastro del proprio convincimento.

La tecnologia, inoltre, rosicchia costantemente margini di difesa all'interno dell'agone processuale, erodendo i più classici *rights of defence*¹³. L'ingresso di applicativi o di strumentazioni nel procedimento penale amplifica il fenomeno della c.d. *black box*¹⁴, ossia l'impossibilità per le parti di comprendere la programmazione sottesa a quei dispositivi, spesso coperta da diritti industriali che rendono non ostensibile l'infrastruttura logica posta alla base del suo funzionamento. A ciò si aggiunga che, con l'espansione dell'*IA* generativa e del *machine learning*, consentire alla difesa di conoscere la rete neurale del *robot* può risultare sostanzialmente inutile, perché il modo di agire/pensare dell'entità artificiale evolve (o peggiora) continuamente, rendendo di fatto una chimera fotografare il momento nel quale essa ha espresso la statuizione portata all'interno del rito criminale. Sullo sfondo, poi, si staglia l'enorme interrogativo circa la concreta capacità del modello giudiziale di garantire la tendenziale parità delle armi tra accusatore e accusato¹⁵, dal momento che le costose tecnologie di cui può avvalersi lo Stato sono mediamente inaccessibili al difensore, con conseguente produzione di uno squilibrio tra un Leviatano con molte artiglierie disponibili nel suo arsenale e un singolo cittadino con armi spuntate o desuete.

¹³ Cfr. J. VUILLE, L. LUPÁRIA DONATI, F. TARONI, *Scientific evidence and the right to a fair trial under Article 6 ECHR*, in *Law, Probability and Risk*, 16, 2017, p. 55 ss.

¹⁴ V., ex multis, F. PALMIOTTO, *The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in *Algorithmic governance and governance of algorithms*, a cura di M. EBERS, M. CANTERO GAMITO, Cham, 2021, p. 49 ss.; J. DANAHER, *Algorithmic decision-making and the problem of opacity*, in *Comput. Law*, 2016, fasc. 8, p. 29 ss.

¹⁵ V., da ultimo, G. LASAGNI, *Difendersi dall'Intelligenza artificiale o difendersi con l'intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, p. 1545 ss.

1.1. *La deformazione degli istituti processuali sotto i colpi della tecnologia*

Potremmo continuare ancora per lungo tempo in questa non consolante carrellata, ma le tempistiche di questo nostro incontro di studi non lo consentono. Prima allora di arrestare questo minimo affresco sullo stato dell'arte in materia, merita ricordare ancora due aspetti. Il primo è la capacità della tecnologia di svuotare gli istituti processuali della loro finalità primigenia, depotenziando le garanzie assicurate dalla stessa Carta costituzionale¹⁶.

Basta pensare alla recente sentenza della Consulta sulla corrispondenza elettronica¹⁷, nella quale è emerso plasticamente come la matrice digitale di quanto viene voracemente appreso dalle fauci dell'inchiesta rischia di nascondere la vera natura giuridica dell'elemento raccolto, con conseguente aggiramento dello scopo profondo sotteso alla legge processuale. In una notte giudiziale in cui "tutte le vacche sono nere", volendo scomodare impunemente il Filosofo, la prassi ci consegna un approccio semplicistico in cui i dati informatici riversati nei fascicoli vengono comodamente – e di *default* – qualificati alla stregua di una mera prova documentale. La Corte costituzionale, riferendosi in quel caso alla messaggistica istantanea, ha fortunatamente avvertito la Corte di cassazione che accostarsi al tema in questo modo risulta oltremodo fuorviante, giacché la veste digitale deve possedere carattere neutro agli occhi dell'interprete: caso per caso occorre comprendere la qualificazione corretta del dato conoscitivo, che sarà talora da definire quale corrispondenza (con il relativo *coté* di garanzie), altre volte esito di attività di intercettazione (come emerso in alcuni dei casi relativi ai c.d. criptofonini), in ulteriori ipotesi invece frutto di una raccolta *extra ordinem* effettuata da privati che surrogano le forze di *law enforcement* (si pensi ai dati richiesti e forniti dagli *internet service provider* con modalità tecniche ignote che fanno rimpiangere le attività investigative della polizia giudiziaria, regolate invece dalle norme del codice di rito¹⁸). Non è un caso

¹⁶ Cfr. L. BELVINI, *Principio di proporzionalità e attività investigativa*, Napoli, 2022.

¹⁷ Una prima lettura in F. CERQUA, L. LUPÁRIA DONATI, *La versione della Consulta sulla corrispondenza elettronica: un bouleversement in materia di prova digitale?*, in *Diritto inf. e informatica*, 2023, p. 679 ss.

¹⁸ Cfr. M. DANIELE, *L'acquisizione delle prove digitali dai service provider: un preoccupante cambio di paradigma nella cooperazione internazionale*, in *Rev. Bras. Direito Processual Penal*, 2019, p. 1277 ss.; L. LUPÁRIA DONATI, *Il sistema penale ai tempi dell'Internet. La figura del provider tra diritto e processo*, in ID. (a cura di), *Internet provider e giustizia penale. Modelli di responsabilità e forme di collaborazione processuale*, Milano, 2012, p. 1 ss.

che presso il Parlamento italiano sia oggi pendente un progetto di legge volto a disciplinare alcuni degli aspetti sottesi al sequestro dei dispositivi e, in particolare, degli *smartphones*.

La struttura digitale può dunque far perdere di vista al giudice la qualificazione dell'oggetto prodotto dalle parti e fa della prova documentale il *passepourtout* più insidioso nel nostro diritto delle prove. La tecnologia, ancora una volta, è tentatrice per l'uomo che, per natura, suole imboccare scorciatoie, desidera far presto e semplificare ciò che semplificabile non è. E, soprattutto, non deve esserlo. I diritti fondamentali hanno un peso specifico che va portato sulle spalle e che, dunque, impedisce di correre spediti senza farsi domande. Sono tentazioni che ha subito anche il legislatore, ad esempio quando ha varato l'attuale art. 234-*bis* c.p.p. per consentire di acquisire all'estero, in via deformalizzata, molti dati informatici. Anche qui la coperta della prova documentale rischia di nascondere il corretto inquadramento processuale di elementi che meriterebbero di essere appresi con modalità più aderenti ai diritti di difesa.

Dovendo scegliere ancora un'ultima frontiera di possibile elusione, a caratura tecnologica, di alcuni dei pilastri tradizionali della nostra disciplina, viene in mente una prerogativa iscritta nei comandamenti della procedura penale, ossia il diritto al silenzio. L'istituto va forse ripensato in una chiave garantistica più estesa e maggiormente immersa nella contemporaneità? Da un lato, infatti, assicuriamo al prevenuto di potersi autodeterminare nel non far conoscere il proprio foro interno, il proprio sapere e le proprie emozioni alla autorità, opponendo appunto un contegno silenzioso di fronte alle domande dell'inquirente. Dall'altro lato, lo stesso soggetto viene monitorato nel suo interno (anche emozionale) dal proprio telefonino, dagli elettrodomestici, dalla domotica della *internet of things* (IoT), dalla *smart tv*, da applicativi figli delle neuroscienze. Siamo piombati nell'era della *sensor-surveillance* e dell'*emotional screening*, combinata con l'intelligenza artificiale: le persone ancora non sanno che quanto sta intorno a loro rivela dettagli della loro sfera interiore e della loro mente che non intendono far conoscere alle forze dell'ordine¹⁹. *Data protection* e *privacy* già avevano fatto ingresso nel mondo del rito penale con modalità inusuali²⁰:

¹⁹ Si rinvia agli scritti di A.G. FERGUSON, *Why Digital Policing is Different*, in 83 *Ohio St. L. J.*, 2022, p. 817 ss.; ID., *Persistent Surveillance*, in 74 *Ala. L. Rev.*, 2022, p. 1.

²⁰ Cfr. S. ALLEGREZZA, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione europea*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, p. 59 ss.; L. LUPÁRIA DONATI, *Privacy, diritto della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 1448 ss.

ora amplificano enormemente la loro portata e, soprattutto, si intrecciano con altre direttrici interpretative che mai avremmo pensato avrebbero potuto intersecarsi. Pensiamo solo alla nostra memoria, che, in un futuro non così lontano, potrebbe essere “esternalizzata” al di fuori dal nostro cervello, come preconizzano alcune puntate di serie televisive. Credo ci sia abbastanza materiale per riflettere attentamente e presidiare questo delicato ambito della giustizia penale contemporanea.

2. Contro la sindrome di James Bond nel “Settore Q”

Prima di passare sul versante della *pars construens*, anche per evitare di deprimersi eccessivamente, vorrei porre brevemente l'accento sul possibile cambio di paradigma che dovrebbe connotare, da qui in avanti, il nostro rapporto con la tecnologia e la scienza nell'alveo del processo penale. L'approccio che, a mio avviso, andrebbe mantenuto potrebbe essere condensato in questa semplice massima (o, se si preferisce, imperativo categorico): “non tutto quello che si affaccia alla ribalta della nostra vita di consociati deve essere utilizzato per decidere dell'innocenza o della colpevolezza di un uomo nel giudizio penale”.

Il rito criminale dovrebbe quindi rifuggire la logica che potremmo raffigurare, un po' scherzosamente, ricorrendo ai *films* sul noto agente 007. Questi, come ricorderete, era solito recarsi nel c.d. “Settore Q”, un laboratorio delle meraviglie, una *wunderkammer* tecnologica dove un operatore al servizio di Sua Maestà mostrava tutte le recenti scoperte o le fantasiose strumentazioni che James Bond poteva, appunto, sperimentare e utilizzare a piene mani per i suoi fini di servitore segreto della Corona munito di licenza d'uccidere.

Ebbene, nel mondo che vive fuori dalle aule di giustizia emergono giornalmente sorprendenti invenzioni o immaginifiche tecnologie. Il punto è che non necessariamente dobbiamo impiegarle immediatamente per l'accertamento dei fatti di reato. Viviamo, invece, imbevuti in una inclinazione mentale per la quale, ove si appalesi un ritrovato di ultimo conio, ci sembra scontato provare a trapiantarli all'istante ai fini del raggiungimento della verità giudiziale. Si tratta di una impostazione totalmente fuorviante che andrebbe possibilmente eliminata dal nostro orizzonte culturale²¹.

²¹ Sempre fondamentale l'Opera di M. FOUCAULT, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice*, Louvain-la-Neuve et Chicago, 2012.

Le indagini e il giudizio devono essere, di regola, recettori unicamente di quanto risulti già sedimentato al di fuori del circuito penalistico, di quanto sia già stato ampiamente testato in diversa sede, di quanto abbia dato buona prova in altra “fabbrica della verità”. Il giudice, infatti, non deve mai assumere i panni di sperimentatore, anche se, proprio in Italia, molte volte è accaduto che li abbia vestiti. La tecnologia, insomma, non è soluzione di pronta beva per il processo; va presa in considerazione solo al termine di una lunga pratica e, soprattutto, non deve mai essere lesiva dei valori fondamentali dell’ordinamento, al di là delle sue potenziali capacità di illuminare gli occhi del decisore.

In definitiva, anche se circondati da tutta una serie di ritrovati tecnico-scientifici, non dobbiamo cedere al tentativo di usare tali mezzi nel contesto più “pericoloso” che conosciamo da che l’uomo abita la terra: il giudizio sulla colpevolezza di una persona. È un’attività costantemente in bilico sul precipizio dell’errore, in cui la dignità dell’individuo e le garanzie insopprimibili della persona costituiscono valori essenziali ben più importanti della stessa ricerca di una verità²² che sarà sempre, inevitabilmente, vestita di colori crepuscolari e non irradiata dalla luce meridiana del sole.

Del resto, la limitatezza dell’orizzonte cognitivo del giudice penale non rappresenta una debolezza del diritto probatorio²³, bensì la sua nota distintiva e la sua forza giacché, per poter condannare un cittadino, vogliamo, in virtù dei principi più alti del nostro ordinamento, che gli elementi a fondamento della decisione siano soltanto quelli che, sulla base della *Law of Evidence*²⁴, riteniamo ammissibili o utilizzabili. Il processo ha una chiara caratura anti-epistemica²⁵, nel senso positivo del termine; è incompatibile con qualsivoglia bulimia conoscitiva o informativa, tipica della attuale temperie storica, fatta di *big data* e di effluvi di componenti tecnologiche disponibili, *à la carte*, per ogni uso²⁶.

²² V., classicamente, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1991, p. 17.

²³ Tra gli scritti di maggior rilievo sul tema: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, p. 105 ss.; L. MARAFIOTI, *Caleidoscopio dello storico ed occhiali del processualista. Con Mario Sbriccoli di fronte ai temi della giustizia penale*, in *Penale, Giustizia, Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, 2007, p. 329 ss.

²⁴ Cfr. A. CABIALE, *I limiti alla prova nella procedura penale europea*, Milano, 2019.

²⁵ Tra i numerosi scritti dell’illustre Autore: B. CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio. Programmi per il passato*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 525 ss.; ID., *Il tramonto del diritto delle prove*, in *Jus civile*, 2023, 1, p. 59 ss.

²⁶ Cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, 2, p. 32 ss.

3. *La tecnologia giudiziaria quale mezzo di rafforzamento delle garanzie fondamentali*

L'inquietudine del processualista per le distorsioni di una giustizia che vuole abbeverarsi in maniera distorta nello specchio della tecnologia può placarsi allorché si cerchi di mutare l'angolo visuale. Le enormi potenzialità degli strumenti informatici possono infatti essere diversamente valorizzate quale cemento per la salvaguardia dei *pillars* della nostra cultura giuridica, piuttosto che come fattore di destrutturazione delle geometrie e delle meccaniche garantistiche del rito. Si dovrebbe parlare, allora, non più di "giustizia tecnologica", ma di "tecnologia giudiziaria".

Un esempio assai chiaro di come la tecnica può proficuamente porsi al servizio dell'apparato giudiziale proviene ovviamente dalla esperienza del c.d. processo penale telematico²⁷. La piena operatività di tale svolta epocale è stata di recente differita per meglio calibrare le specifiche ingegneristiche e per rafforzare le infrastrutture di supporto, ma già si tratteggia ai nostri occhi quale prospettiva certamente positiva²⁸, non fosse altro che per gli effetti sulla velocizzazione delle notifiche, sulla semplificazione dei depositi e sulla digitalizzazione (e conseguente possibilità di facile consultazione) degli atti processuali.

Al di là di un effetto collaterale non certo auspicabile, vale a dire lo svuotamento dei Palazzi di Giustizia – che già oggi, in molti casi, appaiono cattedrali nel deserto e non brulicanti *agorà* per il vivido scambio di opinioni e per l'incontro tra i protagonisti del Foro – il fenomeno può nel breve periodo già condurre a correggere molte distorsioni della pratica giudiziaria che cagionano pesanti *vulnus* ai diritti dei cittadini. In una recente indagine empirica che sto conducendo insieme a un collega, diversi pubblici ministeri hanno ammesso che le mancate archiviazioni, in corso di indagini preliminari, di persone che ai loro occhi già risultano estranee al reato ipotizzato, sono spesso dovute a mere ragioni burocratico-organizzative. Ad esempio, se, in un fascicolo con iscritti quattro indagati, il magistrato intendesse chiedere un provvedimento archiviativo solo per uno di

²⁷ V., da ultimo, M. CAIANIELLO, A. PUGLIESE, *Manifesto per la giustizia penale digitale: il processo penale telematico*, in G. GATTA, M. GIALUZ (a cura di), *Riforma Cartabia, Le modifiche al sistema penale*, vol. 1: *Il procedimento penale tra efficienza, digitalizzazione e garanzie partecipative*, a cura di M. Caianiello, M. Gialuz, S. Quattrocchio, Torino, 2024, p. 165 ss.

²⁸ Un completo e acuto affresco delle varie questioni sul tavolo in B. GALGANI, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano, 2022.

essi, proseguendo l'inchiesta nei confronti degli altri, egli dovrebbe procedere a uno stralcio, ossia all'apertura di un fascicolo parallelo, che prevede la duplicazione fotostatica degli atti di quello principale.

Ebbene, questa semplice azione non è minimamente realizzabile in molti Uffici italiani, perché la fotocopiatrice o scansione dei fascicoli si scontra con l'assenza di segretari e collaboratori del Procuratore. E allora il malcapitato, trovandosi sotto indagine, dovrà rassegnarsi ad attendere la chiusura del lasso investigativo, per un periodo che può durare anche sino a due anni e oltre. Sarà solo allora che il pubblico ministero, nel domandare, in ipotesi, il rinvio a giudizio dei tre co-indagati, potrà finalmente, questa volta senza dover fotocopiare alcunché, avanzare contestualmente la richiesta di archiviazione al Giudice per le indagini preliminari. Con un efficiente sistema di digitalizzazione, invece, premendo pochi tasti, lo "stralcio" sarebbe possibile immediatamente, senza che nessuno debba rimanere ingiustamente indagato per così lungo tempo e patire significative sofferenze e conseguenze familiari o lavorative per una (banale ma crudele) inefficienza del congegno organizzativo.

La tecnologia può anche trasformarsi in un volano di garanzie o in un robusto guardiano delle disposizioni processuali. È il caso della registrazione audiovisiva di tutti gli interrogatori e della fonoregistrazione dell'audizione delle persone informate sui fatti recentemente introdotte²⁹ sulla scorta di una proposta che ho formulato e fortemente propugnato, insieme ai colleghi, all'interno dei lavori della Commissione Lattanzi e dei gruppi di lavoro di attuazione della riforma Cartabia. Nella mia attività di studioso dell'errore giudiziario e di responsabile dell'*innocence project* italiano³⁰, da anni avevo potuto verificare come questa modalità tecnica, di facilissima attuazione, venisse adottata in vari sistemi processuali sparsi per il mondo, anche in aree del pianeta tutt'altro che abbienti. Una soluzione che costituisce una profilassi importante – come mostra anche l'esperienza statunitense – sia per le possibili violazioni della libertà morale dell'indagato, sia per le ipotesi di *wrongful conviction* derivanti dal sottostimato fenomeno delle false confessioni³¹.

²⁹ Cfr. G. LASAGNI, *Nuove forme di documentazione degli atti tra riproduzione audiovisiva e fonografica*, in G. GATTA, M. GIALUZ (a cura di), *Riforma Cartabia, Le modifiche al sistema penale*, vol. 1, cit., p. 247 ss.

³⁰ Si consulti, volendo, L. LUPÁRIA DONATI, *Un viaggio al termine della giustizia. Alla ricerca di anticorpi per la condanna dell'innocente*, in Id. (a cura di), *L'errore giudiziario*, Milano, 2021, p. 1 ss.; Id. (a cura di), *Understanding wrongful conviction: the protection of the innocent across Europe and America*, Milano, 2015.

³¹ Cfr. S. DANKOF, *Extreme Cruelty: The Complicity of Judges in the Shame of Wrongful Con-*

Quanti interrogatori abbiamo visto costruiti con la assurda modalità della formula ADR (a domanda risponde), che *ex post* non consente di comprendere il quesito sottoposto al prevenuto, fondamentale per apprezzare il senso e il contesto della risposta? Quante *investigative interview* sono salite alla ribalta mediatica (o sul tavolo della Corte europea dei diritti dell'uomo) per essere state effettuate con metodi impropri, strategie decettive, scarsa attenzione per i diritti di traduzione e interpretariato, violazione dei diritti di autodifesa o di assistenza tecnica? Per spazzare via questo poco edificante passato, sarà essenziale la piena attuazione delle nuove norme sotto il profilo strettamente tecnologico.

Certo, avrei preferito che questa nuova disciplina fosse accompagnata dalla sanzione processuale della inutilizzabilità (per l'interrogatorio) e da una estesa obbligatorietà della registrazione, senza necessità di una richiesta da parte del soggetto (per l'audizione del "testimone"). I cambiamenti che alzano l'asticella delle garanzie, tuttavia, vivono sempre di una iniziale crisi di rigetto del sistema, assuefatto a un *laissez-faire* illegalistico e a una certa tolleranza verso manovre investigative oramai inaccettabili ai nostri giorni.

Per concludere, la tecnologia, da cattiva maestra, può divenire un alleato importante per il miglior funzionamento del rito – nell'interesse primario dell'accusato – e per il puntellamento di prerogative che stentano tradizionalmente a essere assicurate appieno, soprattutto in fase di indagine³². Tuttavia, riprendendo uno spunto della relazione tenuta lo scorso anno sempre al convegno annuale della Statale, molto dipende dall'*animus*, dall'abito culturale con il quale ci avviciniamo alla scienza o alla tecnica.

Se vorremo ricercare moduli efficientisti, sforbiciature delle forme e scorciatoie euristiche, troveremo alla *boutique* tecnologica ciò che fa al caso nostro. Ma se, sugli stessi scaffali, cercheremo soluzioni per meglio pro-

victions, 2024; B.L. GARRETT, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Cambridge, 2011; Id., *The Substance of False Confessions*, in 62 *Stanford L. Rev.*, 2010, p. 1051; R.A. LEO, D. DAVIS, *From False Confessions to Wrongful Conviction: Seven Psychological Processes*, in 38 *J. Psychiatry & L.*, 2010, p. 9; R.A. LEO, P.J. NEUFELD, S.A. DRIZIN, A.E. TASLITZ, *Promoting Accuracy in the Use of Confession Evidence: An Argument for Pretrial Reliability Assessments to Prevent Wrongful Convictions*, in 85 *Temp. L. Rev.*, 2013, p. 759; L. LUPÁRIA DONATI, C. GRECO, *Unveiling wrongful convictions between the U.S. and Italy. Cross learning from each other's mistakes*, in *The Wrongful Conviction Law Review*, 1, 2020, p. 101 ss.

³² Sulle proposte statunitensi di impiegare alcune *app* ideate e sviluppate da docenti universitari per meglio assicurare il rispetto dei *Miranda warnings* durante gli interrogatori di polizia: G. FERGUSON, R.A. LEO, *The Miranda App: Metaphor and Machine*, in 97 *Boston University Law Review*, 2017, p. 935 ss.

teggere l'imputato dal rischio di essere ingiustamente condannato e dagli effetti collaterali del ruvido incedere della liturgia giudiziaria, allo stesso modo verremo esauditi. Come sempre è l'uomo che può fare la differenza, e scegliere. Cerchiamo allora di essere moderatamente fiduciosi, anche se la storia del processo penale – lo sappiamo – è costellata di strade giuste che non sono state imboccate³³.

³³ Tra i volumi maggiormente significativi nella letteratura storiografica: L. GARLATI (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella processualpenalistica italiana*, Milano, 2010; M.N. MILETTI (a cura di), *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006)*, Milano, 2006; M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009.

DIANA CERINI

UN'IDEA DI GIUSTIZIA NELLA GIURISPRUDENZA IN OTTICA COMPARATA: APPLICAZIONI NEL DIRITTO ASSICURATIVO

1. *Giustizia e sostenibilità sociale nel solco della costituzionalizzazione del diritto privato nella giurisprudenza della CGUE*

La volontà delle Istituzioni europee di garantire la coerenza ed il consolidamento del diritto comunitario, unitamente agli interventi della CGUE, prima in forma “silente” e poi, via via, più evidente dopo gli anni Duemila (tanto da identificare un vero e proprio *judicial activism* sul modello dei Paesi a formante giurisprudenziale prevalente¹), hanno dato vita ad un nuovo modello di integrazione e di sviluppo volto a tenere maggiormente conto dei grandi valori condivisi dalla cultura giuridica europea. L'incontro tra la giurisprudenza europea e le idee diffuse e discusse in ambito accademico ha, altresì, condotto all'affermazione più incisiva non solo sul piano declamatorio ma anche di *enforcement* di quei medesimi diritti fondamentali ritenuti immanenti nella *Western Legal Tradition*. Ciò consente di affermare che il diritto – nella sua dimensione di *professional law* – si

¹ La locuzione *judicial activism*, come noto, è antinomica rispetto a *judicial restraint* ed indica il processo secondo il quale le corti, nell'applicare la legge, tengono conto e, eventualmente, superano il dettato formale delle norme scritte considerando prioritario l'impatto sociale delle proprie decisioni e promuovendo la tutela di valori e diritti in forma attiva. Tale locuzione viene solitamente utilizzata in riferimento alla attività delle corti supreme o costituzionali laddove vige anche un criterio di *judicial precedent* ad irrobustire il ruolo del formante giurisdizionale, tipicamente in USA o India. Su questi sistemi cfr. C. GREEN, *An Intellectual History of Judicial Activism*, in *Emory Law Journal*, vol. 58, no. 5, 2009, p. 1195; C. WOLFE, *Judicial Activism: Bulwark of Freedom Or Precarious Security?*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997. La dottrina ha, poi, iniziato ad identificare anche un *judicial activism* all'europea: H.W. MICKLITZ, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European. Social Mode in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in *Working Paper*, EUI LAW, 2009/19.

conferma strumento volto non solo alla regolazione dei conflitti ed alla agevolazione delle transazioni, ma altresì vocato a realizzare una maggiore coesione sociale, garantendo il miglioramento dei tessuti intimi della società stessa. In poche parole, si è aperta prepotentemente la via di quella che è ormai indicata come “costituzionalizzazione del diritto privato”. Questa locuzione, lungi dall’apparire ossimorica, ha costituito sin dall’inizio del XXI secolo la vera chiave di volta del percorso di integrazione giuridica europea. Essa indica essenzialmente la tendenza alla promozione attiva dei diritti fondamentali attraverso gli schemi della *private law*, osservata sia nella sua produzione a livello legislativo, sia attraverso il diritto applicato dalla Corte di Giustizia Europea e dalle corti nazionali superiori². Non ci si riferisce, dunque, solo alla (quasi) ovvia constatazione che anche nei rapporti interprivati si debbano rispettare gli ideali ed i valori costituzionali, ma al fatto che lo stesso rapporto giusprivatistico debba contribuire a promuovere e perseguire tali valori. In virtù di tale processo, le costituzioni, laddove presenti, ovvero i valori condivisi in costituzioni materiali o testi ritenuti di analogo spessore (anche quando non dotati di forza cogente diretta, così come risulta essere per alcune Carte dei diritti fondamentali), divengono un sicuro appiglio per orientare le scelte di aggiudicazione anche nell’ambito delle controversie tra privati, dando luogo all’elaborazione di regole comuni per l’Europa, che è sempre più percepita come luogo dei

²La correlazione tra valori costituzionali e diritto dei contratti è oggetto sempre più frequentemente di approfondimenti. Ne hanno discusso A. COLOMBI CIACCHI, *The Constitutionalization of europeancontract law*, in *European Rev. Of contract law*, 2006, pp. 167-180; E. IORIATTI, *Il codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova 2006, in particolare p. 155 ss.; C. PINELLI, *Sovranità e Unione europea*, in *Sovranità, Parole Chiave, nuova serie di Problemi del socialismo*, Roma, 2006; S. RODOTÀ, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 21; L. MOCCIA, *Du marché à la citoyenneté: à la recherche d'un droit privé Européen et de sa base juridique*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004, p. 291; Z. ZENCOVICH, *The Constitutional Basis of a European Private Law*, in *Towards a European Civil Code*, III ed., 2004, p. 205 ss.; G. VETTORI, *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea*, Milano, 2005; L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 11; G.B. FERRI, *Divagazioni di un civilista intorno alla Costituzione europea*, in *Europa e Diritto Privato*, 2002, p. 345; Aa.Vv., *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione europea*, a cura di S. Pannunzio, Milano, 2002. Sulle competenze della UE si vedano A. TIZZANO, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 3 ss.; KIRCHNER, *The principle of Subsidiarity in the Treaty on European Union. A critique from a Perspective of Constitutional Economics*, in *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1998, p. 291; W. VAN GERVEN, *Coherence and National Laws, Is there a legal basis for a European civil code?* in *ERPL*, 1997, p. 465; S. WEATHERILL, *Reflections on the EC's competence to develop a European Contract Law*, in *ERPL*, 2005, p. 405.

diritti piuttosto che mera aggregazione politico-economica. È evidente come il processo di costituzionalizzazione del diritto privato trovi proprio nel contratto lo strumento più opportuno per veicolare non (sol)tanto la giustizia commutativa, ritenuta già presidio delle norme pattizie o delle norme dispositive nazionali; non solo la giustizia correttiva, appannaggio della previsione di norme cogenti e di interesse generale: ma anche, e soprattutto, la giustizia (re)distributiva.

Lo strumento negoziale, epurato della dimensione individualistica che ne aveva caratterizzato lo sviluppo tanto nei paesi di *civil law* continentale quanto nelle formule del *common law*, viene così riletto in una dimensione allargata, allo scopo di garantire, anche grazie al rapporto gius-privatistico, la promozione dei valori costituzionali e dei diritti fondamentali dell'individuo³.

Andando a ritroso, si osserverà che in realtà la volontà di trovare un ruolo ai diritti fondamentali (costituzionali) nel contesto contrattuale può farsi risalire già alla giurisprudenza delle corti tedesche che, a partire dagli anni Cinquanta del XX secolo – quando il diritto rialzò la testa quale “reazione” alle atrocità della Seconda Guerra mondiale – iniziarono a richiamare e confermare il principio di eguaglianza tra uomo e donna nell'ambito del diritto di lavoro, e garantirono, con una giurisprudenza creativa, il diritto di libertà di espressione, di inviolabilità della persona, e così via⁴. In questo periodo si profilavano in Germania due scuole di pensiero: una proponeva l'applicazione diretta dei diritti fondamentali nel diritto privato e, dunque, nel rapporto tra i cittadini (*unmittelbare Drittwirkung*); il che significava che nei processi di aggiudicazione tra privati dovesse comunque prevalere non la norma pattizia, ma la regola più adatta a garantire il perseguimento del valore superiore. L'altro approccio propendeva, invece, per l'indiretta applicazione delle teorie sui diritti fondamentali nei rapporti individuali (*mittelbare Drittwirkung*): in altri termini, si ipotizzava che i privati non fossero i diretti destinatari degli obblighi posti a garanzia dei diritti fondamentali; semmai, era più accentuata l'idea di una rilettura del diritto privato alla luce di una rivalutazione del principio di giustizia contrattuale fondata su un'interpretazione estensiva delle clausole generali aperte, quali *inter alia* la clausola di buona fede⁵. Le teorie che, anche sen-

³ G. ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 115.

⁴ Si v. Aa.Vv., *Diritto vivente. Il ruolo innovativo della giurisprudenza*, a cura di A. Mariani, D. Cerri, Roma, 2007.

⁵ Ne discute ampiamente A. SOMMA, *Economia sociale di mercato v. giustizia sociale, Versione ampliata della relazione tenuta al seminario Social Justice in European Contract Law*, Parigi, 22-23

za concettualizzarlo, promossero il processo di costituzionalizzazione del diritto privato non rimasero confinate al contesto di elaborazione sapienziale tedesco ma oltrepassarono, sia nella loro prospettiva speculativa che, come si vedrà, nei loro esiti applicativi, le barriere geografiche. Ad esempio, si può registrare la spontanea convergenza con le analisi che si andavano conducendo nell'ambito del c.d. realismo giuridico scandinavo, ma anche nell'approccio alla cultura contrattualistica da parte della dottrina francese, all'interno della quale i discepoli del c.d. dirigismo contrattuale iniziavano a riscuotere importanti frutti attraverso l'influenza svolta sul formante giurisprudenziale. È noto, infatti, che in quegli anni il diritto francese stesse attraversando il passaggio da un modello di stato ordoliberales ad uno stato sociale, evoluzione questa già concettualizzata nei decenni precedenti ma che, solo a partire dalla seconda metà del XX secolo, si espresse in un vero e proprio processo di manipolazione giurisdizionale del diritto dei contratti che faceva della protezione informativa, operativa ed anche economica, di una parte, una questione di dignità della persona stessa.

Con il tempo la *mittelbare Drittwirkung*, dopo aver disseminato i suoi frutti in forma disorganica, sembra aver lasciato il posto ad una decisa sterzata nel senso di dichiarare *apertamente* che i diritti fondamentali debbano esser veicolati *anche e comunque* (se non soprattutto) nella, e grazie alla, dimensione dell'agire individuale, aprendosi così una via inequivoca e palesemente esposta nel diritto contrattuale. Questo svelarsi, ed imporsi, del processo di costituzionalizzazione del diritto privato è proseguito in forma circolare attraverso influenze biunivoche tra diritti nazionali e diritto europeo. In *common law*, ad esempio, l'evoluzione indicata è testimoniata dall'importanza crescente assunta dallo Human Rights Act del 1998 e dai richiami sempre più frequenti a tale documento da parte della *case law*⁶ della House of Lords, prima, e dell'attuale Supreme Court. Del pari, è noto come un processo analogo si sia manifestato nei Paesi continentali, al traino del diritto europeo più recente. Un discorso a sé merita l'evoluzione (dagli Anni Duemila) del diritto dei Paesi nordici, i quali, nel solco dello sviluppo scientifico del *social justice movement*, hanno saputo a loro volta promuovere un approccio innovatore e costituzionalmente orientato del diritto privato, presentandosi come veri e propri punti di riferimento anche in sede europea, soluzione questa impensabile sino al secolo scorso. Anzi, secondo

settembre 2005; ID., *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in *Buona fede e giustizia contrattuale, modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, pp. 75-116.

⁶H. COLLINS, *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law through Constitutionalization*, in 30, *Dalhousie Law Journal*, 2007, pp. 1-26.

molti osservatori, l'inserimento di una sorta di clausola di salvaguardia dei diritti fondamentali nell'argomentazione gius-privatistica non solo rappresenta l'esito naturale dell'evoluzione del diritto contrattuale più moderno, ma assume il ruolo centrale nella promozione di un processo di avvicinamento tra i sistemi, rappresentando lo strumento per pervenire ad un corretto bilanciamento di interessi dell'attuale *legal reasoning*⁷.

A conferma e riprova di tali speculazioni, viene indicato un dato oggettivo e verificabile, ossia la produzione del diritto comunitario più recente, sia esso di fonte legislativa o giurisprudenziale. Il diritto eurolunitario più attuale non si limita, infatti, all'approvazione di norme di dettaglio ed a regole settoriali, ma risulta essere improntato al perseguimento ed alla affermazione (imposizione?) di valori sociali che devono necessariamente trasparire e prevalere anche nel processo di creazione e consolidamento del mercato unico europeo.

La Corte di Giustizia Europea è stata, senza dubbio, interprete convinta di questo meccanismo, a fianco della CEDU con la quale si è instaurato un dialogo, talora carsico, comunque sintomatico di un comune sentire rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, seppur nella diversità di ruoli e funzioni. Le decisioni della Corte EDU, del resto, contenenti precisi riferimenti alla protezione dei diritti fondamentali tali da sovrastare anche, nel bilanciamento di interessi, vincoli ritenuti più strettamente tecnicistici, si sono moltiplicate, non senza suscitare talora un certo disappunto per i risvolti audaci e per certi versi dirompenti, in quanto atti a scalfire lo stesso ideale di certezza del diritto con una netta prevaricazione delle soluzioni nazionali. Si pensi, ad esempio, a quanto avvenuto in materia di locazione con il celebre caso *Scalabrino*⁸ (che vide coinvolta l'Italia), nel quale il diritto di proprietà, ma soprattutto la libertà contrattuale, furono sacrificati senza nemmeno troppe lacrime a fronte della esigenza di garantire diritti ultranei.

Siffatti interventi della giurisprudenza anticipano ed allargano le soluzioni espresse, seppur ancora in modo sbiadito, dal diritto comunitario di fonte legislativa⁹. La possibilità – ed anzi l'esigenza – è che la giustizia oltre

⁷ H. COLLINS, *loc. cit.*, p. 13. L. TURNER, *What is Social Justice?: A Personal Manifesto*, in *Social Justice Class Papers*, 2017. 2. <https://scholarlycommons.obu.edu/sjus/2>.

⁸ *Spadea e Scalabrino c. Italy*, C-12868/87.

⁹ Non è un caso che Gustavo Zagrebelsky (in *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008), nell'immaginare una doppia anima del diritto, sottolineasse l'inderogabile necessità di combinare leggi in senso formale e valutazioni di giustizia materiale: è proprio dall'evoluzione dell'idea di giustizia che la giurisprudenza europea, sia in seno alla CGUE sia nei percorsi dei giudici na-

la *privity of contract* (il rapporto intimo e privato tra i paciscenti) entri nella dinamica del fenomeno aggiudicatorio sino non solo ad identificare una nuova fenomenologia del consenso attenta alla parte più debole (nella *vague* del consumerismo e della sua *vis* espansiva), ma anche a consolidare i rapporti sociali rendendoli più equi attraverso una netta pesatura – e controbilanciatura – delle politiche redistributive applicate ai dogmi della libertà contrattuale, da un lato, e del principio *pacta sunt servanda* dall'altro. Lo si è constatato, del resto, in modo chiaro (semmai ve ne fosse stato ancora bisogno) durante il periodo pandemico, che ha visto riconsiderare, sia nell'ambito dei contratti B2C così come nell'ambito assai più liberale dei contratti B2B, le tematiche connesse alla rinegoziazione, ma anche le sue declinazioni trasfuse nelle clausole *rebus sic stantibus* o di *hardship*, ben note alla contrattualistica internazionale. Si pensi alla disciplina perfusa nel BGB sin dal 2005 in ambito di mutamento delle circostanze, o alla riforma del diritto delle obbligazioni contenuta nel Code Civil (2016) che ha positivizzato la giurisprudenza francese in tema di *téorie de l'imprévision*¹⁰. La giustizia contrattuale è, così, entrata a spada tratta nel filtro di osservazione del diritto europeo, in un'ottica di *cross examination* mediata dalla valutazione comparatistica e dalla ermeneutica dei valori¹¹. Nell'ermeneutica dei valori del diritto contemporaneo, il tema del bilanciamento tra diritto di diritti libertà economica e diritti sociali è stato portato, infatti, al centro della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che ha voluto proporre, quasi ad interpretare il comune sentire mediato dall'*artificial reason* del giudicante, un modello sociale condiviso che segue quelle finalità di giustizia che, nell'epoca d'oro dei *welfare states*, erano prevalentemente affidate allo Stato e al legislatore. La contrattualistica dei valori, così, si è venuta a legare in tempi più recenti al tema della sostenibilità sociale, di cui oggi si discute¹². Ancora, il dialogo a volte non enunciato tra CGUE e

zionali, che si può individuare meglio il percorso svolto lavorando, innanzitutto, su uno dei cardini della dogmatica tradizionale, ossia la dimensione contrattuale, sino a comprendervi la possibilità che la giustizia del contratto incorpori finalità di giustizia sociale.

¹⁰ Cfr. V. JACOMETTI, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law. Profili di diritto comparato*, Torino, 2022; e A. Pisani Tedesco, *La rinegoziazione del contratto in crisi, tra principii interni e lex mercatoria*, in *Dir. comm. int.*, 2/2021, p. 295 ss., anche per una riflessione sul razionale e i limiti di intervento del giudice sul contratto.

¹¹ A. Cantaro, *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*, in A. Cantaro (a cura di), *Giustizia e diritto nella scienza giuridica contemporanea*, Torino, 2011, p. 2 ss.; M. Mekki, *Le contrat: entre liberté et solidarité*, in Aa.Vv., *Face à l'irresponsabilité: la dynamique de la solidarité, sous la direction de Alain Supiot*, Paris, 2018, pp. 93-120.

¹² Del resto la Corte, oltre che per missione istituzionale, anche per vocazione dei suoi espo-

CEDU, che risulta a sua volta debitore delle tendenze in atto in alcuni Paesi europei¹³, ha fatto sì che il contratto divenisse strumento di solidarietà, trasformandosi da contratto di scambio a contratto relazionale.

Agli interventi di *case law* comunitaria fanno eco, seppur più timidamente, gli interventi delle altre istituzioni unionali. L'evoluzione ben chiara assunta anche in sede istituzionale, leggibile nelle più recenti Comunicazioni del Consiglio e della Commissione, ma anche negli interventi del Comitato Sociale ed Economico Europeo, sebbene in alcuni casi non giungano a soluzioni normative audaci – si veda ad esempio il rifiuto dell'idea di un credito responsabile nell'ormai (considerato) vetusto testo di direttiva 2008/48/CE –, rivela espliciti riferimenti alla protezione dei valori superiori dell'individuo, offrendo un paradigma interpretativo di cruciale importanza. L'abbandono, almeno nelle intenzioni, della prospettiva meramente tecnico-giuridica è evidente. Rimane il fatto che proprio il riferimento ai diritti fondamentali di stampo costituzionale rappresenta un veicolo per una maggiore integrazione, consentendo il superamento delle divaricazioni nazionali¹⁴.

nenti è divenuta ben presto lo “strumento” attraverso il quale l'Unione Europea ha perseguito l'obiettivo di identificare non solo un insieme di regole europee uniformi o armonizzate sul piano positivo, ma altresì per dare a tale diritto un'autonomia ed indipendenza culturale e di visione rispetto al diritto, ed alle possibili derive locali di vedute, dei Paesi membri. I giudici del Lussemburgo hanno, infatti, posto in primo piano il diritto europeo riempiendolo di significati sostanziali ben oltre il fine di garantire una pari interpretazione delle norme comunitarie. Si assiste, cioè, ormai inesorabilmente alla creazione di un nuovo diritto privato che si basa sull'idea che la Corte debba proteggere i diritti soggettivi insieme, e spesso ancor prima, dei giudici nazionali: cfr. ancora, per un'ampia analisi H.W. MICKLITZ, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European. Social Mode in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in *Working Paper*, EUI LAW, 2009/19 e già prima le riflessioni di F. CAPOTORTI, *The law making process in the European Communities*, in A. PIZZORUSSO, *Law in the making: a comparative survey*, Berlino, 1988, p. 280 ss.; E. IORIATTI FERRARI, *Codice civile europeo. Il dibattito, i modelli, le tendenze*, Padova, 2006, in particolare pp. 132 ss.

¹³ In questo senso si vedano anche le riforme del BGB tedesco (2002) e del Code Civil francese (2016). In argomento E. FERRANTE, *Il nuovo “Schuldrecht”: ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2001, p. 761 ss. Si potrebbe, in ogni caso, altresì ricordare il ruolo avuto, ancor prima delle modifiche dei codici già modelli per l'Europa, dalle dottrine in tema di *social force majeure* elaborate nei Paesi nordici, come emerge in particolare a partire dai rilievi di T. WILHELMSSON nell'introduzione all'edizione inglese del suo *Social civilrätt* (1986), ossia *Critical legal studies in private law*, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. XI-XI.

¹⁴ C. MAK, *Fundamental rights in European contract law. A comparison of the impact of fundamental right on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, ApphenAdrin, Kluwer, 2008.

D'altro canto, sulla scorta degli insegnamenti della comparatistica, gli osservatori delle dinamiche evolutive del diritto europeo non hanno mancato di sottolineare la stretta correlazione tra la produzione del diritto comunitario di fonte istituzionale e l'emersione di un diritto europeo comune che si arricchisce del contributo di altri ed inediti formanti. In particolare, ad offrire un substrato culturale organico a tale nuovo approccio al diritto privato e a rileggere in modo critico i medesimi sviluppi della "deriva" costituzional-privatistica indicata, è intervenuto il formante dottrinale che si è raccolto attorno all'idea del c.d. *social justice movement*: con tale espressione si indica quel contributo di riflessione giuridica oltre che politica che, affondando le sue radici nella cultura giuridica europea diffusa in verità sin dagli anni Cinquanta del XX secolo, ha solo in tempi più recenti condotto alla elaborazione di un vero e proprio Manifesto nel quale si trovano affermati con vigore e rigore intellettuale i concetti che sottendono al contenuto di giustizia sociale proprio del diritto civile, e del diritto contrattuale in particolare, osservati tanto nel loro sviluppo nazionale quanto nelle dinamiche di costruzione del diritto europeo. La stessa scuola di pensiero, alla quale accede un sempre più ampio segmento della dottrina, propone altresì un approccio maggiormente critico rispetto alle strategie di intervento tradizionali del diritto istituzionale comunitario, al fine di promuovere quei valori e quei diritti fondamentali, propri della *constitutional law*, anche nel rapporto tra privati¹⁵.

In verità, l'aspirazione alla realizzazione di una *social justice* attraverso il diritto non è mai stata del tutto estranea alla riflessione politica¹⁶. Tuttavia, in tempi recenti e nello specifico contesto della creazione del diritto europeo, tale aspirazione ha via via sostituito, nel suo substrato culturale e di analisi del diritto privato, ciò che in tempi passati era la *contract justice*,

¹⁵ Nella tradizione giuridica dei Paesi nordici un posto di rilievo occupano gli studi in materia di *social contract* e *social private law*: il percorso è analizzato in particolare da T. WILHELMSSON, del quale si veda il saggio *Varieties of Welfarism in European Contract Law*, in *European Law Journal*, 2004, 10 (6), pp. 712-733; B. LURGER, *The Social Side of Contract Law and the New Principles of Regard and Fairness*, in A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. PERRON, M. VELDMANN (eds.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, pp. 285 ss.; il tema era affrontato già da E. EICHENHOFER, *L'utilizzazione del diritto privato per scopi di politica sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 193 ss.

¹⁶ Ne discutevano già i grandi pensatori della cultura filosofico-religiosa: per una ricostruzione si vedano P. CULLEN, B. HOOSE, G. MANNION (eds.), *Catholic Social Justice: Theological and Practical Explorations*, T. & T. Clark/Continuum, 2007; J. FRANKLIN (ed.), *Life to the Full: Rights and Social Justice in Australia*, Connor Court, 2007; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1972; F. A. HAYEK, *Law, legislation, and liberty*, Volume 3, *The Mirage of Social Justice*, Routledge, 1973.

cioè l'idea di una giustizia contrattuale come espressione, nella dimensione gius-privatistica, della correttezza e del mero rispetto delle regole nel rapporto tra i cittadini. L'aspirazione di garantire la giustizia contrattuale, pur coadiuvata dal legislatore interessato a promuovere un corretto approccio nell'ambito della *contract law*, fu importante e diede i suoi frutti, specialmente attraverso il richiamo e l'applicazione delle c.d. clausole generali, filtrate in molte legislazioni europee e non del tutto estranee alla *law in action* di stati pur privi di un riferimento legal-codicistico. Tuttavia, a partire dagli ultimi anni del XX secolo, la dimensione sociale del diritto privato ha preso una piega decisamente più audace, facendo tesoro del processo di costituzionalizzazione di cui si è più sopra detto per applicarne più direttamente le idee alle relazioni contrattuali tra privati. Si è così giunti, nel 2004, alla stesura di un *Manifesto sulla Social Justice* nel diritto privato europeo¹⁷. Secondo i sottoscrittori del Manifesto, "(...) *indeed, the private law of contract is currently becoming more significant owing to its crucial role in neo-liberal political thought. If governments seek to reduce the role of the State, to encourage market solutions to problems of securing social welfare, and to use the discipline of market competition to improve the efficiency of the supply of public goods, contracts become both an instrument of trade and an instrument of politics*"¹⁸.

L'idea di *European Social Justice* supera il riferimento a un diritto contrattuale come strumento *per* e *del* mercato, per trasformarlo in strumento *per* e *dei* cittadini. Vuole, dunque, un diritto meno tecnico che possa veicolare idee più generali e come tali maggiormente idonee a tradurre non solo la giustizia contrattuale, sulla quale la tradizione europea è sedimentata, ma anche e soprattutto la *social justice*. Si rifiuta, dunque, l'idea per cui si possa assumere e coltivare religiosamente un approccio neutrale del diritto al problema sociale: il mito di un diritto neutro rispetto ai valori sottostanti e per il quale l'esigenza si riduce ad assicurare la *fairness* contrattuale in quanto valore del mercato è posto sotto verifica. La domanda che la *European Social Justice* pone al diritto contrattuale europeo si può riassumere in ciò: sino a che misura deve essere dato un impulso alla ricerca non solo di *contract fairness* ma altresì di redistribuzione e di inclusione¹⁹.

¹⁷ *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, Study Group on Social Justice in European private law, Rapporteur Hugh Collins, in 10 *Eur. L. J.*, 6, 2004, pp. 653-674; U. MATTEI-DE NICOLA, A "social" dimension in European Private Law? A call for setting the European agenda, in *Global Jurist*, 7/2007, pp. 1-58.

¹⁸ Ancora in *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, cit., p. 655.

¹⁹ A. GAMBARO, *Il successo del giurista*, in *Foro it.*, 1983, V, cc. 85-103. Che la prospettiva

Queste idee, tuttavia, richiedono di essere lette in relazione sia alla tradizione dei diritti europei, sia ai poteri espressi dalla produzione del diritto di fonte comunitaria. Infatti si tratta, in primo luogo, di idee che collidono con la tradizione: il dato storico è quello per cui la lotta alla povertà e la volontà di rimozione delle cause di discriminazione sociale non sono funzioni tradizionalmente assegnate al diritto dei contratti il quale, come si è più volte ribadito, era semmai contaminato dalla volontà di elidere quello che non è *fair*. Al contratto, e dunque ai privati che del contratto facevano lo strumento massimo di manifestazione volontaristica e dell'autonomia, non si richiedeva di promuovere valori sociali ulteriori. Anche il ruolo della causa e la valutazione, propria principalmente dei *civil law systems*, della funzione tipica era da leggersi tradizionalmente in questa prospettiva.

Da questo punto di vista, però, il conflitto tra *social justice* e cardini del diritto contrattuale risulta essere in definitiva meno aspro di quanto appaia. In realtà, il *social justice movement* propone una mediazione²⁰, e non un *clash* culturale. Infatti, sin troppo evidente è che la proposta sia quella di conciliare, attraverso una *vocatio* ad una rinnovata agenda comunitaria in materia contrattualistica, l'obiettivo di giustizia sociale con le regole di certezza del diritto, alla quale comunque deve essere improntata l'azione normativa sovranazionale. La fiducia che, nonostante le critiche costruttive, viene riposta nella strategia comunitaria è evidente grazie alla percezione della diversità di componimento del rapporto interprivato della norma comunitaria rispetto alla norma nazionale: semmai, ciò che viene suggerito e sottolineato è il fatto che la produzione giuridica comunitaria dovrebbe aspirare alla realizzazione più piena della *European multilevel governance*²¹.

gius-economica non esaurisca le dimensioni del dibattito è da tempo, ormai, noto, si veda U. MATTEI, *Rise and fall of law and economics: an Essay for Judge Guido Calabresi*, in 64 *Md. L. Rev.* 220, 2005; P. MENGOZZI, *Il Manifesto sulla giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo e la preconizzazione di un principio di "interpretazione comparativa orizzontale"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2008, p. 63 ss.

²⁰ Cfr. A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 75 ss.: "il valore cui si esorta ad informare il diritto europeo dei contratti, la giustizia sociale, viene inteso dal Manifesto come relativo ad un certo modo di mediare tra la massima dell'autonomia privata da un lato e la massima della solidarietà dall'altro. Nel merito non si formulano tuttavia indicazioni ulteriori rispetto a quelle, appena ricordate, concernenti il proposito di evitare 'lo sfruttamento' e 'l'esclusione sociale'".

²¹ F. CAFAGGI, *La regolazione privata nel diritto europeo dei contratti*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2008, p. 104 ss., ivi in particolare il §1, laddove si affronta il rapporto tra forme di produzione normativa comunitaria e norme di autoregolamentazione o co-regolamentazione.

Come si vedrà, da tale processo di costituzionalizzazione dei rapporti giusprivatistici non è esente l'assicurazione intesa non solo come operazione economica volta a garantire contro i rischi, ma altresì come strumento primo per realizzare interessi ultraprivatistici, specialmente in virtù del fatto che una delle parti – la compagnia – è un operatore professionale che, offrendo contratti di massa, può raggiungere un numero assai alto di consociati. Ad esempio, proprio nel segmento della sostenibilità sociale – pur con i *caveat* sin qui espressi, che si riassumono nell'assenza di precisi indici di misurazione e, dunque, nelle difficoltà di evitare distorsioni nel premiare gli operatori più virtuosi ovvero penalizzare quelli meno virtuosi –, il mondo assicurativo non è rimasto inerte ed ha affiancato ai prodotti tradizionali l'offerta di coperture previdenziali ed assistenziali più attente alla realizzazione degli obiettivi di inclusione sociale. A ciò si aggiunge una poderosa attività non solo normativa, ma altresì giurisprudenziale UE, che ha ridotto la rilevanza della componente tecnica del contratto assicurativo, chiamando le imprese ad assorbire i costi delle disuguaglianze anche sociali nelle dinamiche assuntive e di offerta di garanzie, come magistralmente riassunto nell'arcinota decisione *Test Achats* del 2011 di cui si dirà a breve.

2. Cenni ad alcune sentenze della CGUE

Come si è detto, seppur con diverso peso ed altre “fattezze” procedurali, numerose sono le decisioni della Corte di giustizia UE rese con riferimento alla materia contrattuale e, in particolare, assicurativa, nelle quali – facendo eco alla CEDU – fanno capolino in maniera preponderante diritti fondamentali e ragioni di giustizia sociale.

Tra esse se ne possono ricordare, in questa sede, solo alcune, in rapida carrellata e senza pretesa alcuna di esaustività.

(a) La decisione *Test Achats* e il divieto di discriminare (anche) nel contratto di assicurazione

È opportuno muovere, in tale direzione, dal caso c.d. *Test Achats* (C-236/09 del 1° marzo 2011) nel quale la Corte ha portato un affondo al “cuore” delle dinamiche assuntive e di tariffazione assicurative (peraltro avallate dallo stesso legislatore europeo in precedenti atti), imponendo alle parti un modello di giustizia contrattuale redistributiva ritenuto maggiormente in linea con il divieto di discriminazione. La decisione muoveva da un rinvio

pregiudiziale di una corte belga in tema di differenza di premi applicati per le assicurazioni sulla salute tra uomini e donne: ebbene, la Corte UE, accogliendo le parole dell'avvocata generale Kokott, entrando appieno nel ruolo di vero e proprio giudice "costituzionale" ed interpretando il principio di non discriminazione come previsto dalla dir. n. 113/2004, indicò che *"in un modello assicurativo maturo, specchio di una società matura quale è quella europea, non vi è spazio per una differenziazione di premi e condizioni assicurative basata su fattori di genere, etnia"*. La Corte, su queste basi, cassò la differenziazione di premio basata su motivazioni legate al sesso degli assicurati, "dimenticando" che nelle assicurazioni si discrimina per definizione, cioè si differenziano i premi in funzione del rischio così come studiato e calcolato dagli attuari: in assicurazione il premio corrisponde infatti alla classe di rischio nella quale un soggetto si pone e, tradizionalmente, si ritiene che il rispetto di tale regola sia a tutela della stessa mutualità.

Il valore guida, secondo il giudice superiore, è e deve essere dunque quello della solidarietà. La decisione merita, in ogni caso, una più ampia riflessione. Nonostante il tema della discriminazione, in particolare quella basata sul sesso, sia ampiamente discusso in molti contesti sociali e del giuridico, la questione non è stata prioritaria nel diritto assicurativo italiano; lo studio della relazione discriminare-assicurare non è, infatti, oggetto di significativa letteratura, né il problema sembra avere preoccupato eccessivamente il nostro legislatore o il nostro regolatore per la materia assicurativa, quantomeno sino a tempi recenti.

Si ricorderà, dunque, che discriminare significa porre il *discrimen*, ossia l'elemento di separazione, consistendo dunque nella identificazione di differenze fra persone, cose o situazioni. Nel linguaggio giuridico, la parola assume una pregnanza assai diversa e negativa, alla quale fa da contraltare lo stesso principio di uguaglianza: non per nulla in diritto si individua solitamente il divieto di discriminare, da lungo tempo identificato dai costituzionalisti in quanto patrimonio genetico delle costituzioni moderne e delle carte sovranazionali dei diritti fondamentali, quale corollario della parità e dell'eguaglianza dei cittadini. In tempi più recenti il tema ha pervaso, inevitabilmente, anche i discorsi dei gius-privatisti, permeando prima il settore gius-laburistico sino a "contaminare" le riflessioni in materia di contratto più in generale.

Del resto, sotto altra ottica, il principio di non discriminazione ha trovato strada nel mercato soprattutto in chiave di efficienza, prima di essere cristallizzata in regola giuridica²². Questa prospettiva, improntata agli ef-

²² Immaginando di avere, in un contratto di lavoro, due soggetti di diversa competenza –

fetti gius-economici della discriminazione, è comunque meno rilevante oggi e rimane spesso implicita, in quanto si preferisce (specialmente nel contesto europeo) dire che il divieto di discriminazione abbia prima di tutto una componente sociale e più vicina alla prospettiva dei diritti umani fondamentali.

Il mondo assicurativo si colloca sopra un asse riflessivo parzialmente diverso e non per nulla ha tentato di tenersi cautamente ai margini del dibattito in materia di *contract discrimination*. Atteggiamento naturale e condivisibile: se, come si è visto poc'anzi, discriminare significa differenziare, è evidente che la questione del divieto di discriminare rischi di tramutarsi in un conflittuale ossimoro nel settore assicurativo, che della discriminazione è il maggiore e migliore rappresentante. In ambito economico, il settore assicurativo è stato fra i maggiori sponsor, o oggetto, di studi mirati ad ottimizzare il potenziale discriminatorio, in vista di raggiungere la c.d. "perfetta discriminazione" dei soggetti assicurati²³.

Cosa significa, in altri termini, questa considerazione? Senza presunzione alcuna, che parrebbe peraltro assai *naïve*, di addentrarsi in una ricostruzione dei processi tecnico-attuariali del meccanismo assicurativo, si può comunque provare con lo scarso armamentario di un giurista a descrivere il processo di discriminazione "buona" fatta dagli assicuratori. In quest'ottica, occorre ricordare che il prezzo del servizio assicurativo, il premio, non è intangibile rispetto al cliente: non è cioè, uguale per tutti, come lo è invece, in altri contesti del circuito economico e produttivo, il prezzo di un computer o anche il prezzo di una cena servita in un locale, rispetto ai quali è indifferente, per il venditore o il prestatore di servizi, chi acquista o chi beneficia della prestazione. Il substrato cultural-economico dell'assicurazione ci insegna, infatti, da tempo immemorabile, che il mestiere dell'assicuratore consiste nel collezionare rischi attraverso tecniche del tutto peculiari, raffinate nel corso di secoli; tali tecniche pongono l'individuo e le sue specifiche caratteristiche di rischio in primo piano. Attraverso la gestione organizzata con metodologia e tecnica assicurativo-attuariale, l'assicuratore trasforma l'assunzione di rischi in un'attività (produttiva) d'im-

uno migliore e l'altro peggiore – il selezionatore che scelga in base ad una preferenza razziale, o che escluda in base ad una differenza per sesso, potrebbe scartare la scelta migliore sul piano dell'efficienza nello svolgimento del lavoro stesso.

²³ Cfr. L. BUZZACCHI, T.M. VALLETTI, *Strategic price discrimination in compulsory insurance markets*, in *The Geneva Papers on Risk and Insurance Theory*, 2005, vol. 30, issue 1, pp. 71-97; H. CHADE, E. SCHLEE, *Optimal Insurance with Adverse Selection*, Arizona State University, 2008, disponibile al seguente indirizzo web <http://levine.sscnet.ucla.edu/archive/refs412224700000002175.pdf>.

presa. Le compagnie, infatti, realizzano un *risk-pooling*, cioè effettuano una collezione di rischi per, poi, assegnare ciascuna posizione ad un dato *pool*, o *box*; ciascun *pool* è diverso dall'altro e la suddivisione deve essere in grado di trovare il giusto equilibrio per coniugare la finalità di mutualizzazione del rischio con quella della personalizzazione del prezzo. La collocazione nel giusto *pool* dunque, dà vita al processo di *risk-allocation* più opportuno alla luce della creazione di categorie o gruppi omogenei, certamente non uguali, di rischi.

La prospettiva consistente nel distinguere situazioni diverse e fissare, per esse, premi differenziati ha dato forma sia alle dinamiche contrattuali che a quelle d'impresa dell'attività assicurativa.

Infatti, la prospettiva assuntiva e gestionale dei rischi collezionati si riflette nella relazione contrattuale tra assicuratore ed assicurato. Tutto il sistema delle dichiarazioni sul rischio, su cui si è insistito in forma unidirezionale (cioè dal contraente/assicurando all'assicuratore) sino agli anni Ottanta del secolo scorso, e che è positivizzato negli artt. 1892-1893 c.c., ha avuto proprio questo compito: elidere l'asimmetria informativa dell'assicuratore²⁴ imponendo all'assicurato di descrivere il proprio rischio, consentendo conseguentemente al primo di discriminare, cioè di porre ciascuno nel *right pool*. Proprio questa forma di "discriminazione" cioè di assegnazione di ciascuno nell'uno o nell'altro *pool*, dà altresì la sensazione di essere nel *right pool* e, in definitiva, di pagare il giusto premio: insomma, detto anche altrimenti, la *fairness* contrattuale assicurativa si è da sempre costruita anche e soprattutto sulla base di una *fair discrimination*, cioè di una distinzione giusta, in quanto ragionevole e oggettiva basata sulla ponderazione del rischio e il pagamento del giusto prezzo, cioè il giusto premio. La discriminazione è stata, dunque, posta a fondamento della correttezza contrattuale a vari livelli: in primo luogo, nel rapporto tra il singolo assicurato e l'assicuratore; in secondo luogo, nel rapporto tra il gruppo di assicurati.

Infatti, il processo di allocazione del rischio consente di legare la dimensione d'impresa dell'attività assicurativa e la dimensione contrattuale, che correla ciò che i *common lawyers* chiamano *privity*, la relazione privilegiata tra le due parti del contratto, alla prospettiva economica assicurativa che si costruisce attraverso la mutualizzazione dei rischi per gruppi omogenei.

²⁴ Cfr. C. GOLLIER, E. SCHLEE, *Information and the equity premium*, in *Working Papers* 2133505, Department of Economics, W. P. Carey School of Business, Arizona State University, 2006; S. NITTI, L. VELLISCIG, *Contratti di assicurazione e gestione del rischio di dichiarazioni inesatte in prospettiva comparata*, in *DMF*, 2022, p. 307 ss.

Sull'esigenza, contrattuale, di discriminare in funzione del rischio, si è sempre retto il funzionamento dell'assicurazione, in bilico tra "diritto dell'impresa" e "diritto del contratto". Su tale correlazione, da tener ben presente, ha da sempre insistito la dottrina classica assicurativa. Si ricorderà, a questo proposito, e in estrema sintesi, che la radicale scelta rimessa ai redattori del codice assicurativo concerneva proprio la decisione di trasferire nel testo unico settoriale le norme generali del contratto (di assicurazione e riassicurazione), contenute agli artt. 1882 ss. c.c.²⁵.

La decisione finale sul mantenimento della partizione è stata sofferta: in tal senso testimoniano le minute dei lavori e le riflessioni degli studiosi coinvolti nella preparazione del testo²⁶. In un primo tempo, infatti, fu previsto che il Codice settoriale dovesse contenere tutte le norme dedicate al contratto di assicurazione, di qualunque natura esse fossero, ricevendo così in dote il bagaglio di articoli già inseriti nel codice civile; tale soluzione avrebbe senza dubbio consentito, imponendolo ai redattori dell'unico testo, un maggior coordinamento tra norme. Infatti, consta che nel primo schema di decreto, il Titolo XI, rubricato come "Contratti di assicurazione, coassicurazione e riassicurazione" racchiudeva anche la disciplina codicistica. È sufficiente ricordare come, nella relazione accompagnatoria al progetto si sottolineasse che *"il titolo undicesimo è dedicato alla disciplina dei contratti di assicurazione e di riassicurazione. In esso sono accolte le disposizioni ora comprese nel Codice Civile, opportunamente rivisitate in funzione di tipizzazione di figure contrattuali che rivestono centrale importanza nell'assicurazione moderna, come ad esempio le polizze collegate ad indici o a fondi di investimento, o che sono destinate a svilupparsi ulteriormente con il ritiro dello Stato sociale da alcune funzioni assistenziali e sanitarie, come nel caso delle assicurazioni dei rischi alla persona. Più in generale, anche negli interventi di adeguamento diffusamente realizzati, lo scopo è quello di tenere conto dell'evoluzione dei prodotti e dei bisogni di protezione degli assicurati nella formazione ed esecuzione del rapporto contrattuale"*.

²⁵ Si vedano in proposito le riflessioni di A.D. CANDIAN, *Il nuovo Codice delle assicurazioni e la disciplina civilistica del contratto di assicurazione: tendenze e "resistenze"*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 1289 ss. Aurelio Candian, nel partecipare ai lavori preparatori della codificazione settoriale del 2005, si era espresso per una rinnovata geografia del diritto assicurativo che consentisse un coordinamento tra norme sul contratto e norme sull'impresa, proponendo dunque un luogo unico, quello del codice delle assicurazioni, per l'incontro.

²⁶ Cfr. ancora CANDIAN, *loc. cit.*, *passim*. Per una impostazione del problema parzialmente divergente si veda, invece, l'analisi di A. GAMBINO, *Note critiche sulla bozza del Codice Civile delle Assicurazioni*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 1038 ss.

Non, dunque, solo una scelta toponomastica, ma una precisa riflessione sui contenuti aveva sospinto l'idea di portare le regole di cui alla codificazione del '42 nel nuovo codice, attraverso una valorizzazione (e conseguente rivisitazione) "*in funzione di tipizzazione di figure contrattuali che rivestono centrale importanza nell'assicurazione moderna*" (così nella Relazione appena citata).

Le virtuose premesse furono però abbandonate con lo stralcio, nel secondo schema di decreto, dell'intera disciplina del contratto. La versione finale conferma questa seconda versione del progetto. Si sono così perse due occasioni importanti: la prima, quella di semplificazione, alla quale finalità era però principalmente "votato" il codice; la seconda, quella di una riflessione sui contenuti della codificazione che tenesse conto delle evoluzioni più recenti che interessano il diritto contrattuale assicurativo in molti Stati membri. Il riverbero ulteriore è, poi, meno immediato ma attiene al fatto che il complesso di norme contenute nel codice civile appare oggi destinato ad un ancor più veloce e radicale invecchiamento, poiché l'attuale articolazione delle norme dedicate all'assicurazione ha già evidenziato la difficoltà di incardinare le novità derivanti dal diritto europeo le quali, ancora una volta, verranno probabilmente trasferite nella codificazione settoriale (se non addirittura, e malauguratamente, in future leggi speciali).

Dopo queste riflessioni, svolte anche in ordine sparso, è giunto il momento di porsi qualche domanda. Una coinvolge l'intimo individuale prima ancora che il legislatore: ci sono discriminazioni gravi ma del tutto trascurate dalla legge, in quanto ritenute inconsistenti e superficiali²⁷. In realtà il diritto si occupa solo di qualche forma di discriminazione, ed il catalogo di ciò che è giuridicamente rilevante non può che essere discrezionale: il problema è, infatti, prima di tutto politico ed è naturale che sia il legislatore a risolverlo, laddove lo stesso goda di un effettivo tasso di rappresentati-

²⁷ La discriminazione verso il brutto, ad esempio, è insidiosa. Ma nessun legislatore pare aver posto attenzione al problema, ed un'azione nordamericana intentata da un "*not really good looking guy*" contro la gentil dama che l'aveva respinto proprio a causa della sua fattezze, è stata relegata comprensibilmente al rango di *frivolous suits* anche nella terra della *litigation*. Più in generale, e con risvolti assai perniciosi, si considerino le più recenti analisi sul c.d. *lookism*, che oggi (ma sino a quando?) stenta a divenire una forma illegale di discriminazione diretta o indiretta. Anzi, fino agli anni '70, il *lookism* negli Stati Uniti era addirittura codificato in alcune leggi statali. In molte giurisdizioni, le cosiddette "leggi sulla bruttezza" impedivano alle persone di apparire in pubblico se avevano malattie o deturpazioni considerate antiestetiche. Cfr. D. RHODE, *The Beauty Bias*, New York, Oxford University Press, 2010; J. McDONALD, Jr.-P. FISHER, "*Lookism*": *The Next Form of Illegal Discrimination*, in *Bloomberg Law Reports-Labor & Employment*, vol. 4/46, 2012; L. TIETJE, S. CRESAP, *Is Lookism Unjust? The History and Ethics of Aesthetics and Public Policy Implications*, in *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, No. 2, Spring 2005, pp. 31-50.

vità che gli consente di mettere da una parte e dall'altra della riva le discriminazioni non ammesse e quelle ammesse.

Insomma, il legislatore è libero di determinare se e quali categorie proteggere: i bambini o gli adulti, i belli o i brutti, i ricchi più o meno dei poveri, gli intelligenti in modo diverso dagli stolti, individuando dunque il contenuto dell'uguaglianza proponibile. Non vi sarà mai del resto un modo diverso, nel mondo del giuridico, per capire che cos'è l'uguaglianza oppure la disuguaglianza se non andando a vedere le scelte compiute dal legislatore. Il problema teoretico sta tutto qui. Quando tale soglia viene fissata, il giudice può intervenire per farla rispettare.

Nel rapporto tra privati, una delle vie prescelte per l'eliminazione della disuguaglianza è divenuta, ormai, secondo l'interprete comunitario, il contratto. Del resto, ciò si comprende se si rammenta che le modalità attraverso le quali si fa il mercato comune coinvolgono primariamente proprio il contratto.

Nell'assicurazione, come anticipato, senza dubbio sussistono giustificazioni non solo tecniche, ma anche di giustizia contrattuale per introdurre discriminazioni: il diritto assicurativo, quando distingue un soggetto geneticamente sano da un soggetto geneticamente malato, lo fa sulla base di dati volti a preservare l'equilibrio tecnico nell'interesse anche degli altri assicurati, ai quali verrebbe altrimenti fatto carico di partecipare al rischio genetico di una minoranza. Lo stesso può dirsi rispetto all'anziano, al malato, e così via.

Il problema è verificare come e se il mercato ingloba, e si fa carico, dell'imposizione del principio di solidarietà sociale. Sorge allora spontanea una domanda: la nuova ingegneria sociale può essere imposta dal legislatore? La solidarietà sino a che limite può essere imposta nel rapporto tra privati e non attraverso la mediazione dello Stato? Le conclusioni dell'avvocato generale non lasciano molto spazio alle divagazioni su questi quesiti: certamente sussistono le ragioni tecniche che danno fondamento oggettivo alla discriminazione assicurativa, ma secondo l'*attorney general* (e la Corte) un diritto maturo richiede agli operatori di superare gli angusti limiti posti dalle motivazioni tecniche per proporre un nuovo ordine, quello della coesione e solidarietà sociale, altrimenti detto della *social justice*.

Il vento è, dunque, cambiato nettamente dopo la già citata sentenza della Corte di Giustizia europea nel caso c.d. *Test Achats*, che aveva azionato il conto alla rovescia (con scadenza 2012) per la distinzione tariffaria basata sul sesso nell'ambito dei contratti di assicurazione e delle altre decisioni, già citate, emesse dalla Corte UE volte ad allargare le tutele dei soggetti ritenuti più fragili ed a rischio di discriminazione nei più vari contesti dell'attività assicurativa. Il vero lascito della decisione è, infatti, quello di aver

portato a gamba tesa il tema della solidarietà contrattuale nelle dinamiche di assunzione dei rischi da parte delle imprese di assicurazione, anticipando il legame con l'idea di sostenibilità sociale che è oggi al centro del dibattito europeo. Le legislazioni che ad esso si sono ispirate, pur con le necessarie mitigazioni e modulazioni²⁸, si collocano sicuramente nell'ambito della finalità di contrasto alle disparità di genere che rappresenta uno degli obiettivi di sostenibilità sociale (in particolare SDG n. 5). In questo senso, la posizione degli assicuratori, anche nella riduzione delle disuguaglianze di genere in ambito medico sanitario appare fondamentale²⁹. D'altro canto, si deve considerare che tale rischio di discriminazione insito nella posizione degli assicuratori è il motivo per il quale nell'ambito dell'*Artificial Intelligence Act* l'assicurazione viene individuata come una attività ad alto rischio proprio in relazione alle dinamiche di accesso alle polizze per la persona

²⁸ Cfr. Article L111-7, Code des Assurances française: «I.-Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations ayant pour effet des différences en matière de primes et de prestations est interdite. Les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas un traitement moins favorable des femmes en matière de primes et de prestations. Par dérogation au premier alinéa, le ministre chargé de l'économie peut autoriser par arrêté des différences de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe et proportionnées aux risques lorsque des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises établissent que le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation du risque d'assurance. Ces arrêtés sont pris conjointement avec le ministre chargé de la sécurité sociale lorsqu'ils portent sur des opérations mentionnées aux 1° et 2° de l'article L. 310-1. II.-Un arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre chargé de la sécurité sociale fixe les conditions dans lesquelles les données mentionnées au troisième alinéa du I sont collectées ou répertoriées par les organismes professionnels mentionnés à l'article L. 132-9-2 et les conditions dans lesquelles elles leur sont transmises. Ces données régulièrement mises à jour sont publiées dans des conditions fixées par cet arrêté et au plus tard à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté mentionné au troisième alinéa du I. Par dérogation au premier alinéa du présent II, les données mentionnées au dernier alinéa du I peuvent, s'agissant des risques liés à la durée de la vie humaine, prendre la forme de tables homologuées et régulièrement mises à jour par arrêté du ministre chargé de l'économie. II bis. La dérogation prévue au dernier alinéa du I est applicable aux contrats et aux adhésions à des contrats d'assurance de groupe conclus ou effectués au plus tard le 20 décembre 2012 et à ces contrats et adhésions reconduits tacitement après cette date. La dérogation n'est pas applicable aux contrats et aux adhésions mentionnés au premier alinéa du présent II bis ayant fait l'objet après le 20 décembre 2012 d'une modification substantielle, nécessitant l'accord des parties, autre qu'une modification qu'une au moins des parties ne peut refuser. III.-Le présent article s'applique aux contrats d'assurance autres que ceux conclus dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, ainsi qu'aux opérations mentionnées à l'article L. 322-2-2 du présent code qui en découlent directement».

²⁹ F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus di genere. Salute, autodeterminazione femminile, sex and gender medicine*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

che si affidano a tariffazioni o selezioni frutto di intelligenza artificiale³⁰.

Nella direzione egualmente tesa a privilegiare un approccio *social sustainable*, riducendo i rischi di “discriminazione per contratto”, si colloca una sentenza della Corte Suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof*) del 25 novembre 2020³¹, secondo cui la clausola di un contratto di assicurazione è vessatoria e, dunque, nulla laddove preveda che l'assicurato che raggiunga una data età a scadenza del contratto possa ottenere solo una rendita e non la somma capitale. La sentenza ha sostanzialmente rivitalizzato le regole della direttiva sulle clausole vessatorie, che peraltro compie trent'anni, e le ha dotate di una “nuova” linfa, quella della solidarietà, cioè una dimensione di *fairness* che, senza dubbio, va ben oltre il paradigma della stesura della clausola in forma intelligibile ovvero del mero equilibrio tra diritti ed obblighi delle parti: il fine ultimo, in tal caso, diviene l'inclusione della persona anziana e la non discriminazione che deve governare nel suo complesso il funzionamento della polizza assicurativa.

(b) La giustizia nel contratto: i doveri di informazione come strumento di riduzione dell'esclusione finanziaria

Altre sentenze della Corte di Giustizia europea hanno contribuito ad accentuare il ruolo “attivo” che può avere il contratto assicurativo nel superamento delle disuguaglianze. Si rammentino, ad esempio, le decisioni C-143/20 e C-213/20 nelle quali la CGUE ha precisato la portata degli obblighi di informazione precontrattuale nei contratti di assicurazione sulla vita *unit linked*: dietro alla imposizione di rigorosi obblighi informativi anche in caso di dissociazione formale tra soggetto contraente ed assicurato nell'ambito delle polizze collettive, la Corte ha voluto affermare il principio della rilevanza dell'assicurazione come strumento di inclusione sociale,

³⁰ Cfr. *AI Act*, versione consolidata 13 marzo 2024, Considerando 58: “I sistemi di IA destinati a essere utilizzati per la valutazione dei rischi e la determinazione dei prezzi in relazione alle persone fisiche per assicurazioni sulla vita e assicurazioni sanitarie possono avere un impatto significativo sul sostentamento delle persone e, se non debitamente progettati, sviluppati e utilizzati, possono violare i loro diritti fondamentali e comportare gravi conseguenze per la vita e la salute delle persone, tra cui l'esclusione finanziaria e la discriminazione”, con conseguente inclusione tra i sistemi ad alto rischio.

³¹ OGH 7, *Ob*, 156/20, che si può leggere in www.OGH.at 7 Ob 156/20x (Volltext): RDB Rechtsdatenbank (manz.at): “Es sei nicht zumutbar und offensichtlich nachteilig, dass Versicherungsnehmer, die über viele Jahre hinweg Beiträge gezahlt haben, statt der vollen Versicherungssumme eine möglicherweise geringere monatliche Zahlung erhalten, „nur weil sie eine bestimmte Altersgrenze erreicht haben”.

finalità che viene attenuata o frustrata laddove il singolo sia indotto a stipulare un contratto assicurativo di investimento, quale la polizza *unit linked*, che comprometta gravemente la sua indipendenza economica a fronte della perdita dei capitali investiti.

A questo proposito, si consideri che anche la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia – in tema di c.d. *embedded* o *linked insurance contracts* inseriti nelle note dinamiche a cavallo tra schemi contrattuali collettivi e intermediatizi nell'ambito della *credit protection insurance*/CPI – ha teso a proteggere la posizione degli assicurati tenendo conto della componente solidaristica anche nel funzionamento di contratti assicurativi a garanzia del credito normalmente veicolati per le classi medio-basse che accedono a contratti di credito (mutui o altre forme di finanziamento al consumo secondo il modello tipico delle CPIs). Ne è conferma, da ultimo, la sentenza nel caso *Occidental* del 2023³², con cui la CGE, nel pronunciarsi in via pregiudiziale sulla normativa portoghese in materia di clausole vessatorie, ha ritenuto di applicare la tutela prevista dalla dir. 93/13/CE all'assicurato finale non contraente, in particolare con riferimento alla conoscibilità delle clausole di contratto nella loro interezza ed al fine di poter adeguatamente valutare la copertura assunta: con ciò garantendo, sul piano sostanziale, l'effettiva protezione dell'aderente della polizza collettiva, a garanzia dei rischi di disabilità, quand'anche la polizza fosse formalmente sottoscritta dal contraente-banca. In tale decisione, si è dunque superato il vincolo formale che vede, anche nella giurisprudenza della CGUE e di molte giurisdizioni nazionali, l'applicazione della tutela prevista dalle clausole vessatorie solo laddove il contraente sia un consumatore. Si rammenti che solo un mese dopo la Commissione UE ha diffuso la sua *Retail Investment Strategy* (RIS).

(c) Assicurazioni di r.c.: solidarietà e tutela della vittima

La CGUE è intervenuta più volte in ambito di assicurazione della responsabilità civile, con particolare riferimento alla tutela dei danneggiati ed all'estensione dell'esercizio di azione diretta nei confronti degli assicuratori del responsabile.

Come noto, la possibilità di consentire un'azione diretta della vittima verso l'assicuratore del responsabile civile non è un tratto comune a tutti i sistemi giuridici. L'armonizzazione del diritto europeo, a questo proposito,

³² C-263/22, 20 aprile 2023, *Occidental – Companhia Portuguesa de Seguros de Vida/LP*.

è avvenuta in forma didascalica e con esclusivo riferimento alle norme in tema di assicurazione per la responsabilità per la circolazione di veicoli: in tale contesto la Corte di Giustizia è intervenuta sui limiti delle eccezioni opponibili alle vittime. Fuori dalla materia della r.c.a., peraltro, la Corte ha potuto affermare importanti principi anche in assenza di una disciplina unionale direttamente dedicata alla materia. Ad esempio in ambito di responsabilità da prodotto difettoso, rispetto alla quale il diritto europeo si limita a prevedere, con la *Product Liability Directive* del 1985, regole comuni sui criteri di attribuzione di responsabilità, la CGUE è stata chiamata ad interpretare l'effettività del diritto al risarcimento in relazione alla possibilità di esercitare l'azione diretta verso l'assicuratore del responsabile, sebbene la materia assicurativa non fosse in alcun modo oggetto della direttiva di armonizzazione. In tal caso, in virtù di una richiesta di interpretazione pregiudiziale, la Corte ha allargato le maglie dell'azione diretta riconosciuta dal Code des Assurances francese ritenendo che la clausola del contratto di assicurazione stipulata dal produttore (francese) con una compagnia locale non potesse essere applicata se avente l'effetto di limitare i diritti di una vittima solo perché localizzata in Germania: a tale risultato la Corte è pervenuta facendo applicazione del principio di non discriminazione garantito a livello unionale³³.

Un altro settore di particolare interesse è quello che riguarda l'estensione del danno indennizzabile. In questo contesto, la CGUE si è mostrata, per molti versi, assai più "timida". Si ricorderanno due problematiche: la correlazione del risarcimento a tabelle (i), da un lato, ed il riferimento al costo della vita del luogo di residenza della vittima ai fini della determinazione del danno risarcibile e, dunque, indennizzabile da parte dell'assicuratore (ii).

(i) Sul fronte assicurativo, l'esigenza di ridurre discriminazioni nella tutela delle vittime riemerge in relazione alla determinazione del danno alla persona.

In alcuni Paesi europei, il problema – e le conseguenti riflessioni – non ha certamente deviato sulle tematiche etnico-razziali, ancora poco indagate dalla letteratura continentale, essendo piuttosto emerso a fronte della (in)sostenibilità economica per le imprese assicurative dei carichi risarcitori (con conseguenti aumenti dei premi) e in vista di contenere la massa di

³³ Sulla giurisprudenza in materia di azione diretta della vittima contro l'assicuratore del produttore responsabile si veda il commento di M.H.W. MICKLINZ, N. REICH, L. BOUCON, *L'action de la victime contre l'assureur du producteur*, in *Revue internationale de droit économique*, 2015/1 (t. XXIX), pp. 35-78.

indennizzi erogati. La soluzione percorsa, in alcuni settori assicurativi (tipicamente, in Italia, ma non solo, per la r.c.a. e le assicurazioni medico-sanitarie) è stata il ricorso ad una limitazione *ex lege* del risarcimento alle vittime, quantomeno con riferimento ai danni meno rilevanti (le c.d. lesioni micropermanenti). In altri termini, al fine di consentire maggiore prevedibilità e certezza, funzionale alla gestione economica del rischio di danno che nel 85% dei casi sopportano, in definitiva, gli assicuratori, vi è stato il ricorso alla introduzione di precisi limiti per il risarcimento delle c.d. micropermanenti. Come noto, alcuni sistemi giuridici, compreso quello italiano, hanno adottato in alcuni casi delle tabelle, o *barèmes* di riferimento.

Orbene, rispetto all'Italia, i dati raccontano che nei primi anni di applicazione delle tabelle, e di altre regole per l'accertamento del danno alla persona, vi è stata la riduzione dei costi assicurativi con un impatto sulla riduzione dei premi di quasi il 5%. L'adozione di tali tabelle è stata sottoposta al vaglio europeo, nelle sentenze *Petillo* e *Petillo* del 2014, che ne hanno confermato la validità, e poi al vaglio della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 235/2014, in modo estremamente esplicito, ha fatto riferimento a criteri economici. Infatti, accogliendo sostanzialmente le parole delle compagnie intervenute, i Giudici costituzionali hanno statuito che *“nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria, assume rilevanza non solo l'interesse particolare del danneggiato alla riparazione del danno, ma anche l'interesse generale e sociale ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi all'interno di una responsabilità civile che è sempre più assicurata in forza di uno specifico obbligo legislativo. E ciò comporterebbe che, in un tale quadro, non dovrebbe essere considerato solo il livello del risarcimento ma anche il livello dei premi assicurativi per evitare che l'aumento del risarcimento, che riguarda i soli danneggiati, comporti automaticamente l'aumento dei premi che, invece, sono pagati da tutti. E sarebbe proprio in questa prospettiva – che mira a ‘contemperare l'esigenza di riparazione del danno con l'esigenza sociale della riduzione dei costi assicurativi a carico del sistema’ – che troverebbe giustificazione la limitazione del risarcimento del danno di lieve entità”*.

(ii) Sempre in tema di funzionamento delle polizze di r.c. e del risarcimento alle vittime, è stato posto in luce il fatto che le corti commisurano il danno risarcibile (specialmente in relazione alla valutazione della capacità futura di produrre reddito), anche in relazione alle condizioni ambientali e, sovente, con una variante implicita ossia la provenienza sociale della vittima. Il tema della “pregiudiziale” sociale è stato ampiamente dissodato negli USA dagli studi di *Critical Race Theory*, particolarmente attenti sia alle discriminazioni legate alla appartenenza etnica sia a forme di discrimina-

zione connesse al contesto economico-sociale di vittime, da un lato, ed autori di illeciti (e reati) dall'altro. In Europa, solo alcuni studi recenti si preoccupano di dare rilievo ai caveat legati a tali aspetti, compresa la provenienza geografica, ma probabilmente il tema potrà ricevere maggiore attenzione in futuro. È già realtà, invece, il più oneroso fatto che, in virtù delle norme esistenti, in sede tanto giurisdizionale quanto extragiudiziale il risarcimento dovuto in concreto tiene conto, oltre che della legge applicabile in base al *locus commissi delicti*³⁴, anche del luogo di residenza del danneggiato. Pur corretta sul piano formale, è evidente che questa soluzione pregiudica, tuttavia, la libertà di scelte future delle vittime: si pensi al soggetto con rilevante compromissione della capacità lavorativa, che viene risarcito in base al costo della vita nel proprio Paese di residenza, e voglia poi spostarsi in altro Paese UE. La Corte di Giustizia UE, almeno sino ad oggi, ha confermato la correttezza della regola che vincola l'entità del risarcimento al costo della vita del Paese di residenza.

³⁴ Si ricorderà che le direttive UE in materia di assicurazione degli autoveicoli avevano come obiettivo primario di imporre obblighi assicurativi a tutela delle vittime, senza ambizione di armonizzare i diversi regimi di responsabilità civile applicabili ai sinistri connessi alla circolazione. Cfr. in materia D. BOCCHESI, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla risarcibilità del danno morale subito dai familiari delle vittime di incidenti stradali*, in DPCEonline, 2023, p. 1441 ss., ed ivi ampi cenni alla più recente giurisprudenza della CGUE sul tema; per un'analisi in ambito di azione diretta si veda altresì D. CERINI, S. NITTI, *Dimensions and function of direct action in liability insurance*, relazione al Convegno di Riga dicembre 2023, in corso di pubblicazione su *Diritto dei mercati finanziari e assicurativi*, 2/2024.

FABIANO DI PRIMA – MARCELLO TOSCANO

IL PRINCIPIO DI BILATERALITÀ IN ESPANSIONE:
LA COOPERAZIONE TRA ISTITUZIONI PUBBLICHE
E COMUNITÀ DI FEDE
(VERSO UN'EFFICIENTE GARANZIA DI TUTELA
DEGLI INTERESSI RELIGIOSI)¹

1. *Introduzione: la ricerca di “giustizia”; il ruolo servente del diritto* (G. Radbruch, F. Scaduto)

Nell'esprimere vivi ringraziamenti agli organizzatori del Convegno, al collega e amico prof. Toscano – e attraverso lui alla preziosa presenza ecclesiasticistica milanese – per un invito che onora e gratifica, aprirei con una breve precisazione relativa al titolo della relazione, e dunque al suo contenuto.

Mi pare, infatti, che quest'ultima si venga a situare nel novero degli interventi che affrontano il tema della giustizia riguardato non nella dimensione del declinarsi della funzione giudiziaria, bensì dalla prospettiva “particolare” che vi correla il senso più ampio di un invero puntuale dell'ordinamento, a tutela di istanze altrettanto particolari (specie se ‘minoritarie’).

Prendendo in prestito parole di un Pontefice nato e cresciuto in un contesto di ingiustizie patite per mano di totalitarismi, la prospettiva del concetto qui assunta è – segnatamente – quella di una “tensione” volta a stabilire per un certo ambito ordinamentale “rapporti pienamente giusti”². Una dinamica che può anche restare *in fieri* soggiacendo ad inerzialità, calcoli politico-contingenziali e/o al c.d. “shorttermismo” (promosso dalla logica

¹ Fabiano Di Prima è autore dei paragrafi 1-4; Marcello Toscano del paragrafo 5.

² GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Udienza Generale* (8 novembre 1978), n. 2, in *Insegnamenti di Giovanni Paolo II*, vol. I, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1978, p. 109.

che ribalta, normalizzandolo, lo “stato d’eccezione”³); ma che se avviata pare segnata da una costante: l’adozione più o meno consapevole di un’idea del diritto affine a quella espressa da G. Radbruch, d’una realtà *servente* alla giustizia⁴. Dove quest’ultima, intesa in un senso “elevato”, necessariamente trascende la misura del diritto positivo, per farsi finalità principe di un “*diritto sovralegale*”. Una nozione di stampo solo relativamente giusnaturalista⁵, questa, che il diritto ecclesiastico italiano per il vero conosce da sempre, pur sotto diverse sembianze: parendo contigua a quel “*diritto razionale*” evocato più volte dal fondatore della disciplina, Francesco Scaduto, come paradigma ideale cui parametrare le leggi poste dallo Stato, specie quando queste se ne allontanano a scapito delle libertà basilari di gruppi e credenti⁶. Col cerchio “immaginario” che sembra

³ Descrive da ultimo questa dinamica, cogliendone in pieno i riflessi svalutativi del diritto e della sua funzione, G. PRETEROSSÌ, *Teologia politica e diritto*, Bari, (ed. dig.) Laterza, 2022, p. 229 ss., che evoca tra l’altro (p. 237) l’emergenza del coronavirus, al centro delle riflessioni di G. D’ANGELO e J. PASQUALI CERIOLO nella relazione tenuta due anni fa al Convegno CRC (*L’emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettici) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, (pubblicata in R. SACCHI (a cura di), *Valori dell’ordinamento vs esigenze dell’emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Milano, Giuffrè, 2022, p. 383 ss.; nonché in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*statoechiese.it*), n. 19/2021) ove fin da principio si rimarcava il dato di fondo di una “pressione deformante” derivante “dall’incessante riproporsi del trinomio mutazioni-crisi-emergenze”. Non è di poco momento, peraltro, l’ulteriore effetto negativo, che paradossalmente conferma l’assunto accolto da quelle visioni, per cui nel più dei casi scaturiscono direttrici d’istantanea presa con la contingenza, connotate da un assente o perlomeno ridotto lavoro di filtro e sintesi tra i valori investiti. Col risultato, in ultima istanza, di avere leggi inabili già in partenza a fornire una pacificatoria disciplina dei rapporti di vita. Una problematicità grave legata ai processi di globalizzazione, e per questo già segnalata almeno vent’anni fa, quando si rilevava l’urgenza di un ritorno a un uso razionale e lungimirante delle leggi (come equilibrato dominio regolatorio dell’esistente), v. in tal senso ad es. G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, Armando, 2005, p. 69 ss.; F. VIOLA, *Il ritorno della ragione giuridica*, in E. RUSSO (a cura di), *Interpretazione della legge civile e “ragione giuridica”*, Padova, Cedam, 2003, p. 13 ss.

⁴ G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, a cura di G. Carlizzi, V. Omaggio, Milano, Giuffrè, 2021, p. 57, testo in cui il giusfilosofo di Lubeca – noto in particolare per la sua famosa “formula” di cui si dirà *infra*, sovente richiamata a proposito degli scritti ove scardina “i demoni” annidanti nei miti politici” e nei capisaldi della legislazione nazionalsocialista (A. JELLAMO, *Osservazioni su legalità e giustizia. Kant, Kelsen, Radbruch*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2019, p. 409) – definisce il diritto come “realtà il cui senso è di stare al servizio della giustizia” (per il testo originale dell’edizione italiana, si v. la *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe*, a cura di A. Kaufmann, Bd. 2, Heidelberg, Müller, 1993, p. 206 ss.).

⁵ Come ben spiegato, di recente, da P.P. PORTINARO, *Radbruch e i trilemmi del pensiero giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2, 2022, p. 265 ss.

⁶ Sul ricorso frequente a questa nozione, da parte del giurista bagherese, v. l’*Introduzione*

chiudersi allorché sia il giusfilosofo sia l'ecclesiasticista, ciascuno dalle proprie differenti prospettive (pur coincidenti in un certo smarcamento dal positivismo dei loro tempi⁷) seguitano a trovare nell'opera del Legislatore, e dunque nell'istanza politica, la chiave decisionale “circa il fine da assumere per dare un concreto contenuto alla giustizia”⁸. Un compito difficilissimo che, com'è ovvio, è destinato fisiologicamente a fornire risultati difficilmente appaganti “a tutto tondo”. Restando sempre, anche in caso di soluzioni (fornite) ‘tecnicamente’ solide, una certa “sensazione”, tipicamente umana, di “insaziabilità di giustizia”⁹.

di A.C. JEMOLO al volume di F. SCADUTO, *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie*, Palermo, Edizioni della Regione siciliana, s.d., ma 1969 (ediz. orig. *Stato e Chiesa nelle Due Sicilie dai Normanni ai nostri giorni [sec. XI-XIX]*, Palermo, Amenta, 1887). Sull'applicazione al tema della libertà religiosa, v. F. SCADUTO, *Libertà di esercizio dei culti: implica garanzia illimitata dell'esercizio delle mansioni confessionali?*, in *La Giustizia Penale*, 1910, p. 813 (ove in questa prospettiva rimanda per alcuni versi a F. RUFFINI, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino, 1901 (ristampato nel 1967, con introduzione di Arturo C. Jemolo, Milano, Feltrinelli; e nel 1992, Bologna, Il Mulino); con particolare riferimento ai rapporti Stato/Chiesa, v. F. SCADUTO *Efficacia civile delle norme canoniche*, in *Archivio giuridico “Filippo Serafini”*, XCII, 1924, p. 148 ss. Sul punto, di recente, v. le osservazioni di O. CONDORELLI, *Attualità di Francesco Scaduto. Riflessioni a margine di uno scritto del 1914 in tema di libertà religiosa e uguaglianza*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2015, p. 163 ss. Sempre sul punto, e più in generale sul ruolo del giurista siciliano quale costruttore del diritto ecclesiastico nell'Italia postunitaria (e sulla riscoperta recente dell'originalità d'un pensiero non condizionato da concezioni intrinsecamente stataliste/positiviste, con la sua potenziale applicabilità alle attuali dialettiche interordinamentali) sia consentito il richiamo a F. DI PRIMA, *Dinamiche di integrazione dell'ordinamento civile, diritto canonico e libertà del credente (ripartendo da F. Scaduto e P.S. Mancini)*, Cosenza, Luigi Pellegrini, 2022, e ai relativi rimandi bibliografici.

⁷ Radbruch, in particolare, rifiuta il positivismo come «ideologia» (come dottrina che sostiene che «il diritto positivo, per il solo fatto di essere positivo, cioè di essere l'emanazione di una volontà dominante, è giusto» (così N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, p. 103 ss. e p. 110). Analogamente, T. AYDIN, *Gustav Radbruch, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus. Zwischen Recht, Unrecht und Nicht-Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2020, p. 111. Sull'affine approccio da parte di F. Scaduto, si rinvia alle riflessioni operate nel volume citato nella precedente nota (*Dinamiche di integrazione*, p. 22 ss.).

⁸ Così P.P. PORTINARO, *Radbruch e i trilemmi del pensiero giuridico*, cit., p. 262, con notazione che pare calzante anche per il giurista siciliano (come si evince, ad es., leggendo O. CONDORELLI, *Attualità*, cit., p. 181).

⁹ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Udienza Generale*, cit., n. 2.

2. La bilateralità in “poliforme” espansione: quattro versanti

In questa sede, posto il *focus* sulla domanda di “giustizia” attinente alla condizione delle *comunità di fede* che costellano oggi la plurireligiosa società italiana¹⁰, potrebbe risultare singolare, d’acchito, la scelta di evidenziare il ruolo che svolge la *bilateralità*. In particolare, essendo immaginabile ad es. l’obiezione che i numeri dell’attuazione dell’art. 8, comma III, Cost.¹¹ – tredici intese sinora approvate – e quelli della consistenza dei

¹⁰ Così M. FERRANTE, *I diritti dei migranti tra diritto, religione e cultura*, in A. INGOGLIA, Id. (a cura di), *Fenomeni migratori, diritti umani e libertà religiosa*, Padova, Libreriauniversitaria, 2017, p. 89 ss.; ma v. anche G. FATTORI, *Eclettismo e potenzialità del diritto ecclesiastico nella transizione giuridica pluralista*, in *Coscienza e libertà*, 65, 2023, p. 80 ss.; F. ALICINO, *Identità-differenze. La tutela delle minoranze religiose nell’esperienza giuridica italiana*, in D. EDIGATI, A. TIRA (a cura di), *Le minoranze religiose nel diritto italiano ed europeo. Esperienze del passato e problematiche contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 120; C. ELEFANTE, *Migrations, Migrants and the Contemporary Issues of Religious Freedom: The Right to the Availability of Worship Places and Buildings*, in J. SPURK, G. TRUDA (a cura di), *On migrants routes in the Mediterranean: political and juridical strategies*, Fisciano, ICSR Mediterranean Knowledge, 2018, p. 129 ss.; R. SANTORO, F. GRAVINO, *Fenomeno migratorio, processi di integrazione e autonomie locali*, in S. D’ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (a cura di), *In cammino tra aspettative e diritti. Fenomenologia dei flussi migratori e condizione giuridica dello straniero*, Napoli, ESI, 2017, p. 499 ss.; P. STEFANI, *Migrazioni e religioni: identità religiosa e integrazione della differenza nel governo del fenomeno migratorio*, ivi, p. 427 ss.; E. PACE, *Andante con moto. La nuova geografia religiosa in Italia*, in *Coscienza e libertà*, 49, 2014, 50, 2015, p. 42.

¹¹ Per analisi condotte nell’ultimo decennio sul livello di apertura – nel senso indicato – del canale bilaterale ex art. 8, comma III, Cost., cfr. da ultimo, i contributi contenuti in M. D’ARIENZO, M. FERRANTE, F. DI PRIMA (a cura di), *Le intese: attualità e prospettive, prendendo spunto dalla recente intesa con la Chiesa d’Inghilterra*, Diritto e religioni - Quaderno monografico 4, Cosenza, Luigi Pellegrini ed., 2023; nonché, ex pluribus M. D’ARIENZO, *Le nuove forme della negoziazione bilaterale Stato-confessioni religiose nell’ordinamento giuridico italiano*, in F. OLIOSI (a cura di), *Diritto, religione, coscienza: il valore dell’equilibrio. Liber Amicorum per Erminia Camassa*, Modena, Mucchi, 2023, p. 233 ss.; M. VENTURA, *Sintesi. Le trasformazioni della bilateralità*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1, 2023, p. 309 ss.; F. ALICINO, *Dalla bilateralità pattizia alla bilateralità amministrativa*, ivi, p. 157 ss.; P. CONSORTI, *La bilateralità trasformata dagli infedeli. Prospettive per un dialogo religioso istituzionale*, ivi, p. 202 ss.; S. DOMIANELLO, *L’evoluzione costituzionalmente sostenibile delle fonti del diritto ecclesiastico italiano tra unilateralità (da recuperare) e bilateralità (da custodire). Un invito al cambiamento e alla prudenza nel cambiamento*, ivi, p. 42 ss.; G. D’ANGELO, *Eguale libertà delle confessioni religiose e sistema delle intese. Il tema della qualificazione soggettiva (e dei suoi effetti giuridici)*, in *Laicidad y libertades*, 22, 2023, p. 274 ss.; S. BORDONALI, *La legge n. 1159 del 1929 e la nuova Intesa tra la Repubblica italiana e l’Associazione “Chiesa d’Inghilterra”*, in M. D’ARIENZO (a cura di), *1929-2019 Novant’anni di rapporti tra Stato e confessioni religiose. Attualità e prospettive*, Diritto e Religioni - Quaderno Monografico 1, Cosenza, Luigi Pellegrini ed., 2020, p. 157 ss.; R. MAZZOLA, *Ordinamento statuale e confessioni religiose. La politica delle fonti di diritto in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n.

gruppi confessionali che restano allo stato assoggettati alla Legge sui culti ammessi del '29 (quasi tutta la "galassia" ortodossa; la totalità di quelli islamici e dei Sikh; i Testimoni di Geova, ecc.), parrebbero a prima vista indicativi di un versante che fatica a integrare la dimensione elevata della "*Gerechtigkeit*", evocata dai due autori prima citati.

Pur tuttavia, a spiegare il senso della scelta qui operata soccorre proprio uno spunto offerto da (uno di loro, cioè) Scaduto. Vale a dire la metafora da lui utilizzata nello spiegare l'influenza del "diritto razionale" quale veicolo di giustizia, ricorrendo alla fisica (precorrendo un'affine intuizione giuspubblicistica¹²). E precisamente, l'osservazione secondo cui il legame tra il diritto razionale e il diritto positivo è paragonabile al rapporto intercorrente tra la *dinamica* e la *meccanica*, per l'impossibilità in entrambi i casi che il secondo polo, quello di ciò che visivamente opera (*i.e.* i meccanismi 'posti'), di prescindere dal primo: a pena, altrimenti, di rimanere asfitticamente sempre uguale a sé stesso, "senza evolversi né perfezionarsi"¹³.

Ed allora, tenendo presente, da una parte, i plurimi spunti emersi durante un recente Convegno palermitano¹⁴ sulle *potenzialità* (già espresse ed) *emergenti* negli ultimi anni del canale *ex art. 8*, comma III, Cost (specie in chiave garantista delle specificità confessionali); dall'altra, il *crescente* invero (in forme vecchie e nuove) del principio di reciproca collabora-

34/2018, p. 6 ss.; F. FRENI, *L'iter delle intese sui rapporti Stato-confessioni ristretto fra discrezionalità politica e insicurezza presunta*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 30/2018; M. PARISI, *Bilateralità pattizia e diritto comune dei culti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017; A. LICASTRO, *Il diritto statale delle religioni nei paesi dell'Unione europea. Lineamenti di comparazione*, Milano, Giuffrè, II ed., 2017, p. 44 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *Interpretazione assiologica, principio di bilateralità pattizia e (in)eguale libertà di accedere alle intese ex art. 8, terzo comma, Cost.*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 26/2016; P. FLORIS, *Le intese tra conferme e ritocchi della Consulta e prospettive per il futuro*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 28/2016; M. TOSCANO, *Una nuova "politica ecclesiastica" della Corte costituzionale, tra rigore teorico e conservatorismo pratico? Le prime reazioni della dottrina alla sentenza n. 52/2016*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 3, 2016, p. 751 ss.; P. CONSORTI, 1984-2014: *le stagioni delle intese e la «terza età» dell'art. 8, ultimo comma, della Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2014, p. 91 ss.

¹² Segnatamente, v. il volume di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013, ove (come nota L. BUFFONI, *La fisica come modello per il diritto?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2014) emergendo una "epistemologia fisicista", in particolare si profila la possibilità che "metafore e intuizioni" tratte dalla fisica "possano migliorare la nostra comprensione delle questioni giuridiche".

¹³ F. SCADUTO, *Stato e Confessioni religiose*, Roma, Tip. Iride, 1912, p. 18.

¹⁴ Ci si riferisce al Convegno "*Le intese: attualità e prospettive, prendendo spunto dalla recente intesa con la Chiesa d'Inghilterra*" tenutosi presso il Complesso Chiaramonte-Steri, sede del Rettorato dell'Università degli Studi di Palermo, il 9 e il 10 giugno 2022 (i cui atti sono stati pubblicati nel Quaderno monografico della Rivista "*Diritto e Religioni*" citato alla nota n. 11).

zione *ex art. 1* Accordo di Villa Madama¹⁵; e dall'altra ancora le osservazioni maturate qui a Milano due anni fa sulla reattività/duttività della più generale interazione Stato/Chiese di fronte allo “*stress test*” dell'emergenza Covid¹⁶, pare derivare la possibilità d'inquadrare la bilateralità come fenomeno tutt'altro che avvitato in un circuito ombelicale/involutivo. Anzi tutto per un'osservata¹⁷ propensione dello stesso a reinventarsi, in plastica e mutevole rispondenza a una “società bisognosa di contatti” tra orbita civile e Confessioni¹⁸, nel segno di un dialogo collaborativo (deflazionante il rischio, se presente, d'uno ‘scollamento per insoddisfazione’ dal tessuto comunitario). Così delineandosi una fenomenica che sembra palesarsi, per l'appunto, in progressiva, articolata e “poliforme” espansione, anche in senso a-tecnico.

Un'impressione, questa che trova del resto immediata conferma già solo passando in rassegna – a volo radente – quattro esempi di declinazione della (montante) bilateralità:

- a) quello ascrivibile all'art. 7, comma II, Cost., del numero sensibile di accordi siglati tra il Governo italiano e la Santa Sede negli ultimi anni dell'attuale pontificato¹⁹ (nel solco dell'art. 1 Conc.), e della vastissima

¹⁵ V. FABIANO DI PRIMA, MARCO DELL'OGGIO, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, oggi: il consolidamento del principio della reciproca collaborazione (art. 1 Accordo di revisione concordataria). Il paradigma delle fabbricerie*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2017, p. 219 ss.; nonché in *JusOnline*, 1, 2018, p. 28 ss., (jusvitaepensiero.mediabiblos.it/allegati/pdf/jusonline_2018_1-401.pdf).

¹⁶ Cfr. la relazione presentata al Convegno CRC del 2021 da G. D'ANGELO e J. PASQUALI CERIOLO, *L'emergenza e il diritto ecclesiastico*, cit. (v. *supra*, nota n. 3).

¹⁷ V. da ultimo, ad es., J. MARTÍNEZ TORRÓN, *Reflexiones acerca de la bilateralidad de fuentes normativas sobre el derecho religioso en Europa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2023 (che estende l'osservazione, notando come “*en gran parte de Europa la bilateralidad en las relaciones entre Estado y religión es un hecho, un punto de partida ineludible*”); v. anche M. MADONNA, *Profili storici del principio pattizio nell'Italia post unitaria*, ivi, pp. 38-39, che riconferma la puntualità dell'osservazione dottrinale fatta vent'anni prima (R. BOTTA, *Dalla riforma del Concordato alla Costituzione europea: vent'anni di trasformazioni delle fonti del diritto ecclesiastico in Italia*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2004, p. 113) circa il carattere “*particolarmente dinamico*” del sistema pattizio, che “*si accresce e muta con l'evolversi del bisogno religioso dei cittadini*” (corsivo agg.); v. anche – con distinguo – A. ANGELUCCI, *La bilateralità a quarant'anni dagli Accordi di Villa Madama. Una diagnosi post Covid*, ivi, p. 142; A. ZANOTTI, *Una bilateralità in espansione: l'universo frammentato delle intese sub-concordatarie*, in *Ephemerides Juris Canonici*, 59, 2019, p. 521 ss.; P. CAVANA, *Libertà religiosa e proposte di riforma della legislazione ecclesiastica in Italia, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (statoechiese.it), n. 41/2017, p. 17.

¹⁸ M. VENTURA, *Sintesi. Trasformazioni della bilateralità nel diritto ecclesiastico*, cit., p. 318.

¹⁹ I temi interessati (v. l'indagine recente condotta da V. MARANO, *Papa Francesco e il principio di bilateralità. Note per una prima lettura*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2023, p. 282 ss.) in parte sono

contestuale ricorrenza di pattuizioni subconcordatarie datesi a livello istituzionale decentrato (soprattutto regionale/locale)²⁰: gemmazioni, queste, dell'ordito bilateralmente costituito nel 1984 a Villa Madama, suscettibile di essere esteso – giacché agile accordo-quadro – “senza limiti preordinati”²¹, nella sua attuazione;

- b) la bilateralità espressa dal canale pattizio *ex art. 8, comma III, Cost.*, che vede il superamento con le due ultime intese approvate di *steccati ermeneutici e potenziali trepidazioni* atti a frenarne, per così dire, il “moto inerziale”. Con l'esempio fornito, da una parte, dalla penultima intesa, siglata con la Soka Gakkai, che smentisce definitivamente la tesi per cui ogni rappresentanza negoziale dovrebbe esaurire il bacino della corrispondente area confessionale nel Paese²²: avendo già lo Stato anteriormente pattuito con l'U.B.I.²³ e non avendo avuto problemi a fare altret-

quelli concordatari (concernendo dunque le materie trattate dall'Accordo del 1984), come è a dirsi per l'assistenza spirituale alla Forze armate, oggetto di uno scambio di lettere in data 13 febbraio 2018, e per il riconoscimento dei titoli accademici pontifici nelle discipline ecclesiastiche, oggetto di uno scambio di Note Verbali in data 13 febbraio 2019; per altra parte, riguardano questioni diverse, che vanno dalla *Convenzione tra la Santa Sede e il Governo della Repubblica Italiana in materia fiscale* (1 aprile 2015), all'*Accordo concernente l'Ospedale Pediatrico Bambino Gesù* (giugno 2018), ovvero all'*Accordo tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede per l'applicazione della Convenzione di Lisbona sul riconoscimento dei titoli di studio relativi all'insegnamento superiore nella Regione Europea* (13 febbraio 2019), o ancora allo *Scambio di lettere tra la Santa Sede e la Repubblica Italiana circa l'ampliamento dell'Ospedale Bambino Gesù* (giugno 2019).

²⁰ Per una disamina recente, cfr. P. CAVANA, *La bilateralità nella Chiesa di papa Francesco*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2023, p. 271 ss.; A. ANGELUCCI, *La bilateralità a quarant'anni dagli Accordi di Villa Madama*, cit., p. 148 ss. Volendo, F. DI PRIMA, *Dinamiche di integrazione dell'ordinamento civile*, cit., p. 169 ss.

²¹ A. ZANOTTI, *Una bilateralità in espansione*, cit., p. 529.

²² Cfr. F. BALSAMO, *La necessità di una legge a garanzia di livelli “essenziali” di godimento del diritto di libertà religiosa per i fedeli islamici e dei culti privi di intesa*, in A. MANTINEO, S. MONTESANO (a cura di), *L'Islam, dal pregiudizio ai diritti: atti del Campus di studio IUS/11 – Stilo 18-21 maggio 2016*, Cosenza, Luigi Pellegrini, 2018, p. 247 ss.

²³ Il riferimento va all'intesa siglata con l'Unione Buddhista Italiana approvata con l. n. 245/2012 (“*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Unione Buddhista Italiana*”). Fra l'altro, ad agevolare appresso le negoziazioni con la Soka Gakkai stava l'evidenza che l'intesa testé indicata con l'U.B.I. recava (in difformità con le intese precedenti) la novità rispetto al “soggetto che si presenta quale interlocutore dello Stato” di non essere “ente esponentiale di un'unica confessione religiosa”, rappresentando l'U.B.I. “una parte, seppure la più numerosa, delle comunità e centri buddisti presenti nel territorio italiano, che sono abbastanza eterogenei in quanto legati a differenti scuole e tradizioni e svolgenti attività di diversa natura” (così A.S. MANCUSO, *L'attuazione dell'art.8.3 della Costituzione. Un bilancio dei risultati raggiunti e alcune osservazioni critiche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*statoecchiese.it*), febbraio 2010, p. 18).

tanto con una realtà – quale la Soka Gakkai – derivante da un filone della tradizione buddhista (Nichiren)²⁴. E con l'altro esempio, ricavabile invece dall'ultima intesa, quella con l'Associazione Chiesa d'Inghilterra, che esibisce l'assenza di ritrosie a negoziare con un'organizzazione religiosa soggetta a un “*foreign power*” – qual è la C.d.I. – ‘governata’ dal Sovrano del Regno Unito²⁵. Spiccando, in entrambi gli esempi, il *leitmotiv* di un approccio pragmatico da parte dell'Esecutivo italiano: idoneo, laddove attecchito, a far apparire tangibile la possibilità di intese a venire – in particolare – con altre realtà della galassia ortodossa, e con una o più espressioni della variegata orbita musulmana (per via del paradigma della SG, e sulla base del precedente della C.d.I., che – fatti i debiti distinguo – può relativizzare il tema di legami più o meno strutturati coi governi di Paesi stranieri²⁶);

c) le forme rubricate di c.d. “bilateralità diffusa”²⁷, non ancorate *stricto*

²⁴ V. l'intesa approvata con l. n. 130/2016 (“*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Istituto Buddista Italiano Soka Gakkai*”). Per approfondimenti, v. paradigmaticamente A. DE OTO, *Soka Gakkai: il buddismo di origine nipponica “conquista” l'Intesa*, in: *Quad. dir. e pol. eccl.*, 2016, 2, p. 549 ss. Va anche detto che la tesi in questione risultava già indebolita dall'evidenza della pluralità di intese siglate nel tempo con diverse realtà dell'area evangelica.

²⁵ V. il Preambolo all'intesa approvata con l. n. 240/2021 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l'Associazione «Chiesa d'Inghilterra»*). Sul punto, v. gli interventi di S. BORDONALI (*Il processo di approvazione dell'Intesa tra la Repubblica Italiana e l'Associazione Chiesa d'Inghilterra*) e S. FERRARI (*Conclusioni*) riportati nell'appendice del Quaderno monografico citato alla nota n. 11 (p. 280 ss.), nonché F. DI PRIMA, *Specificità religioso-culturali dell'intesa*, ivi, p. 180 ss.

²⁶ Accenna al tema, per talune realtà dell'orbita islamica, ad es. P. CAVANA, *Prospettive di un'intesa con le comunità islamiche in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., giugno 2016, p. 10 ss.; per l'altro versante, interessanti si pongono i distinguo (anche in chiave storico-giuridica vicina ai nostri giorni) operati per uno specifico caso da A. FABBRI, *Le chiese russofone ortodosse in Italia*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 6, 2019.

²⁷ V. di recente, M. D'ARIENZO, *Autonomia confessionale e principio di bilateralità*, in *Le intese: attualità e prospettive*, cit., p. 93 ss.; P. CONSORTI, *La bilateralità trasformata dagli infedeli. Prospettive per un dialogo religioso istituzionale*, cit., p. 203 ss.; G. CASUSCELLI, *Gli “effetti secondari” (ma non troppo) della pandemia sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Riv. telematica (www.statoechiese.it), n. 8/2021, p. 12 ss.; F. FRENI, *I “nuovi accordi” Stato-confessioni in Italia tra bilateralità necessaria e diffusa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 15/2020, p. 28 ss. Evocava già dieci anni fa M. VENTURA, *L'eredità di Villa Madama: un decalogo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 2014, p. 75, l'importanza di guardare, al contempo, alla “faccia nascosta della bilateralità diffusa, del reticolo di contatti, rapporti formali e informali, centrali e locali, in cui si esprime la vitalità della religione e della società italiana, e in cui maggiormente si avverte lo scarto tra i fermenti e i bisogni e la strumentazione disponibile, la competenza degli attori, la risposta istituzionale”. V. anche le annotazioni

sensu ai predetti disposti della Carta ed espressive dell'azione amministrativa consensuale/concertata²⁸: le quali trovano *proliferazione* vivace e capillare in “vesti *formali* fluide ed elastiche”²⁹, funzionali alla soluzione di “problemi pratici” del quotidiano dell'agire della P.A. Tra le quali spiccano negli ultimi anni le c.d. mini-Intese siglate dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP), dapprima con l'Unione delle Comunità Islamiche d'Italia (UCOII)³⁰, e poi (nel 2020)

e i distinguo operati da G. D'ANGELO, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo alla interpretazione dell'art. 117, comma 2, lett. C) della Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 180 ss. (nonché i rilievi critici di S. DOMIANELLO, *Libertà religiosa tra bilateralità necessaria, diffusa e impropria*, in A. FUCCILLO (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 44).

²⁸ F. ALICINO, *Dalla bilateralità pattizia alla bilateralità amministrativa*, in *Quaderni di Diritto e Politica ecclesiastica*, 1, 2023, p. 164 ss., dove nota come “gli spazi normativi per la legislazione unilaterale sono stati riempiti dall'iniziativa di rami specifici dell'amministrazione statale, quelli alle prese con settori contigui con i problemi pratici della libertà: settori in cui la ragione laica del diritto positivo è di fatto demandata alla quotidiana esperienza amministrativa che, non a caso, implica forme di informale o non convenzionale bilateralità, come tali diverse da quelle iscritte negli artt. 7 (cpv) e 8 (comma 3) Cost.”. Affronta nel dettaglio il tema dell'amministrazione concertata, realizzata “in forme e con strumenti diversificati”, G. CASUSCELLI, *Le fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in S. BERLINGÒ, ID. (a cura di), *Diritto ecclesiastico italiano. I fondamenti. Legge e religione nell'ordinamento e nella società d'oggi*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 83 ss., sottolineando come “provvedimenti adottati, nel quadro più ampio del pluralismo democratico, con la partecipazione (variamente articolata) degli stessi destinatari del provvedimento, in proprio o quali enti esponenziali di soggetti collettivi o delle stesse istituzioni religiose, caratterizza questo fenomeno”. Profilandosi, segnatamente, la possibilità che l'amministrazione procedente concluda accordi con gli interessati, ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990 (*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*) onde “determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”. Per le ragioni a monte che danno impulso a quest'incedere degli interventi della P.A. “in supplenza” del legislatore su diversi fronti ecclesiasticisticamente rilevanti, sia consentito il rimando all'analisi operata in F. DI PRIMA, *Giudice amministrativo e interessi religiosi collettivi. Istanze confessionali, conflitti e soluzioni giurisprudenziali*, Tricase, Libellula, 2013, p. 73 ss. Sul dato particolare delle problematicità insorgenti rispetto ai c.d. accordi integrativi (*i.e.* quelli che per l'appunto vanno a integrare gli altri atti del procedimento) e a quelli sostitutivi, in una prospettiva amministrativistica, v. D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2022, p. 351 ss.

²⁹ F. FRENI, *Soft law e sistema delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., settembre 2009, p. 4.

³⁰ Il Protocollo d'intesa siglato il 5 novembre 2015 (v. in ucoii.org/wp-content/uploads/2020/01/Protocollo-Intesa-DAP.pdf), come rileva M. D'ARIENZO, *Le nuove forme della negoziazione bilaterale Stato-Confessioni religiose nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., p. 242, è stato “sperimentato limitatamente ad otto comunità carcerarie”. Appresso, il 5 giugno 2020 l'accordo

con la Confederazione Islamica Italiana³¹. Dove la ponderazione di plurime istanze securitarie (e di osservanza delle regole³²) tramite questi moduli trova agile contemperamento onde sovvenire ad esigenze di soccorso spirituale dei detenuti (regolando l'accesso negli istituti di pena di personale "qualificato e adeguatamente preparato"³³): così rispondendo ad istanze d'ordine pratico – coinvolgenti diritti basilari – avvertite da entità confessionali "del terzo tipo", prive cioè sia d'intesa ex art. 8, comma III³⁴, sia del riconoscimento/accreditamento istituzionale previsto dalla l. n. 1159/1929³⁵;

è stato rinnovato ed esteso a tutte le strutture carcerarie italiane. Cfr. <https://ucoii.org/2020/06/05/carceri-lucoii-sigla-il-rinnovo-del-protocollo-con-il-dap-del-ministero-della-giustizia/>. Sul protocollo, v. S. ANGELETTI, *L'accesso dei ministri di culto islamici negli istituti di detenzione, tra antichi problemi e prospettive di riforma. L'esperienza del Protocollo tra Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria e UCOII*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Riv. telematica (sta-toechiese.it), n. 24/2018; V. FRONZONI, *L'islam nel circuito penitenziario e la prevenzione della radicalizzazione violenta e del proselitismo. Profili comparatistici*, in *Diritto e Religioni*, 2, 2016, p. 290 ss.; A. FABBRI, *L'assistenza spirituale ai detenuti musulmani negli istituti di prevenzione e di pena e il modello del protocollo d'intesa: prime analisi*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3, 2015, p. 71 ss.

³¹ V. F. ALICINO, *Constitutional Democracy and Islam*, London-New York, Routledge, 2023, p. 167.

³² Espresse in particolare dall'art. 2 del d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, *Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*. Si nota, incidentalmente, come l'art. 26 dello stesso regolamento prevede che nella cartella personale del detenuto/internato venga indicata la religione di appartenenza, qualora espressa. A. FABBRI, *L'esercizio della libertà religiosa in carcere, tra garanzie di sicurezza e finalità rieducative: l'esperienza islamica*, in *Democrazia e Sicurezza*, 3, 2021, p. 99, al riguardo rileva come "la procedura di rilievo del credo di appartenenza, di competenza dell'ufficio matricola, presenta finalità statistiche e pratiche. Infatti, l'indicazione acquisita permette alla direzione di valutare eventuali incompatibilità con altre persone detenute, nell'uso degli spazi e nello svolgimento dei diversi servizi e di organizzare al meglio altre esigenze (come il vitto, l'esposizione di simboli in cella o l'uso di particolare vestiario) legate alla religione".

³³ M. D'ARIENZO, *Le nuove forme della negoziazione bilaterale*, cit., p. 243.

³⁴ A. FABBRI, *L'esercizio della libertà religiosa*, cit., p. 100, rimarca la differenza di condizione scaturente in tema tra le Confessioni recanti intesa (e connessa legge di approvazione), e quelle che invece ne sono prive. Mentre per le prime, trovando applicazione le disposizioni ivi indicate, "ordinariamente" è previsto che vi stia un elenco compilato dalla confessione con i nomi di coloro che per la stessa sono ministri di culto, fornito al Ministero dell'interno, e via via aggiornato, senza che siano richieste particolari autorizzazioni per l'entrata negli istituti (pur se "i ministri indicati non sono presenti stabilmente negli istituti e la loro presenza avviene su richiesta avanzata dal detenuto"); per le confessioni senza intesa, invece, vale la regola generale che i ministri della stessa possono aver accesso nello stabile solo avendo "ricevuto un nulla osta *ad personam* rilasciato dall'Ufficio Politiche dei culti e relazioni esterne del Ministero dell'interno" (cfr. art. 58 Reg. cit.).

³⁵ Sul punto, cfr. F. DI PRIMA, *Il faticoso tragitto verso l'accreditamento istituzionale basato sul-*

- d) le forme ancor più recenti ed inedite di *informali* prassi operative di tipo dialogico, talvolta germinate direttamente dal summentovato canale, miranti a rappresentare e far convergere – nei limiti del possibile – le istanze dei due Ordini rispetto a procedimenti che strutturalmente o normativamente figurano uno spazio rarefatto per l'incontro delle relative “posizioni”. Col plastico esempio fornito di recente da una duplice, positiva esperienza. Da una parte, quella del *Gruppo di lavoro* costituito presso il Ministero dell'Interno, in ottemperanza ad uno degli impegni assunti in un Patto nazionale siglato nel 2017 con nove organizzazioni islamiche³⁶, ossia fornire un supporto nella (ri)definizione degli statuti associativi in senso congruente con la l. n. 1159/1929³⁷, e con i requisiti

la L. 1159/1929, tra istanze identitarie, ordine pubblico e prassi amministrativa: i casi paradigmatici della Coreis, dell'Ass. Sikhismo Religione Italia e del Sikh Gurdwara Parbandhak Committee Italy, in *Il Diritto ecclesiastico*, 3, 2023, p. 570 ss. (ove si traccia un bilancio a dieci anni di distanza della disamina già compiuta in ID., *Le Confessioni religiose “del terzo tipo” nell'arena pubblica nazionale: problemi, dinamiche e tendenze operative*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2014, p. 121 ss. Sul tema del riconoscimento speciale e del rilievo conferitovi per via del diritto giurisprudenziale prodotto in sede consultiva dal Consiglio di Stato e delle prassi seguite dall'amministrazione di vertice, v. più di recente, M. D'ARIENZO, *Gli enti delle confessioni religiose diverse dalla cattolica. Il dialogo istituzionale e la prassi amministrativa*, in A. FUCCILLO, L. DECIMO (a cura di), *Gli enti religiosi, tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 27-36; A. PEREGO, *Il riconoscimento civile degli istituti dei culti diversi dalla religione cattolica nella sua attuazione pratica*, in *Il diritto ecclesiastico*, 3-4, 2020, p. 467 ss.

³⁶ Evocato espressamente nel recente parere del 10 maggio 2023, n. 687, reso dal Consiglio di Stato, favorevole al riconoscimento dell'UCOII (Unione delle Comunità Islamiche Italiana). V. il *Patto nazionale per un Islam italiano. Dal riconoscimento formale alla formalità del diritto* (https://www.interno.gov.it/sites/default/files/pubblicazione_patto_islam.pdf). Sul documento (recepito dal Ministro dell'interno), redatto con la collaborazione del *Consiglio per i rapporti con l'Islam italiano* (organismo tecnico di consulenza al Ministro, istituito nel 2015, per le questioni inerenti alla presenza musulmana in Italia), cfr. F. ALICINO, *Constitutional Democracy and Islam*, cit., p. 166 ss.; A. FABBRI, *Il Patto Nazionale per un Islam italiano come condizione preliminare per la stipula di intese con l'Islam, le fasi costitutive*, in *Federalismi.it*, Rivista telematica (federalismi.it), 10, 2017.

³⁷ Come riporta il terzo *Rapporto* sul tema elaborato dal *Consiglio per i rapporti con l'Islam italiano* dopo la sigla del Patto, recante titolo *Dal riconoscimento informale alla formalità del diritto. Prospettive dopo l'approvazione del Patto nazionale per un Islam italiano* (v. in MINISTERO DELL'INTERNO, *I documenti del Consiglio per le Relazioni con l'Islam italiano. Patto nazionale per un Islam italiano. Dal riconoscimento informale alla formalità del diritto*, Roma, 2017, p. 85): «in ragione dell'urgenza di misure atte a integrare riconoscimenti “informali” e “formali” nel quadro delle norme costituzionali e a coinvolgere concretamente in un dialogo istituzionale le associazioni islamiche firmatarie del Patto», il Consiglio suggeriva “l'apertura presso il Ministero dell'interno di un Gruppo di lavoro preliminare per l'intesa aperta a queste ultime associazioni ed al quale (partecipasse) formalmente anche una rappresentanza del Servizio per i rapporti con le confessioni religiose e per le relazioni istituzionali della Presidenza del Consiglio».

focalizzati “nomopoieticamente” in via interpretativa dal Consiglio di Stato³⁸: con l’auspicio di raggiungere, tramite quest’apporto ridefinitorio, l’ambito traguardo del passaggio alla tipologia di confessione recante riconoscimento (essendo per prassi ministeriale radicata, viatico indefettibile per iniziare le trattative in vista dell’intesa). E d’altra parte, il *tavolo di previa concertazione* presso l’Amministrazione di vertice con un’associazione Sikh, parimenti desiderosa di tagliare quel traguardo ma trovatasi a un certo punto la “strada sbarrata”, per la configurazione *ex parte Status* fornita della previsione del porto (religiosamente obbligatorio) del kirpan/spada cerimoniale come condotta penalmente rilevante³⁹. Ostacolo, questo, bypassato proprio grazie alla soluzione scaturita durante detto informale momento dialogico, ovvero sia l’opportunità di adottare un “prototipo” certificato (dall’attestazione del Banco Nazionale di Prova) come inidoneo a recare offesa alla persona: con la nota a margine che la marca ufficiosa del tavolo è tale che latita quasi-

³⁸ Rispetto ai quali si rimanda ai lavori citati *supra*, alla nota n. 33.

³⁹ V. in particolare l’art. 4, comma 2, l. n. 110/1975) che vieta di portare armi da taglio a meno che vi sia un giustificato motivo. Si è esaminata la vicenda in F. DI PRIMA, *Il faticoso tragitto*, cit., p. 586 ss. Quanto ai pronunciamenti relativi al tema del porto del Kirpan, v. anzitutto quelli della Cassazione penale del 25 febbraio 2016, n. 25163, e quella del 1 marzo 2016, n. 24739 sui quali si rimanda esemplificativamente al commento di A. LICASTRO, *Il motivo religioso non giustifica il porto fuori dell’abitazione del kirpan da parte del fedele sikh (considerazioni in margine alle sentenze n. 24739 e n. 25163 del 2016 della Cassazione penale)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., 1, 2017, e ai riferimenti bibliografici ivi contenuti). L’anno seguente sullo stesso tema, la Cassazione, confermando i previ assunti e irrigidendo il parametro argomentativo di fondo, ha reso un arresto (Cass. pen., sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084), oggetto di numerosi commenti: a titolo esemplificativo, v. A. RUGGERI, *La questione del kirpan quale banco di prova del possibile incontro (e non dell’inevitabile scontro) tra le culture, nella cornice del pluralismo costituzionale (a margine di Cass., I sez. pen., n. 24084 del 2017)*, in *Consultaonline*, 2, 2017, p. 310 ss.; F. BASILE, M. GIANNOCOLI, *Il coltello ‘kirpan’, i valori occidentali e gli arcipelaghi culturali confliggenti. A proposito di una recente sentenza della Cassazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2017; C. CARDIA, *Sovranismo valoriale no. Interculturalità, principi, diritti umani*, in *Avvenire*, 20 maggio 2017; A. LICASTRO, *La «sfida» del kirpan ai «valori occidentali» nelle reazioni della dottrina alla pronunzia della Cassazione penale*, Sez. I, 15 maggio 2017, n. 24084, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3, 2017, p. 983 ss.; G. MACRÌ, *Cosa minaccia la società pluralista? C’è ben altro oltre il kirpan*, in *Iacostituzione.info* (Iacostituzione.info), 20 maggio 2017; M. INTROVIGNE, *Kirpan o no? La Cassazione censura la libertà religiosa, ecco perché*, in *ilsussidiario.net*, 16 maggio 2017; A. NEGRI, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e ‘valori del mondo occidentale’*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 luglio 2017. Sullo stesso tema, infine, due anni dopo, si segnala l’ordinanza della Cassazione 18 aprile 2019, n. 16917, che ribadisce le soluzioni adottate nelle precedenti pronunce (quanto ai pronunciamenti delle Corti di merito, ve ne sono diversi, tra cui ad es. Trib. Cremona, 19 febbraio 2009; Trib. Mantova, 10 dicembre 2014 e 5 febbraio 2015; Trib. Piacenza, 24 novembre 2014).

voglia evidenza formale (sovengono infatti le testimonianze raccolte dalla dottrina⁴⁰), salvi i generici cenni ad un processo di interlocuzione fatti dal Consiglio di Stato nel parere (n. 1685/2021) infine favorevole al riconoscimento⁴¹.

3. *Dinamismi della bilateralità: le luci (il verso anti-standardizzante a pro della Repubblica e delle comunità di fede; l'allargamento degli orizzonti del diritto ecclesiastico) ...*

I riferimenti al crescente dato quantitativo degli episodi di bilateralità (costituzionalmente regolata; concertata/amministrativa; dialogico-informale) prima riportati, con le allegate esemplificazioni, già in una prima e sommaria approssimazione parrebbero suggerire non solo l'affermazione di un *trend*, su più livelli, ma anche – soprattutto – di un (correlato) verso assunto dalle istituzioni di progressivo smarcamento dal vizio forse peggiore che può conoscere, e che nel concreto in parte ha conosciuto, la bilateralità apicale: la standardizzazione dei suoi contenuti.

In premessa, è pur vero che resta sempre puntuale l'acuta osservazione dottrinale che si tratta di strumenti normativi (Concordati; Intese) essenzialmente concepiti per rispondere ad esigenze pratiche⁴²; e che la “praticità” latamente intesa potrebbe, pertanto, assecondare il ricalco almeno parziale del ‘già fatto’, e dunque del ‘diritto già prodotto’ in precedenti sedi pattizie, perché quest'ultimo volta per volta si trova *anche* a rispondere a esigenze simili/ricorrenti.

Tuttavia, al di là di quest'area di bilateralità “a tasso zero”, legata ad esigenze consimilmente avvertite da pressoché tutte le Confessioni, per il restante spazio d'intervento quella standardizzazione andrebbe comunque evitata⁴³, per una ragione di ‘sistema’, o se si preferisce di tutela del-

⁴⁰ V. P. NASO, *I sikh 'calvinisti' in Val Padana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 13/2021, p. 173 ss.; C. CIANITTO, I. VALENZI, *La lunga strada verso il riconoscimento giuridico*, in K. CARNÀ (a cura di), *Sikhismo*, Roma, Com Nuovi Tempi, 2022, p. 31 ss.

⁴¹ Cenni atti a ricavarne l'importanza nello sciogliere alcune riserve mosse dall'Amministrazione di vertice all'idea del riconoscimento speciale ex l. n. 1159/1929 del sodalizio Sikh.

⁴² G. CATALANO, *I nuovi accordi con le confessioni religiose*, in Id., *Scritti minori*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, vol. II, p. 1169 ss.

⁴³ Anche al netto del puntuale rilievo di M. VENTURA, *Le intese “originali”*, in *Le intese: attualità e prospettive*, cit., p. 68 ss., secondo cui ad una compiuta osservazione descrittiva possono notarsi taluni elementi di “originalità” (più o meno) emergenti nelle intese sinora siglate (anche relativi ai relativi previ processi di negoziazione).

l'identità costituzionale italiana (cui può raccordarsi la cifra nazionale in essa insita, cui si riferisce l'art. 4, par. 2, TUE⁴⁴).

E cioè, se è intuibile anche ai non addetti ai lavori che sia un bene per ciascun contraente confessionale evitare l'insorgenza di un segmento di regolazione pattizia in pratica non effettivamente pattuito, giacché (in sostanza) propostogli a prescindere dalle sue esigenze *ad hoc*, quasi “per adesione” (ricalcando per l'appunto il pregresso), è meno immediato cogliere che quell'andazzo nuoce anzitutto al sistema repubblicano e al suo inveramento, e dunque – nel senso descritto in apertura – al suo costituzionale “fare giustizia”.

Un inveramento che parte dalla cesura operata nel '48 con le nozioni esclusiviste (e d'intransigente dominio dell'esistente) radicate nel pregresso regime; e che si sviluppa nell'adozione di un'indole pluralista *ex parte Status*, corroborata – si direbbe curiosamente – proprio dalla volontà di metabolizzare la fine del suo voler essere dominatore/unico detentore del ‘politico’, e proclamare l'inizio del suo voler essere “*societas imperfecta*”, comunità politica “non più autosufficiente”⁴⁵, che accetta e vidima il dato di realtà che non tutto l'esistente può rientrare nella sua sovranità⁴⁶.

In generale, ciò comporta un naturale, fisiologico aprirsi ad un positivo riconoscimento dell'apporto costruttivo che possono fornire «altre sovra-

⁴⁴ Previsione che, com'è noto, impegna al rispetto dell'“*identità nazionale*” degli Stati membri “*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*”. Osserva A. LICASTRO, *Unione europea e «status» delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 39, come sia indubbio “che nel costituzionalismo moderno, sia le garanzie dei diritti riguardanti le esperienze di fede”, sia “le modalità di organizzazione istituzionale dei pubblici poteri in rapporto alle diverse forme di rilevanza del fenomeno religioso”, costituiscano “tratti qualificanti della struttura fondamentale, politica e costituzionale dello Stato”. Sulla previsione, *ex pluribus*, v. M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione Europea: un nuovo concetto giuridico*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook Eur. Law*, 1/2012, p. 263 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴⁵ G. DALLA TORRE, *Considerazioni sui caratteri originali della Costituzione italiana del 1948*, in *Iustitia*, 1999, 1, p. 16 ss.

⁴⁶ Senza, almeno teoricamente, avvertire ciò come limite, trattandosi di una logica conseguenza dell'essere la Repubblica, come sintetizza P. GROSSI (nel suo *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3, 2019, p. 767 ss.) “realtà autenticamente pluralistica”, giacché “proiezione socio-politico-giuridica di una comunità che esprime”, già di suo “la propria complessità sociale e, di conseguenza, anche la propria complessità giuridica”.

nità» (non statuali) in determinati settori della comunità, sulla base delle diverse e specifiche competenze soggettive/materiali, a beneficio anzitutto delle esigenze basilari della *persona*⁴⁷.

Nello specifico degli apporti qui in esame, poi, questa nuova “attitudine” implica un’apertura *di default* all’integrazione etero-normativa confessionale. Un’apertura che si traduce – a ben vedere – nel profilarsi di un’area di giuridicità ‘distinta’ che *appartiene già all’orizzonte assiologico ordinamentale italiano*, semplicemente perché il sistema ne abbisogna, avendolo prefigurato pur genericamente fin da tutto principio tramite la delineazione di ambiti di potestà normativa “concorrente” serventi specifici profili di libertà religiosa (riverberantisi a vantaggio della persona credente)⁴⁸.

Conseguendone che il rimando effettuato volta per volta dalla legislazione pattizia a principi e norme confessionali non fa (o meglio, non dovrebbe fare altro che) disegnare più nettamente i contorni di un riconoscimento già datosi (e affermato) a livello generale/costituzionale, in vista dei predetti fini di ‘servizio’.

Da qui l’osservazione di tipo quasi algebrico: meno il momento della dialettica interordinamentale approda a risultati effettivamente disegnati sulle specificità delle Confessioni e dei loro plessi normativi, più si allontana (e si frustra) l’originario intento di rendere loro, tramite gli accordi, i “giusti” spazi di contribuzione giuridica.

Appaiono dunque apprezzabili, in tal senso, per stare al concreto dipanarsi dell’alveo segnato dagli artt. 7, comma II, e 8, comma III, Cost., gli spunti da ultimo rinvenibili che paiono dire di una maggiore spinta nella ricerca degli effettivi contorni di questi spazi.

Per trovare un esempio specifico, pare potersi riferire al radicamento della garanzia pattizia del segreto confessionale⁴⁹ (che rafforza quella di conio unilaterale), riscontrabile dapprima solo nell’Accordo Madamense⁵⁰

⁴⁷ P. LILLO, *Matrimonio canonico e giurisdizione dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2, 2002, p. 1125 ss.

⁴⁸ Si è affrontato più diffusamente il tema in F. DI PRIMA, *Dinamiche di integrazione*, cit., p. 178 ss.

⁴⁹ Per un recente approfondimento del tema, cfr. M. FERRANTE, *Religious confession privilege in Italy*, in M. HLL, A.K. THOMPSON, *Religious Confession and Evidential Privilege in the 21st Century*, Cleveland, Queensland, Connor Court Publishing-Shepherd Street Press, 2021, p. 117 ss.; anteriormente, v. D. MILANI, *Segreto, libertà religiosa e autonomia confessionale. La protezione delle comunicazioni tra ministro di culto e fedele*, Lugano, EUPRESS, 2008.

⁵⁰ Accordo di revisione del Concordato (sottoscritto il 18 febbraio 1984 e reso esecutivo con l. n. 121/1985) art. 4, n. 4: “Gli ecclesiastici non sono tenuti a dare a magistrati o ad altra autorità informazioni su persone o materie di cui siano venuti a conoscenza per ragione del loro ministero”.

e in due delle ‘prime’ Intese (con l’UCEI⁵¹; con la CELI⁵²), e che più tardi si ritrova invece in tutte le intese approvate a partire dal 2012: come segnale di un’incrementata attenzione verso i diritti religiosi, anzitutto nella componente relativa ai profili di riservatezza dell’attività ministeriale⁵³.

A proposito delle intese approvate dal 2012 in poi, balza altresì all’oc-

⁵¹ Cfr. l’art. 3, l. n. 101/1989 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e l’Unione delle comunità ebraiche italiane*), ove si legge, rispetto ai “ministri di culto nominati dalle Comunità e dall’Unione a norma dello Statuto dell’ebraismo italiano”, come essi non siano “tenuti a dare a magistrati o altre autorità informazioni su persone o materie di cui siano venuti a conoscenza per ragione del loro ministero”. Per il vero, la previsione in parola costituisce una di quelle clausole “della religione più favorita”, che ricalcano quelle contemplate nell’Accordo di Villa Madama. Che si tratti di una clausola del tipo indicato, inserita cioè mutuando una formula disegnata per i ministri di culto cattolici, lo mostra altresì – a parte la redazione della norma affine a quella dell’Accordo – l’autorevole valutazione di chi la ritiene faticosamente applicabile ai rabbini per la peculiarità del ruolo istituzionale da essi rivestito in seno al gruppo confessionale di appartenenza; e segnatamente, per la difficoltà di riferire a tale condizione giuridica nozioni, quali quella di ministero “non conciliabili per intero e fino in fondo con i tratti più tipici che ne caratterizzano l’autentica concezione ecclesiologica” (così A. LICASTRO, *I ministri di culto nell’ordinamento giuridico italiano*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 687 ss.).

⁵² L’art. 4, comma III, della l. n. 520/1995 (*Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e la Chiesa Evangelica Luterana in Italia*) riconosce ai ministri di culto – pastori e laici – nominati dalla CELI e dalle sue Comunità “il diritto di mantenere il segreto d’ufficio su quanto appreso nello svolgimento del proprio ministero”. A spiegare, in parte, il fatto che solo in quest’intesa della “prima stagione” con una realtà dell’alveo protestante ricorra la clausola in parola sta un elemento di non poco momento, che trova la sua premessa nel dato che l’elettivo oggetto di tutela dell’“archetipo” madamense è rappresentato dall’inviolabilità del sigillo sacramentale che circonda la *confessione*. Orbene, data questa premessa, non sembra indifferente il fatto che quest’ultima appaia particolarmente sentita nel pensiero di Lutero, figurandola quale “rito quasi sacramentale” (come nota G. LONG, *Ordinamenti giuridici delle chiese protestanti*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 111). Purtuttavia, è pur vero che “di norma nella liturgia protestante esiste” comunque “un momento del culto” dedicatovi (G. LONG, *Ordinamenti*, cit., p. 112): dunque non mancando una specificità potenzialmente atta a ricevere la protezione in parola in altre intese con realtà di quell’orbita.

⁵³ Colpisce, peraltro, che la formulazione adoperata nell’intesa siglata con l’Unione Induista Italiana (approvata con la l. n. 246/2012) ed in quella stipulata con l’Unione Buddhista Italiana (approvata con la l. n. 145/2012), allarghi inoltre il campo della garanzia, riconoscendo il diritto a mantenere il segreto d’ufficio (non su quanto appreso “in ragione del ministero”, bensì) nello svolgimento “della funzione”: così da sovvenire alla peculiarità propria degli ambiti d’azione spirituale e/o culturale di figure altrettanto peculiari, proprie delle due realtà confessionali, come quella, rispettivamente, dello *swami* o del maestro di *dharmā*. A proposito del primo, peraltro, esso viene evocato nell’art. 26 dello Statuto allegato all’Intesa con l’UII, che contempla (oltre alla figura del *pandit*, colui che officia i riti, che può essere anche laico) lo contempla, indicandolo come “il signore di sé” (appellativo riservato ai guru, ai maestri spirituali e di ascetica; v. R. BENIGNI, *L’Intesa con l’Unione Induista Italiana Santana Dharma Samgha*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2007, p. 413 ss.).

chio – ad un’osservazione più attenta – un altro elemento che pare rivelatore della predetta attenzione: ossia la ricerca tendenziale (favorita dall’apporto tecnico “istruttorio” dell’Amministrazione di vertice⁵⁴) di una più “profonda e realistica comprensione delle dinamiche universalistiche” delle religioni⁵⁵ e, alla luce di ciò, del loro modo d’intendere una vita conforme alle norme religiose. Con una prospettiva, dunque, che guarda non solo alla soggettività per come inserita nell’“ecosistema nazionale” ma anche come realtà presente nel mondo⁵⁶: come pare di scorgere ad es. nel caso degli orditi pattizi degli hindu, dei mormoni e vieppiù degli anglicani.

E a tale ultimo riguardo, colpisce, ad es., ritrovare nelle prese d’atto della Repubblica rinvenibili nel Preambolo dell’Intesa con la Chiesa d’Inghilterra (oltre a quella già ricordata circa il *nesso unico* di essa col Trono, e dunque con la storia, la tradizione e l’identità di una nazione⁵⁷, altresì)

⁵⁴ Emerge una complementarietà dell’azione governativa negoziante col ruolo disegnato dal d.lgs. n. 300/1999 (e confermato dal d.p.c.m. n. 78/2019, art. 5, comma I, lett. e) per l’Amministrazione ministeriale, di previa interazione con le Confessioni istanti, specie sul versante “tipizzato” della “*tutela dei diritti delle confessioni religiose*” (v. G.M.R. IURATO, *La Direzione Centrale degli Affari dei Culti nel contesto del nuovo pluralismo religioso, in 1929-2019 Novant’anni di rapporti tra Stato e confessioni religiose. Attualità e prospettive*, cit., p. 142).

⁵⁵ A. FERRARI, *Agenda 2020: dove va l’islam italiano?*, in *Oasis*, 2020.

⁵⁶ Coi suoi retaggi, i codici di condotta e “le proiezioni antropologico-culturali” (M. RICCA, *Una modesta proposta. Intese estese e libertà d’intendersi*, in *Calumet – intercultural law and humanities review*, 2016).

⁵⁷ Sulle connotazioni e le ricadute di questo “specialissimo abbraccio” tra il Trono e la Chiesa anglicana ci si sofferma nel lavoro “*Specificità religioso-culturali dell’intesa*”, in *Le intese: attualità e prospettive*, cit., p. 180 ss. Ben note sono, ad ogni modo, le relative premesse storico-giuridiche, con la risoluzione di Enrico VIII che (mediante diversi atti approvati dal Parlamento, ma soprattutto l’*Act of Supremacy*) sancisce cinque secoli fa la rottura con Roma creando un’entità indipendente funzionale al “proprio progetto politico di un regno inglese autonomo, libero da qualsiasi ingerenza straniera” (C. CIANITTO, *La proposta di riforma della legge matrimoniale in Inghilterra e Galles. Una sfida multiculturale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2021, p. 406); e con le susseguenti delineazioni datesi durante il regno della figlia Elisabetta (tra cui il passaggio al più calibrato titolo di “Supreme Governor”, anziché “Supreme Head”) nel segno di un’esperienza ecclesiale e religiosa “assolutamente peculiare”. Il dato della “unicità” del nesso creatosi viene posto in luce, ad es., da M. HILL, R. SANDBERG, N. DOE, *Religion and Law in the United Kingdom*, Alphen van den Rijn, Wolters Kluwer, 2011, p. 29, i quali la inquadrano quale “*unique relationship*”: il primo dei detti Autori, peraltro, nel suo *Ecclesiastical Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 11, specifica il concetto individuandovi una “*discernible unity*”. Sul punto, v. da ultimo J. GARCÍA OLIVA, H. HALL, *Religion, Law and the Constitution: Balancing Beliefs in Britain*, London, Routledge, 2018. Sulle surriferite premesse storico-giuridiche, tra i molti riferimenti bibliografici, v. G. PATRIARCHI, *La Riforma anglicana. Storia ed evoluzione della Chiesa d’Inghilterra e della Comunione anglicana*, Torino, Claudiana, 2006, p. 11 ss.; nonché R. REX, *Henry VIII and the English reformation*, London, Palgrave

un inusuale riferimento a un Testo sacro (l'Evangelo) inquadrato come ineludibile *starting point* funzionale allo svolgersi della *sua missione nel mondo*. Per non dire degli aspetti che nel corpo dell'intesa paiono parimenti ricollegabili a questa più insistita attenzione al *proprium* confessionale: a) l'iper-amplificazione delle modalità/possibilità di assistenza spirituale a vantaggio di fedeli trovantisi in luoghi/frangenti dove ciò potrebbe risultare complesso⁵⁸; e b) la rilevanza data dalla C.d.I. al matrimonio religio-

Macmillan, 2006; H. CHADWIK, *La continuità della Chiesa d'Inghilterra e l'Atto di Supremazia del 1534*, in C. ALZATI (a cura di), *L'anglicanesimo. Dalla Chiesa d'Inghilterra alla Comunione Anglicana*, Genova, Marietti, 1992, p. 43 ss.; G. ALBERIGO, *L'Atto di Supremazia del 1534 nel contesto dell'ecclesiologia del tempo*, ivi, p. 62 ss.; ma v. anche di recente, in una prospettiva attenta al dato tecnico-giuridico che introduce lo scisma anglicano, M. FERRANTE, *Due matrimoni alle origini dello scisma anglicano? in Stato, Chiese, pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*statoechiese.it*), n. 9/2018). A tale riguardo, per un altrettanto recente ricapitolazione dei numerosi provvedimenti legislativi che portano a maturazione lo scisma, v. R. GRANATA, *La disciplina del fattore religioso nella Church of England: prospettive di inclusivismo costituzionale*, in *Stato, Chiese, pluralismo confessionale*. Rivista telematica (*statoechiese.it*), n. 19/2022, p. 56, nota n. 14.

⁵⁸ L'inedita formulazione tranchant di apertura dell'articolo in materia, prevede a vantaggio del fedele anglicano che si trovi in strutture segreganti (per via della "appartenenza alle Forze armate, alle Forze di polizia o ad altri servizi assimilati", o della "degenza in strutture sanitarie, socio-sanitarie e sociali", o ancora della permanenza in "istituti penitenziari") un caveat rivolto alle competenti autorità civili dal tenore omnicomprensivo, e cioè questa condizione non può dar luogo "ad alcun impedimento in ordine alla fruizione dell'assistenza spirituale" (l. n. 240/2021, art. 4, comma I). Con ciò non auspicandosi, in termini realistici, di promuovere sol per questo un'attuazione maggiormente puntuale, rispetto a quanto accade nella corrispondente area di soccorso regolata dalle norme concordatarie (che in ogni caso fa storia a sé, per la notoria singolare *ratio* e strutturazione) e da quelle dell'Intesa ebraica (figurante anch'essa profili originali rispetto alle altre intese). Bensì, piuttosto, superando la formulazione ivi coniata (e poi "standardizzata") che circoscrive la portata impeditiva del caveat all'"esercizio della libertà religiosa" e all'adempimento di pratiche culturali, lanciare un segnale, correlato alla posizione della norma dell'ordinamento, di una necessità di soccorso spirituale particolarmente avvertita. In filigrana, la disposizione riverbera la memoria di difficoltà e traversie conosciute in Italia da quei fedeli in diversa epoca, e poi ai nostri giorni prima dell'Intesa, per ricevere ausilio spirituale. Con l'esempio – relativo all'800 – di quelli che vivevano in Sicilia, costretti a recarsi a Malta o a Napoli per poter trovare un cappellano per battezzare un nuovo nato o per sposarsi; con l'alternativa di confidare che prima o poi ne arrivasse uno di passaggio a bordo di navi per lo più militari (col caso significativo di uno dei due maggiori patrocinatori e sostenitori finanziari della costruzione della chiesa palermitana "Holy Cross", Joseph Whitaker, i cui 12 figli vengono battezzati tra il 1839 e il 1860 da ben 11 diversi cappellani). E con la testimonianza, per i tempi a noi più vicini, del Segretario Generale dell'Associazione Chiesa d'Inghilterra, che a dar impulso al percorso per giungere al risultato dell'Intesa fu il verificarsi di un problema concernente sempre un ministro di culto, quando nel 2006 l'appena nominato cappellano della suddetta chiesa palermitana, che necessitava di un visto – in quanto canadese – per risiedere in Italia, a fronte dell'ancora mancante riconoscimento legale/formale da parte della Repubblica italiana della Chiesa d'Inghilterra come "ente morale" ai sensi della l. n. 1159, non riuscì a ottene-

so/anglicano⁵⁹, disciplinato – pur se solo rispetto al profilo della celebrazione – con le proprie norme⁶⁰, e di cui possono avvalersi i fedeli in Italia provenienti da varie parti del mondo (anzitutto dalle Isole britanniche, ma anche dalle nazioni del Commonwealth e da altri Paesi – tra cui quelli africani⁶¹ – che conoscono una significativa presenza dell'anglicanesimo nelle sue varie declinazioni) senza necessariamente curarsi delle problematiche della rilevanza civile. Con la controprova della previsione pattizia per cui l'efficacia civile del matrimonio “non vincola né induce” a farvi ricorso⁶², serbando intatta «la facoltà di celebrare e sciogliere matrimoni religiosi, senza alcun effetto o rilevanza civile»⁶³.

Per quanto con minore vividezza, poi, questo verso contro-standar-dizzante pare effondersi anche agli ambiti della bilateralità “non apicale”.

In tal senso, rispetto all'evocato duplice fronte della bilateralità amministrativa e dell'informale *dialogicità*, per limitarsi ad un esemplificazione, merita altresì segnalazione il riferimento fatto *espressamente* dal Consiglio di Stato a pattuizioni (e ad occasioni d'interazione consultiva) poste a livello ministeriale, in recenti pareri favorevoli resi per il riconoscimento di importanti presenze confessionali (l'ultimo è pervenuto quest'anno, a favore dell'UCOII⁶⁴); come pure va sottolineata l'*implicita* indicazione del Colle-

re quanto auspicato, e cioè il visto permanente per motivi religiosi (sul punto v. F. DI PRIMA, *op. ult. cit.*, p. 190 ss.).

⁵⁹ Rispetto al quale sia consentito il richiamo (oltre al lavoro citato nella nota precedente, p. 187 ss.) a F. DI PRIMA, *Matrimonio e Chiesa d'Inghilterra oggi*, in O. FUMAGALLI CARULLI, A. SAM-MASSIMO (a cura di), *Matrimonio e famiglia di fronte al Sinodo. Il punto di vista dei giuristi*, Milano, Vita e Pensiero, 2015, p. 186 ss. (v. anche in *JusOnline*, 2, 2015).

⁶⁰ Cui peraltro rimanda lo statuto dell'Ass. “Chiesa d'Inghilterra” (*i.e.* del sodalizio riconosciuto ai sensi della l. n. 1159/1929 costituente la veste giuridica assunta in Italia dalla Chiesa anglicana inglese) che in tal senso opera un raccordo/ponte con quel peculiare ordinamento.

⁶¹ V. A. MCKINNON, *Demography of Anglicans in Sub-Saharan Africa: Estimating the Population of Anglicans in Kenya, Nigeria, South Africa, Tanzania and Uganda*, in *Journal of Anglican Studies*, 1, 2020, p. 42 ss.

⁶² A. TIRA, *La Chiesa d'Inghilterra in Italia: profili storici e attuale condizione giuridica*, in *Diritto e religione*, 1, 2020, p. 155.

⁶³ L. n. 241/2012, art. 18, par. 11. Sul punto, v. M. FERRANTE, *La facoltà prevista dall'Intesa di celebrare e sciogliere solo matrimoni religiosi*, in *Le intese: attualità e prospettive*, cit., p. 198 ss.; A.S. MANCUSO, *Brevi cenni sulla disciplina del matrimonio nell'Intesa con la Chiesa d'Inghilterra*, *ivi*, p. 213 ss.

⁶⁴ Ossia l'Unione delle Comunità Islamiche Italiane: realtà rappresentativa di un segmento consistente dell'Islam italiano, anzitutto per numeri e centri aderenti, come rileva S. ANGELETTI, *L'accesso dei ministri di culto islamici*, cit., p. 19, rimandando sul punto all'ampia e articolata indagine condotta da R. BENIGNI, *Le organizzazioni musulmane a dimensione nazionale. Assetto*

gio, che le focalizzazioni agevolate da queste interazioni aiutano l'operatore del diritto a *relativizzare* gli spunti 'polizieschi' dello strumentario normativo del '29: evidenziandone l'incongruità di un uso (di questo) foriero di limitazioni *anche mediate* della libertà culturale, anzitutto per il nesso sussistente tra quest'ultima e il presidio della specificità identitaria interessata⁶⁵ (che in quella stessa sfera libertaria trova riparo).

Segnali, questi, che paiono confermare la lungimiranza dell'osservazione fatta da uno studioso particolarmente attento alla condizione delle minoranze nel fiorire della stagione delle intese, G. Peyrot⁶⁶, per cui se il momento pattizio segna e guida gli ambiti istituzionali della dimensione pubblica, è la burocrazia in essa chiamata a dover anzitutto prendere coscienza delle "realtà *oggettive* delle confessioni religiose" e dei "loro rapporti"⁶⁷.

La possibilità di non considerare smentito oggi questo rilievo, pare permettere di reputare il bilancio della bilateralità italiana – sotto gli aspetti sin qui considerati – per certi versi confortante, almeno stando al punto nevralgico dell'attuazione del dettato costituzionale (anche tenendo presenti i riverberi sui livelli amministrativi e dialogico-informali). Ritrovandosi perlomeno un obiettivo raggiunto, qual è il suo uso atto a sostenere pluralisticamente – in termini anche pratici, pensando alle forme di sostegno economico pubblico introdotto dalle intese⁶⁸ – diverse presenze importanti del panorama confessionale italiano, riflettendone sempre più le specificità proprie: così al contempo ampliando, col "diritto bilaterale prodotto" sempre meno standardizzato, l'orizzonte del diritto ecclesiastico italiano.

giuridico ed azione, tra mimetismo, emersione del carattere culturale, rappresentatività di un Islam italiano, in C. CARDIA, G. DALLA TORRE (a cura di), *Comunità islamiche in Italia Identità e forme giuridiche*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 97 ss.

⁶⁵ Cfr. P. LILLO, *Il diritto all'identità religiosa negli ordinamenti statali*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2015, p. 376 ss.

⁶⁶ Sulla figura dello studioso, v. il volume dall'eloquente titolo curato da I. PONS e G.B. VARNIER, *Giorgio Peyrot. Il giurista delle minoranze religiose*, Genova, Genova University Press, 2013.

⁶⁷ G. PEYROT, *La posizione delle chiese valdesi nello Stato (criteri di un diritto pubblico esterno)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1, 1990, p. 187.

⁶⁸ Cfr., sul tema, la relazione tenuta al Convegno CRC del 2020 di S. DOMIANELLO, J. PASQUALI CERIOI, *Aporie e opacità dell'otto per mille: tra interesse pubblico a un pluralismo aperto e interessi specifici alla rigidità del mercato religioso*, pubblicata in R. SACCHI (a cura di), *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, Milano, Giuffrè, p. 363 ss. (v. anche in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 5/2020, p. 23). Sul meccanismo dell'otto per mille, per un approfondimento, v. C. ELEFANTE, *L'«otto per mille». Tra eguale libertà e dimensione sociale del fattore religioso*, Torino, Giappichelli, 2018.

3.1. ... (segue) e le ombre auspicabilmente diradabili: la bilateralità “sospesa”; la bilateralità apparente; la bilateralità formalmente “tradita”

Senonché, anche alla luce di quanto detto, residuano talune persistenti criticità coinvolgenti diversi profili (legati da un filo rosso, della cui peculiare “grana” si dirà appresso).

Criticità, queste, che considerate nel loro complesso parrebbero *prima facie* infiacchire l'ipotesi – prima formulata – che il “moto inerziale” assunto dalla multiforme bilateralità, associato a un *sentiment* parzialmente mutato degli ambiti istituzionali italiani, possa condurre ad una svolta circa le situazioni pendenti, anzitutto quella riguardante la fitta presenza islamica nel Paese (quasi il 5 per cento della popolazione, secondo alcune stime⁶⁹). E ciò anche avendo riguardo al “buon viatico” rappresentato dai due pareri favorevoli esitati dal Consiglio di Stato all'accreditamento istituzionale tramite personificazione speciale *ex l. n. 1159* della COREIS prima e dell'UCOII appresso (le quali non a caso hanno palesato la loro soddisfazione, vista l'importanza del passaggio⁷⁰).

Restano, difatti, anzitutto delle problematicità che concernono proprio le “situazioni pendenti”. Col caso particolare, che si pone a paradigma, di un'altra numerosa minoranza religiosa, quella dei Testimoni di Geova, che da tempo sconta la situazione surreale di rientrare nel novero delle Confessioni “del primo tipo”⁷¹, ossia recante Intesa (ben due testi, sottoscritti il 2000 e il 2007⁷²) ma di non essere mai approdata al passaggio cruciale della sua approvazione con legge⁷³. Problema questo che ingenera eternalità

⁶⁹ F. CIOCCA, *Musulmani in Italia: una presenza stabile e sempre più italiana*, in *Lenius*, gennaio 2023.

⁷⁰ V. per il parere n. 760 del 26 aprile 2022 reso dal Consiglio di Stato (rispetto al quale si rimanda al citato lavoro “*Il faticoso tragitto verso l'accreditamento istituzionale basato sulla L. 1159/1929*”, cit., p. 590 ss.): <https://www.coreis.it/rappresentanza-istituzionale/notizia/la-coreis-si-rinnova-per-affrontare-il-nuovo-ciclo-storico/>; per il parere n. 687 del 10 maggio 2023 (avente ad oggetto l'UCOII), v. ucoii.org/2023/06/17/assemblea-generale-ucoii-lintesa-piu-vicina-dal-consiglio-di-stato-il-via-libera-alla-personalita-giuridica-laframdecisione-storica-il-cardinal-zuppiccedenti-uniti-contro-lingiustizia/.

⁷¹ Su questa classificazione, v. *supra*, nota n. 34.

⁷² Per non dire che ne esiste una terza versione, redatta nel 2014 appresso a una “rinegoziazione”, ma mai sottoscritta dalle Parti (ne dà conto, di recente, P. FLORIS, *Intorno all'intesa con i Testimoni di Geova*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Riv. telematica (statoe.chiese.it), n. 13/2021, p. 132).

⁷³ Mentre la fine prematura della XIII legislatura ha bloccato le discussioni sul testo del 2000 (essendosi arrestato poi nel corso della successiva legislatura il cammino dell'intesa), il te-

negative non indifferenti⁷⁴, legate tra l'altro a profili di credito reputazionale, potendo ingenerare percezioni errate, come quello di essere una confessione “non riconosciuta” (laddove pure formalmente tale), o peggio d'incentivare *bias* e diffidenze⁷⁵.

Il perdurare dello stallo, peraltro, da circa sette anni risulta ancor più evidente se si consideri che dal 2016 pende innanzi alla Corte EDU un ricorso proposto al riguardo dalla Congregazione dei TdG⁷⁶, volto a lamentare l'“ingiustizia” avvertita, anzitutto nell'essere finita in una sorta di limbo.

Ciò detto, tuttavia, posto il riconoscimento della natura politica e insindacabile dell'attività dell'Esecutivo relativa alla conclusione di accordi effettuato, com'è noto, dalla Consulta (con la sent. n. 52/2016⁷⁷), e alla luce del tempo presosi dalla Corte EDU per decifrare meglio l'*affaire* italiano⁷⁸, può confidarsi – e forse è auspicio anzitutto dei giudici di Strasburgo – in una composizione a livello nazionale.

Ciò anzitutto perché appare superabile il vizio di fondo dei testi firmati negli anni zero, ossia il loro glissare su questioni delicate legate all'identità specifica della confessione, in particolare il rifiuto di terapie emotrasfusionali, poggiando assai sul diritto pattizio “standardizzato” (risultandone un ordito testuale ‘innocuo’ – sì, ma – per sottrazione).

La supposizione, difatti, è che il (surriferito) *trend* incline a porre in rilievo i tratti specifici confessionali, una volta attecchito, possa giovare nel condurre a diversi esiti, profittando al contempo degli spunti libertari nelle more pervenuti nell'ordinamento, prettamente legati al predetto tema delle

sto del 2007 vede il relativo d.d.l. d'iniziativa governativa presentato al Senato nel 2010, insieme ad altri 5 d.d.l. relativi ad altrettante intese, “riuniti con quelli – del resto identici – di derivazione parlamentare” e assegnati alla Commissione Affari costituzionali (in sede referente) del Senato (F. ALICINO, *La legislazione sulla base di intese. I test delle religioni “altre” e degli ateismi*, Bari, Cacucci, 2013, p. 88 ss.). Come soggiunge P. FLORIS, *Intorno all'intesa con i Testimoni di Geova*, cit., p. 135, nota n. 44, “il d.d.l. relativo all'intesa con i TdG non concluse il suo iter parlamentare anche per la fine della legislatura, per quanto approvato dal Senato il 19 settembre 2012, nonostante forti riserve sui contenuti dell'intesa espresse in occasione della discussione nella Commissione Affari costituzionali del Senato”.

⁷⁴ V. sul punto le osservazioni di G. CASUSCELLI, *La coltre del silenzio: timori e speranze*, in *Coscienza e Libertà*, 63/64, 2022, p. 25 ss.

⁷⁵ Rimarca da ultimo il punto, recando testimonianze di prima mano, M. VENTURA, *op. ult. cit.*, p. 77 ss.

⁷⁶ Sullo stato del ricorso ex art. 47 CEDU (*Requête* n. 49687/16) v. al link app.echr.coe.int/SOP/index.aspx?lg=.

⁷⁷ Presa in disamina nei riferimenti dottrinali indicati *supra*, alla nota n. 11, resi a partire dal 2016.

⁷⁸ P. FLORIS, *Intorno all'intesa*, cit., p. 136.

terapie: a mezzo del diritto legislativo (v. la l. n. 219/2017⁷⁹), di quello giurisprudenziale di legittimità (in particolare, l'arresto n. 26209/2022 della Cassazione⁸⁰), e vieppiù della giurisprudenza costituzionale⁸¹, anche per via di interventi di più ampio respiro concernenti il tema della dialettica tra ordinamento civile e realtà confessionali.

La Corte, infatti, nel 2017⁸² (in casuale coincidenza temporale col primo dei ricordati spunti "libertari"), ha avuto modo di rimarcare – quanto ufficialmente rilevato con la sent. n. 52/2016, *i.e.* – i tratti definitori del principio supremo di laicità quale (sintesi dei cardini costituzionali ecclesiasticistici e) "bussola" delle pubbliche istituzioni nella riferita dialettica. Segnatamente individuandoli, a valle, nell'attitudine a promuovere contegni istituzionali smarcati dall'indifferenza verso le istanze concrete *"della coscienza religiosa"*, a presidio del pluralismo, onde promuovere impar-

⁷⁹ V. la l. 22 dicembre 2017, n. 219, col riordinamento operato – tra l'altro – della materia dell'autodeterminazione individuale in campo sanitario (per i primi commenti sul provvedimento legislativo, v. ad es. M. BIANCA, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219. Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Prime note di commento*, in *Famiglia*, 1, 2018, p. 109 ss.; A. ASTONE, *Autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento nella legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Dir. fam. pers.*, 4, 2018, p. 1508 ss.).

⁸⁰ Cass. civ., sez. III, 6 settembre 2022, n. 26209, ove in materia di trattamenti sanitari si enuncia, tra l'altro, la direttrice per cui laddove il paziente presti il consenso ad un intervento a rischio emorragico manifestando al contempo dissenso all'esecuzione di trasfusioni di sangue (laddove il rischio si avveri) il medico può rifiutare legittimamente l'intervento autorizzato (non potendo il paziente esigere un trattamento contrario agli standard clinici), fermo restando che, qualora il sanitario opti comunque per l'esecuzione dell'intervento, è tenuto a rispettare il dissenso opposto (v. in *federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=48246*). Naturalmente, non è a dirsi che questo arresto, come altri di segno affine (v. ad es. Cass. civ., sez. III, 4-23 dicembre 2020, n. 29469) abbiano la forza di spianare senz'altro il percorso dell'operatore del diritto e/o di rendere "tutto facile in merito ai casi di concorrenza tra i principi di autodeterminazione sanitaria e di libertà religiosa" e che quindi sia risolto del tutto la questione del rifiuto religiosamente motivato di trattamenti emotrasfusionali. Come osserva puntualmente P. FLORIS, *op. ult. cit.*, p. 130, residuano "sempre, e continueranno a sussistere, zone d'ombra e casi problematici nonostante quella giurisprudenza. E zone d'ombra o casi problematici continuano e continueranno a sussistere anche dopo e/o nonostante la legge del 2017, n. 219, sul consenso informato e sulle Dat".

⁸¹ In particolare negli ultimi anni, a partire dall'ordinanza n. 207/2018, come rileva *ex pluribus* A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207 del 2018 e la sentenza n. 242/2019 della Corte costituzionale*, in B. SERRA (a cura di), *Valetudo et Religio: intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 93 ss. (v. altresì, nello stesso volume, il contributo dedicato al tema specifico in parola di C. GAGLIARDI, *Alcune riflessioni in tema di emotrasfusioni nella giurisprudenza italiana*).

⁸² Corte cost., sent. n. 67/2017.

zialmente la “*massima espansione della libertà di tutti*”⁸³. E a monte, nella sua compatibilità, ufficialmente dichiarata, con la stesura di regimi pattizi di garanzia, amplificanti quella di base della libertà religiosa, a pro dello ‘specifico religioso’.

Sennonché, a quest’ultimo riguardo, se ad es. le summentovate esperienze di dialogicità amministrativa e informale (su tutte il suddetto Patto nazionale, guarda caso siglato proprio nel 2017) sembrano offrire la percezione di un primo attecchimento di questo nuovo “diritto costituzionale vivente” della bilateralità, non possono tuttavia non registrarsi (quelle che paiono) alterne resistenze di fondo degli ambiti istituzionali a dar luogo a contegni recanti questa peculiare impronta.

Una controprova, in primo luogo, concerne il difficile frangente della pandemia. Rispetto alle cui risultanze, riguardate ecclesiasticisticamente⁸⁴, potrebbero anche apparire in prima battuta parzialmente positive. Essendo emersa, rispetto al rapporto Stato/Chiesa, l’individuazione *ex post* d’una loro esibita reciproca responsabilità (“ciascuno per le competenze riservate al proprio ordine”) nell’attendere ai doveri di solidarietà richiesti dal “bene del Paese” evocato dall’art. 1 Conc., e di una sollecitazione a ciò, in ragione del principio di collaborazione ivi affermato. Con notazioni consimili, sul piano della corresponsabilità, offerte in dottrina⁸⁵ sul piano dei rapporti con altre comunità di fede, alcune delle quali peraltro appartenenti alla “terza tipologia” (niente Intesa, né riconoscimento): a conferma, al contempo, di un innalzamento del principio di collaborazione a generalissima direttrice ordinamentale⁸⁶, e di un’avvertita istanza inclusiva di valorizzazione del pluralismo confessionale.

Tuttavia, alla domanda se nelle fasi iniziali altrettanto avvertito sia stato il principio di laicità nelle accezioni più nitide testé ricordate, e segnatamente nella direzione potenzialmente espansiva della bilateralità, non si può rispondere affermativamente: giacché – come racconta la relativa scansione delle decisioni, degli strumenti e delle metodiche adottate, rispetto alla drastica incidenza sulla libertà culturale – il primo procedere dell’Esecutivo ha assunto una precisa dinamica unilaterale/mono-direzio-

⁸³ V. di recente, sul punto, le riflessioni di J. PASQUALI CERIOLI, *Laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 2/2023, p. 91 ss.

⁸⁴ Ad es., proprio da Giuseppe D’Angelo e Jlia Pasquali Cerioli nel Convegno CRC del 2021. V. *supra*, nota n. 3.

⁸⁵ V. nota precedente.

⁸⁶ In concordanza, peraltro, con quanto rilevato nel lavoro citato *supra*, nota n. 15.

nale⁸⁷. Tant'è che come correttamente notato dalle voci dottrinali testé evocate – come pure dal collega Toscano qui presente – quel procedere ha determinato *infine* l'insorgenza di accordi (ascrivibili alle tipologie amministrativistiche di cui agli artt. 7-11 della l. n. 241/1990), *ma* contenenti “regole definite a priori e unilateralmente dallo Stato nel pieno esercizio di una sovranità in senso pieno all'interno del proprio ordine”⁸⁸.

Sembra potersi parlare, alla luce di ciò, di un'espressione di bilateralità apparente (per la matrice effettivamente unilaterale), che pare rievocare espressioni di un giurisdizionalismo antico, teso a comprimere se del caso a seconda delle esigenze avvertite dal sovrano, al massimo possibile, i margini di autonomia confessionale, anche in presenza di pattuizioni Stato/Chiesa⁸⁹.

Un approccio, questo iniziale, che pare difficilmente inquadrabile con lo spirito dell'Accordo di Villa Madama, che si evince soprattutto dalla lettura combinata dei *primi due* articoli, dove il secondo, nell'indicare qual è per l'Italia l'ambito d'intervento legittimo della Chiesa nell'ordine profano, appare suggerire al contempo – letto per l'appunto insieme all'art. 1 – i settori relativi alla sua *missione* ove concentrare *naturaliter* i momenti di cooperazione; fermi restando quelli virtuosamente “diversi” e ulteriori, espres-

⁸⁷ Cfr. M. D'ARIENZO, *Intervista*, in *Korazym.org*, 15 maggio 2020, nel passaggio contenente il rilievo critico per cui “[l]a sospensione delle cerimonie religiose, se disposta in mancanza di preventive consultazioni con le Autorità confessionali, costituisce senz'altro una lesione della loro autonomia e del principio di necessaria bilateralità, come garantiti dalla Costituzione Italiana e dalle normative pattizie. Tale possibile violazione è stata tuttavia superata dal principio di leale e reciproca collaborazione delle Confessioni con lo Stato”. In senso affine, V. PACILLO, *La libertà di culto di fronte all'emergenza Covid-19. Profili di diritto canonico e di diritto ecclesiastico italiano*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 1-2, 2019, p. 11 ss.

⁸⁸ M. TOSCANO, *Metodo concertativo e tecniche di bilanciamento nella disciplina giuridica della libertà religiosa in tempi di emergenza (a margine delle relazioni di Silvia Baldassarre, Simone Gianello e Paolo Zicchittu)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Riv. telematica (statoechiese.it), 16/II, 2022, p. 218.

⁸⁹ Per intendersi, non è la questa la chiave giurisdizionalistica del diritto ecclesiastico in senso “moderno” di F. Scaduto, il quale teneva in epoca anteriore ai Patti Lateranensi a notare la differenza tra la logica risalente dello Stato che (se del caso) opera benevole concessioni, circa “diritti ritenuti propri”, e l'innovata “filosofia” che sottende le relazioni Stato-Chiesa dell'epoca liberale postunitaria, all'insegna d'una “separazione” di principio che non osta all'assunzione – nel dipanarsi della politica legislativa – di metodiche e interventi di stampo giurisdizionalista (casomai diversamente intese dal punto di vista della “ratio”) e, a valle, al riconoscimento della libertà genericamente riconosciuta alla Chiesa stessa come ad altri enti. Sul punto, v. F. DI PRIMA, *Dinamiche di integrazione dell'ordinamento civile*, cit., p. 154 ss. Analogamente, v. A. TIRA, *Alle origini del diritto ecclesiastico italiano. Prolusioni e manuali tra istanze politiche e tecnica giuridica (1870-1915)*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 170 ss.

sivi di “un esercizio solidale ad ambizione generale”⁹⁰.

In retrospettiva, è come se del discorso di Papa Francesco tenuto tre anni prima (ancora il 2017!) innanzi al Presidente Mattarella ove molto si sottolineava il legame intrinseco tra l’art. 1 Conc. e il principio supremo di laicità⁹¹, fossero rimasti impressi nella memoria politica statale solo i riferimenti fatti in apertura ai campi informali di fattiva cooperazione favoriti dal primo (ad es., l’accoglienza dei profughi); e non quello più circostanziato, immediatamente seguente, alla *facilitazione* della “missione del Successore di Pietro” rispetto alla realtà italiana⁹².

Quest’approccio unilateralista al modo d’intendere il principio supremo di laicità statale, e il cardine della bilateralità ivi sintetizzato, si è infine manifestato in modo diverso, e ancora più critico, sempre nel biennio 2020-2021 in ordine ad un ambito imponente (per numeri e complessità organizzative) d’una materia contemplata dall’Accordo del 1984, segnatamente dall’art. 11. La materia è quella dell’assistenza spirituale nelle c.d. strutture segreganti; l’ambito, quello degli appartenenti alle Forze Armate⁹³.

⁹⁰ G. D’ANGELO, J. PASQUALI CERIOLI, *L’emergenza e il diritto ecclesiastico*, cit., p. 74. Si pone la notazione che questa cooperazione che mira di riflesso al bene della persona dei cittadini-fedeli, alla luce dell’emergenza avrebbe comunque potuto trovare minimale esplicazione, già solo adottando un’interpretazione molto ampia e flessibile della previsione pattizia di salvaguardia dell’art. 14 Conc., che trova nella Commissione paritetica luogo/strumento per affrontare situazioni di difficile applicazione della normativa concordataria.

⁹¹ Papa Francesco, nell’occasione, rilevava – tra l’altro – lo specifico contributo portato a monte dalla Chiesa, e ‘veicolato’ attraverso la stesura dell’art. 1 Conc.: ossia la delineazione in esso di un modello di laicità consono anche col noto insegnamento conciliare (*Gaudium et Spes*, par. 76) che già figura una cooperazione tra realtà autonome, in un’accezione costruttiva, dialogica, e di confronto a viso aperto posta particolarmente in luce nel magistero (richiamato da Francesco) di Benedetto XVI, quale “laicità positiva”, imperniata sulla distinzione dei poteri ma che lascia “spazio al contributo che la Chiesa può offrire alla costruzione della società” (virgolettati di G. FELICIANI, *La laicità dello Stato negli insegnamenti di Benedetto XVI*, in “*Aequitas sive Deus*”. *Studi in onore di Rinaldo Bertolino*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2011, p. 247). Su questa sottolineatura fatta da Francesco, le ragioni e le ricadute giuridiche, v. F. DI PRIMA, M. DELL’OGLIO, *Lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, oggi*, cit., p. 30 ss. Sul rimando all’insegnamento conciliare, v. da ultimo, A. FERRARI, *La laicità importuna: laicità costituzionale e libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Riv. telematica (*statoechiese.it*) n. 7/2023, p. 80; nonché il lavoro di G. DALLA TORRE, *Ancora sulla laicità. Il contributo del diritto ecclesiastico e del diritto canonico*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2014.

⁹² F. DI PRIMA, M. DELL’OGLIO, *op. ult. cit.*, p. 30 ss.

⁹³ Sulla recente evoluzione del servizio di assistenza spirituale in parola, cfr. P. CAVANA, *La legge n. 70 del 2021 di riforma dell’assistenza spirituale ai cattolici nelle Forze armate e norme di adeguamento ad obbligazioni internazionali contratte con la Santa Sede. Osservazioni sulla crisi*

Giovano, per la complessità del tema (che imporrebbe approfondimenti esorbitanti l'economia del lavoro) alcune agili premesse: a) la scelta delle Alti Parti di "concordatizzare" detto ambito è stata di non poco momento, avendo ricevuto lo stesso per antica tradizione nazionale (per più di un secolo) autonoma disciplina statale, confluita nel recente Codice dell'Ordinamento militare del 2010⁹⁴; b) l'art. 11 Conc., nel contemplare l'impegno della Repubblica ad evitare che l'appartenenza alle FF.AA. cagioni impedimenti all'esercizio della libertà religiosa/culturale, aggiunge quello di dar luogo a una disciplina bilaterale dettagliata concernente i soggetti deputati a svolgere il relativo servizio di assistenza spirituale; c) sottesa a quest'ultimo impegno, stava (e tutt'ora sta) l'esigenza di modellarne una rispettosa del principio della "distinzione degli ordini" richiamato dall'art. 1 Conc.⁹⁵; d) l'impegno ha trovato attuazione dopo l'indicata riforma del 2010, grazie al lavoro di un'apposita Commissione paritetica⁹⁶ volto (anzitutto) ad aggiornare una disciplina ancora influenzata dal principio confessionista, con l'esempio plastico del giuramento di fedeltà allo Stato imposto all'Ordinario militare e ai cappellani, nonché carente sul piano del presidio della libertà religiosa⁹⁷.

Orbene, quel che si vuol qui sottolineare è che a ora di dar esecuzione al frutto di questo sforzo congiunto delle Parti, ovvero sia all'Intesa del 2018⁹⁸, il Legislatore italiano ha ritenuto opportuno procedere *sua sponte*

del principio di bilateralità nella XVIII Legislatura, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2, 2022, p. 469 ss.; L. M. GUZZO, *Prime annotazioni sull'Intesa tra Repubblica italiana e Santa Sede per l'assistenza spirituale ai militari cattolici: una riforma gattopardesca*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (statoe_chiese.it), n. 4/2022; A. DE OTO, *Il servizio di assistenza spirituale ai militari. Tra diritto confessionale e diritto dello Stato*, Bologna, Bononia University Press, 2020; L.M. GUZZO, *L'assistenza religiosa alle forze armate nello spazio giuridico europeo. Principi generali e analisi comparata in Italia, Inghilterra, Francia e Spagna*, Milano, Cedam Wolters Kluwer, 2019, p. 129-149; G. DALLA TORRE, *Nuova intesa sull'assistenza religiosa ai militari in Italia*, in *Archivio Giuridico*, CL, 2, 2018, p. 413 ss.; A. DE OTO, *Altare e mostrine. Contributo allo studio dell'evoluzione normativa del servizio di assistenza spirituale ai militari in Italia*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2018; P. CAVANA, *Cappellani militari e prospettive di riforma*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 9/2016.

⁹⁴ L'ultima versione di questa normativa di conio statale risale all'inizio degli anni Sessanta (l. n. 512/1961): le relative disposizioni sono state recepite e riorganizzate in anni a noi più vicini, per l'appunto nel C.O.M. (d.lgs. n. 66 del 25 marzo 2010).

⁹⁵ G. DALLA TORRE, *Nuova intesa sull'assistenza religiosa*, cit., p. 144.

⁹⁶ Insediatasi nel 2015, la Commissione paritetica italo-vaticana veniva istituita con Scambio di Lettere tra il Governo italiano e la Santa Sede onde dare attuazione – per l'appunto – alla previsione dell'art. 11, comma 2, dell'Accordo di revisione concordataria.

⁹⁷ P. CAVANA, *La legge n. 70 del 2021*, cit., p. 472.

⁹⁸ Intesa redatta dalla Commissione paritetica italo-vaticana e firmata il 13 febbraio 2018

ad un previo “riassetto normativo” del suo testo⁹⁹, che ha finito col vanificare parte di quello stesso sforzo.

Difatti tale “riassetto”, a dispetto della locuzione adoperata, non ha implicato solo una riordinazione materiale delle disposizioni dell’Intesa – già comunque atta a perturbarne l’organicità¹⁰⁰ – ma altresì una singolare allegazione¹⁰¹ di un “pacchetto” di articoli del Codice del 2010 sull’inquadramento dei cappellani che l’Intesa, tuttavia, aveva individuato tra quelli da abrogare¹⁰² (giacché ritenuti espressivi della “vecchia” impostazione). E che invece così risultano ancora in piedi, ivi compreso il precetto riferito sul giuramento obbligatorio di fedeltà.

La vicenda potrebbe ricordare esteriormente – se si consente un paragone azzardato – la determinazione napoleonica tesa ad aggiungere unilateralmente (tramite delibera delle Assemblee legislative) al Concordato già siglato nel 1801¹⁰³ i famosi “Articoli Organici” d’impostazione gallicana¹⁰⁴ (col dato interessante che siccome là un consimile giuramento stava già nel testo concordato, giusta l’indole da “*pactum unionis*”, in quel caso ad essere aggiunta era un’ulteriore richiesta d’un segno di vicinanza al “corpo politico”, richiedendo ai ministri di culto, tanto cattolici quanto protestanti, di pregare “per la prosperità della Repubblica”¹⁰⁵).

La diversità delle reazioni d’oltre Tevere di allora e di oggi – al netto (ovviamente) dell’assoluta imparagonabilità concreta tra le situazioni – ad ogni modo confermano le intuizioni più sopra rimarcate, di una recente

mediante Scambio di Lettere tra il Presidente del Consiglio, on. Paolo Gentiloni, e il Segretario di Stato, card. Pietro Parolin.

⁹⁹ Adottato con l. n. 70/2021.

¹⁰⁰ P. CAVANA, *op. ult. cit.*, p. 477.

¹⁰¹ Rinvenibile appresso all’ordine di esecuzione dell’Intesa.

¹⁰² All’entrata in vigore del nuovo regime bilaterale.

¹⁰³ Sul quale, v. ad es. il volume collettaneo *Le Concordat et le retour de la paix religieuse*, Paris, SPM, 2008; nonché B. ARDURA, *Le Concordat entre Pie VII et Bonaparte*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2001; M. GABRIELE, *Per una storia del Concordato del 1801 tra Napoleone e Pio VII*, Milano, Giuffrè, 1958; M. GORINO CAUSA, *I Concordati di Napoleone*, Rieti, Bibliotheca, 1930; L. CROUZIL, *Le Concordat de 1801: étude historique et juridique*, Paris, Librairie Bloud, 1904; F.D. MATHIEU, *Le Concordat de 1801: ses origines – son histoire, d’après des documents inédits*, Paris, Librairie Academique Didier, 1904; J. CRÉTINEAU-JOLY, *Bonaparte, le concordat de 1801 et le cardinal Consalvi*, Paris, 1872; le *Mémoires* (in due tomi) del Card. Consalvi (con introduzione e note dello stesso J. Crétineau-Joly), Paris, Henry Plon, 1864-1866.

¹⁰⁴ Con una sezione (77 articoli) disciplinante la condizione della Chiesa cattolica, ed un’altra più ristretta (44 artt.) concernenti i “culti protestanti”.

¹⁰⁵ Art. Org. Reg. Chiesa Cattolica, Sez. III, Art. 51; Reg. Culti Protestanti, Art. 3.

tendenza *ex parte Ecclesiae* alla collaborazione con le istituzioni italiane così spiccata da spingersi a fare buon viso anche innanzi a lesioni formali del principio di bilateralità. Allora risuonò, pur invano, il prevedibile fermo rifiuto di Pio VII a sorreggere l'inusitata operazione; qua invece si è registrato un silenzio assordante, che lascia intendere – si suppone – un avallo dato informalmente (e benignamente) dalla Santa Sede.

Resta, tuttavia, il dato problematico, in senso tecnico-giuridico, di un provvedimento legislativo che dà formale esecuzione ad un accordo internazionale (l'Intesa del 2018) rimescolandone e modificandone in parte l'originario contenuto, determinando al riguardo una regolazione finale disconnessa con gli intendimenti e le soluzioni bilateralmente raggiunte. Con la criticità discendente di una possibile violazione profilantesi di almeno tre disposizioni costituzionali (l'art. 7, comma II¹⁰⁶, l'art. 10, comma I; l'art. 117, comma I, Cost.), che potrebbe essere oggetto di scrutinio della Consulta.

4. *Un inquadramento di segno evolutivo: dalla stagione "eroica" della bilateralità al tempo della "normalità"; dalla generica ricerca di 'giustizia' alla specifica ricerca di garanzie (e certezze)*

Gli attendismi, i passaggi a vuoto e le criticità tecniche appena passati velocemente in rassegna, per quanto seri e importanti, non paiono tuttavia sconfiggere l'avviso di partenza che si possa evidenziare – in termini quantitativi e qualitativi – una stagione connotata da una bilateralità in espansione.

Il filo rosso che le lega, difatti, non sembra consistere in una riottosità del sistema ad inverare il relativo principio (anche declinato in senso a-tecnico), quanto piuttosto a metabolizzare la necessità di concepirlo come componente di un principio supremo i cui tratti, dal 2017, grazie al lavoro definitorio e qualificatorio della Corte costituzionale, sono ormai non più generici. A fare i conti, cioè, col fatto che esso sovrintende la materia indicando con rinnovato nitore l'elettività della strada pattizia, quando si tratti di specificità connesse a realtà confessionali che per la loro strutturazione ordinamentale intendono relazionarsi con lo Stato secondo meccanismi di diritto pubblico¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Per violazione o parziale attuazione dell'art. 11, comma II, della legge di esecuzione n. 121/1985 (Accordo di Villa Madama), intesa come norma presupposta dettante una disciplina bilaterale *in subiecta materia*.

¹⁰⁷ Cfr. C. MIRABELLI, *Il disegno di legge di riforma delle norme sulla libertà religiosa*, in G. LEZIROLI (a cura di), *Dalla legge sui culti ammessi al progetto di legge sulla libertà religiosa* (11 marzo 2002). *Atti del Convegno di Ferrara del 25-26 ottobre 2002*, Napoli, Jovene, 2001, p. 142.

Si tratta, dunque, a ben vedere, di una possibile motivazione di carattere soggettivo, dunque – perlomeno astrattamente – superabile, laddove maturi un *sentiment* sempre più avvertito su quest'ultimo aspetto (come, del resto, implicitamente suggerisce il Giudice delle Leggi, quando nota che è nell'integralità della sfera della decisione politica che si colloca la risoluzione di percorrere o meno la strada elettiva della bilateralità).

Pare, tuttavia, di scorgere anche una motivazione di segno oggettivo, correlata ai tratti teleologici primari che segnano oggi, rispetto alla prima "rutilante" stagione delle intese, l'attuazione dell'art. 8, comma III, Cost. Per mettere a fuoco la quale, soccorre ancora un'intuizione di Radbruch, forse la più nota, quella dei tre canoni valoriali del "buon diritto"¹⁰⁸, adattata al caso: assumendosi, cioè la possibilità di vagliare sommariamente l'evoluzione di quei tratti teleologici nella loro corrispondenza, maggiore o minore, ora alla *giustizia*, ora all'*utilità*, ora alla *certezza*.

In estrema sintesi, la prima stagione delle intese risponde decisamente alla prima. Questa, infatti, sopraggiungendo quando da anni ormai si trepidava per l'idea di una congelata bilateralità *in fieri* (che poteva già allora ritenersi "sospesa", "tradita", e in qualche modo "apparente") segnava l'affermazione soprattutto del canone della *giustizia*.

Il *leitmotiv*, dai primi anni '80 alla metà dei '90, è in effetti per molti versi quello della ricerca di un riequilibrio tramite la conquista di un "nome legislativo", prima che una "battaglia di interessi"¹⁰⁹. Ad es., per quanto *utile*, né i Valdesi né le Comunità ebraiche ricorrono inizialmente al finanziamento pubblico. Ed ancora, l'affidamento fatto dai primi alla regolazione pattizia di pochissimi loro istituti specifici¹¹⁰, lascia in fondo vaga/incerta la loro considerazione nell'ordine civile. È come se la definizione ricorrente di 'accordi di libertà'¹¹¹ che le affratella col "nuovo Concordato" venga usata con un'accezione diversa, e qualche volta polemica: tutto

¹⁰⁸ G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, cit., p. 40 ss.

¹⁰⁹ M. RICCA, *Legge e intesa con le confessioni religiose. Sul dualismo tipicità/atipicità nella dinamica delle fonti*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 4.

¹¹⁰ G. LONG, *Le intese con chiese evangeliche*, in A. NARDINI, G. DI NUCCIO (a cura di), *Dall'Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa. Un quindicennio di politica e legislazione ecclesiastica*, Roma, 2001, p. 5 (reperibile in presidenza.governo.it/USRI/confessioni/pubblicazione_indice.html).

¹¹¹ Con l'esempio dell'uso frequente fattone da Tullia Zevi, la quale al momento della sigla dell'intesa del 1987 rivestiva la carica di Presidente dell'Unione delle Comunità Ebraiche Italiane (cfr. T. ZEVI, N. ZEVI, *Ti racconto la mia storia. Dialogo tra nonna e nipote sull'ebraismo*, Milano, Rizzoli, 2007).

ciò col beneplacito da parte statale, i cui *caveat* sul piano della *certezza* e dell'*efficienza* sul punto si riducono – praticamente – al suggerimento di non replicare le garanzie già espresse in Costituzione¹¹². Suggerimento relativamente raccolto da parte valdese, che punta a un'intesa “manifesto”, come suggerisce già solo il singolare (per quanto comprensibile) giudizio d'irrispettosità costituzionale di una legge vigente dello Stato, la l. n. 1159, ivi contenuto (e che finisce a sua volta allegato – un *unicum*? – ad un'altra legge statale, quella di approvazione¹¹³).

I successivi vent'anni, poi, vedono esaurirsi la spinta propulsiva che priorizza l'urgenza governata dal canone della ‘giustizia’, e con essa l'insorgenza di regimi pattizi speciali. Prende piede, già nel '95, un'avvertenza sull'*incertezza*, sul piano della tenuta del sistema di cui si fanno portavoce due maestri della scienza ecclesiasticistica, Finocchiaro e Varnier. Il primo, attentissimo al tema del rispetto delle regole e all'equilibrio tra principi generali e “specialità”¹¹⁴, ammonisce: quella spinta propulsiva può “spezzettare” la fibra della legislazione sui culti¹¹⁵; il secondo, di par suo, dice: le “concessioni”, gli arretramenti e gli spazi lasciati con quei regimi, rischiano di lacerare progressivamente il tessuto statuale¹¹⁶.

Il percorso, per le intese a venire, si fa accidentato¹¹⁷. Per condurlo in porto, le Confessioni virano sul canale meno periglioso che seconda piuttosto il canone dell'*utilità* (traducibile in termini di ‘relativa’ *efficienza*): da qui, ad es., l'avallo sofferto alla rimozione di talune disposizioni identitarie (come nel caso dell'U.B.I., che rinuncia all'espressione «maestri del dhar-

¹¹² Come riferisce G. SACERDOTI, *L'Intesa del 1987-89: Ebraismo italiano e ordinamento dello Stato*, in *La Rassegna mensile di Israel*, 3, 2009 (numero monografico – *Atti del Convegno per il ventesimo anniversario dell'Intesa tra lo Stato italiano e l'Unione delle comunità ebraiche italiane*), p. 33.

¹¹³ Lo si notava in F. DI PRIMA, *La mancata emanazione nell'Italia repubblicana di una legge “organica” sulla libertà religiosa (il confronto col caso spagnolo)*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII, 2016, p. 879 ss.

¹¹⁴ Come ben posto in evidenza da S. BORDONALI, *Famiglia e matrimonio, un momento di riflessione prendendo spunto da F. Finocchiaro*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII (2016), p. 1020.

¹¹⁵ F. FINOCCHIARO, *Riflessioni introduttive*, in V. PARLATO, G.B. VARNIER (a cura di), *Principio pattizio e realtà religiose minoritarie*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 198.

¹¹⁶ G.B. VARNIER, *La prospettiva pattizia*, in *Principio pattizio*, cit., pp. 2-3.

¹¹⁷ Così lo stesso G.B. VARNIER, *Il diritto di libertà religiosa: le stagioni della storia e la voluntas Legislatoris*, in V. TOZZI, G. MACRI, M. PARISI (a cura di), *Proposta di riflessione per l'emanazione di una legge generale sulle libertà religiose*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 11.

ma», a pro di quella standard di «ministri di culto»¹¹⁸), ben diverso dalla rarefazione delle stesse voluta dai Valdesi. Ma è anche il tempo delle patuituzioni apicali con cui questi ultimi, e l'UCEI, trovano *utile/efficiente* ri-considerare la scelta di rinunciare all'otto per mille.

Gli ultimi anni, invece, portano dietro l'eredità positiva e gli sviluppi di fine secolo¹¹⁹, delle tante epifanie politico-giuridiche di un modo diverso di concepire la sovranità¹²⁰, in senso sempre meno “antagonista”¹²¹, della disponibilità a valorizzare la lezione romaniana, a secondare le istanze del pluralismo¹²²: da una parte, relativizzando la portata simbolica del diritto speciale pattizio¹²³, potendole accogliere anche con la normativa speciale unilaterale (come nel caso eclatante del d.lgs. n. 117/2017¹²⁴); dall'altra,

¹¹⁸ Cfr. NICOLA COLAIANNI, *Le intese con i Buddisti e i Testimoni di Geova*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2, 2000, p. 475 ss.

¹¹⁹ Si procede da qui sino alla fine a un'agile sintesi di punti sviluppati nella relazione al Convegno palermitano di cui alla nota n. 14.

¹²⁰ Profilandosi l'idea di una “sovranità oltre lo Stato”. Per una recente delineazione del tema, v. E. CANNIZZARO, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, Il Mulino, 2020. Più in generale, per i riflessi sul modo di pensare la giuridicità e il concetto di legalità, in rapporto a date istanze fondamentali, v. paradigmaticamente, da ultimo, M. RICCA, *Intercultural Spaces of Law. Translating Invisibilities*, Berlin, Springer, 2023; E. CHITI, A. DI MARTINO, G. PALOMBELLA (a cura di), *L'era dell'interlegalità*, Bologna, Il Mulino, 2022; J. KLEBBERS, G. PALOMBELLA (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019; D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico comparante all'analisi del fenomeno globale*, Milano, Giuffrè, 2018.

¹²¹ V. *supra*, nota n. 47.

¹²² M. VENTURA, *Libertà religiosa, matrimonio, famiglia. I confini della bilateralità*, in *Le proiezioni civili*, cit., p. 76.

¹²³ M. VENTURA, *L'eredità di Villa Madama*, cit., p. 82.

¹²⁴ Sull'intervento codificatorio che ha portato nel 2017 ad una generale riforma del settore *non profit*, v. *ex pluribus* P. CONSORTI, L. GORI, E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, II ed., Bologna, Il Mulino, 2021; A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'Impresa sociale. Una introduzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Tra i molteplici contributi che ne studiano l'incidenza sul “fenomeno religioso collettivo”, cfr. A. BETTETINI, *Enti religiosi e Terzo settore nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Jus Ecclesiae*, 2, 2023, p. 575 ss.; P. CONSORTI, *L'impatto del nuovo Codice del Terzo settore sulla disciplina degli “enti religiosi”*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (statoechiese.it), n. 4/2018; A. FUCILLO, L. DECIMO (a cura di), *Gli enti religiosi. Tra diritto speciale, diritto comune e mercati*, cit.; P. CAVANA (a cura di), *Gli enti ecclesiastici nella riforma del Terzo settore*, Torino, Giappichelli, 2021; I. BOLGIANI, *Gli effetti della riforma del Terzo settore in materia di «enti religiosi civilmente riconosciuti». Normativa, buone prassi ed esigenze del tessuto sociale*, Torino, Giappichelli, 2021; G. D'ANGELO, *Declinazioni giuridiche del fine di religione e di culto. Dalla forma all'interesse*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 170 ss.; M. FERRANTE, *Enti religiosi/ecclesiastici e riforma del Terzo settore*, Torino, Giappichelli, 2019; A. FUCILLO, R. SANTORO, L. DECIMO, *Gli enti religiosi ETS. Tra diritto speciale e regole di mercato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019; A. GIANFREDA, M. ABU SALEM

non precludendo spazi ove possono articolarsi domande diverse di riconoscimento, inquadrati come luoghi ‘altri’ di produzione del diritto, capaci *ex se* di “funzionare *senza lo Stato*”¹²⁵.

E così, a tal proposito, anche in forza della riaffermazione di inizio secolo del rilievo pubblico delle religioni¹²⁶, favorente l’emersione in senso e valenza nuovi del loro strumentario normativo/organizzativo; e della coeva maturazione di una più puntuale definizione del ruolo politico della Presidenza del Consiglio¹²⁷ (a partire dal d.lgs. n. 300/1999¹²⁸) e di quello complementare dell’Amministrazione di vertice a garanzia dei “diritti delle Confessioni”¹²⁹ nel segno di una “laicità inclusiva”¹³⁰, viene a delinearsi a

(a cura di), *Enti religiosi e riforma del Terzo settore*, Tricase, Libellula, 2018; P. FLORIS, *Enti religiosi e riforma del Terzo settore: verso nuove partizioni nella disciplina degli enti religiosi*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 3/2018.

¹²⁵ M. CROCE, A. SALVATORE, *Filosofia politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. VII.

¹²⁶ Per un recente mappatura sintetica dell’indirizzo, come declinantesi nel quadro europeo, v. G. DAVIE, *Revisiting Secularization in Light of Growing Diversity: The European Case*, in *Religions*, 14, 2023; P. LILLO, *Rilevanza pubblica delle comunità religiose nella dimensione giuridica europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*. Rivista telematica (statoechiese.it), n. 28 del 2018. Sempre di recente, con riferimenti ulteriori, v. S. FERRARI, *La libertà di religione nell’epoca della diversità*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1, 2018, p. 286 ss.; C. ELEFANTE, *Ruolo pubblico delle religioni, nuovi equilibri tra la dimensione della libertà religiosa e salvaguardia dei diritti individuali. Spunti problematici dalla più recente giurisprudenza statunitense*, in G. D’ANGELO (a cura di), *Rigore e curiosità, Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, tomo I, Torino, Giappichelli, 2018, p. 371 ss.

¹²⁷ Per i profili ecclesiasticistici, v. R. BENIGNI (a cura di), *Diritto e religione in Italia*, Roma, RomaTre press, 2021, p. 101. Più in generale, sull’attitudine elastica del sistema costituzionale, che ha nel tempo “consentito assetti molto diversi del sistema di governo e connesse differenze di ruolo del Presidente del Consiglio”, v. G. PITRUZZELLA, *L’evoluzione della figura del Presidente del Consiglio dei ministri e gli assetti della democrazia italiana*, in A. RAZZA (a cura di), *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent’anni dalla legge n. 400 del 1988*, Roma, 2020, p. 114. In particolare, sul punto della pregressa “indefinitezza” dell’organo (prima della novità della l. n. 400/1988), v. esemplificativamente L. TEDOLDI, *Il Presidente del Consiglio dei Ministri: un organo «indefinito» nello Stato democratico italiano tra gli anni Cinquanta e Ottanta del Novecento*, in *Rivista di diritto pubblico*, 4, 2016, p. 1059 ss.

¹²⁸ Cfr. i contributi di F. MARGIOTTA BROGLIO (*Aspetti della politica religiosa degli ultimi quindici anni*) e di G. PASTORI (*La riforma della Presidenza del Consiglio dei ministri e le competenze in materia di rapporti con le confessioni religiose*) raccolti in *Dall’Accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, cit.

¹²⁹ Come si anticipava sopra, si evidenzia la conferma del ruolo disegnato nel 1999 giusta il d.p.c.m. n. 78/2019: v. il già ricordato art. 5, comma 1, lett. e, ove tra gli ambiti di competenza della Direzione Centrale degli Affari dei Culti ricorre, tra l’altro, oltre ai “*rapporti con gli enti delle Confessioni religiose*”, la “*vigilanza sul rispetto della libertà religiosa*”.

¹³⁰ Cfr., in tal senso, la testimonianza di G.M.R. IURATO (*La Direzione Centrale degli Affari*

tale ultimo fine un quadro che sembra nuovamente diverso, stavolta orientato da entrambi i fronti, ecclesiale e statale, anzitutto su alcuni punti di *certezza*.

Una certezza parziale, che dal punto di vista del primo implica una normalità (forse un po' anodina, ma tant'è) delle procedure che poggia pragmaticamente sul "diritto comune delle intese" sin qui prodotto¹³¹, per via di esigenze altrettanto comuni dalle Confessioni avvertite; e che dal punto di vista di queste ultime, implica però la possibilità – di cui hanno profittato da ultimo la Soka Gakkai e viepiù la Chiesa d'Inghilterra – di trovare spazi, sempre maggiori per domande di diversità identitaria legate alle loro specifiche istanze (in nome d'una concordia cooperativa che rispecchia la dialogicità del sistema, come illuminato dal principio di laicità). Senza, così, rinunciare a un bilanciamento con gli altri due "canoni", quello dell'utilità/efficienza e in fondo della giustizia, come intesi volta per volta da entrambi gli Ordini.

5. (Ap)punti di discussione

Nell'unirmi ai doverosi – ma non per questo meno sinceri – ringraziamenti al Centro Studi sulla Giustizia e ai tre Dipartimenti di Giurisprudenza per l'organizzazione del Convegno, devo necessariamente premettere che le mie considerazioni possono aggiungere ben poco alla già ricchissima analisi di Fabiano Di Prima; tenterò dunque, piuttosto, di riallargare un poco il campo d'osservazione concentrandomi su alcuni aspetti 'macro', in parte già tratteggiati nell'intervento che mi ha preceduto, che mi paiono importanti.

Come ha efficacemente evocato Di Prima, il sistema delle fonti che regolano oggi il diritto ecclesiastico presenta luci e ombre. A seconda della prospettiva d'analisi che si voglia adottare (e forse anche delle inclinazioni personali), può accadere che sembrino prevalere le prime piuttosto che le seconde; ad ogni modo, che si sia tra gli entusiasti o tra i critici, mi pare incontrovertibile che ci troviamo di fronte a un sistema (più che delle fonti, sarebbe forse meglio dire) dei formanti del diritto ecclesiastico (vigente e vi-

dei Culti nel contesto del nuovo pluralismo religioso, cit., p. 142) già Direttore Centrale degli Affari di culto. Sul concetto di "laicità inclusiva", si rimanda a M. FERRANTE, *Diritto, religione, cultura: verso una laicità inclusiva*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 35/2017.

¹³¹ Cfr. S. BORDONALI, *La legge 1159 del 1929 e la nuova Intesa tra la Repubblica Italiana e l'associazione "Chiesa d'Inghilterra"*, in 1929-2019, cit., p. 167.

vente quantomeno disordinato. Non mi riferisco solo a quella superflua complessità che contraddistingue oggi svariati settori ordinamentali, bensì a quella accentuata entropia contenutistica e strutturale cui è inevitabilmente destinata qualunque materia quando il legislatore non la fa oggetto di un disegno organico – se non proprio di un progetto – di politica legislativa.

È noto, infatti, che il disordine di cui sopra riguarda il sistema delle fonti italiane di *Law and Religion* prima ancora del loro contenuto ed è un'eredità che risale quantomeno agli anni Ottanta del secolo scorso, quando il legislatore pattizio mise mano – non senza una certa fretta – a fonti costituzionalmente atipiche¹³² senza una previa compiuta riflessione sulla loro *ratio* e sui possibili contenuti¹³³.

Le ricadute odierne di quel (non) indirizzamento originario sono ben evidenti: il quadro delle fonti pattizie vigenti si presenta molto diverso da quale dovrebbe essere, secondo Costituzione. Basti ricordare quanto affermato dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 52/2016¹³⁴ laddove, reinserendosi in un solco già in parte visibile a partire dal 1992¹³⁵ e che successivamente aveva in più occasioni ricalcato¹³⁶, ha ribadito che «[t]ale

¹³² Tanto vale sia per la legge di esecuzione del nuovo Concordato con la Chiesa cattolica, l. n. 121/1985 (atipica in forza dell'art. 7, comma 2, secondo periodo, Cost.), sia per le leggi di approvazione delle intese con le altre confessioni (la prima delle quali, la n. 449/1984, diede ingresso nell'ordinamento italiano all'intesa stipulata con le Chiese rappresentate dalla Tavola valdese), atipiche ex art. 8, comma 3, Cost.: cfr. anche *supra*, spec. § 3. Sui profili di atipicità delle fonti – costituzionalmente necessarie – di disciplina del fattore religioso v. quantomeno G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974; C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose. Il regime pattizio*, Bologna, il Mulino, 1988; S. BERLINGÒ, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, 1991, p. 454 ss.; G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO, voce *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, 1993, p. 518 ss. Di recente, cfr. anche G. D'ANGELO, *Repubblica e confessioni religiose tra bilateralità necessaria e ruolo pubblico. Contributo alla interpretazione dell'art. 117, comma 2, lett. c) della Costituzione*, cit.

¹³³ Cfr. G. CASUSCELLI, *Laicità dello Stato e aspetti emergenti della libertà religiosa: una nuova prova per le intese*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. I, Padova, Cedam, 2000, p. 467 ss., che ricorda (p. 468) come "l'istituto delle intese diventava operativo senza che la scienza giuridica ne avesse prima compiutamente convenuto finalità, principi e regole".

¹³⁴ Cfr. *supra*, § 3.2, e ivi riferimenti alla dottrina.

¹³⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 467/1992, laddove (§ 6) s'impiega la locuzione "diritto speciale" con riferimento alla normativa pattizia. L'uso del lemma potrebbe anche essere ritenuto non indicativo di un riorientamento della Consulta, se non fosse che di lì a poco – sent. n. 195/1993, § 4 – la Corte ribadisce che la *ratio* della normativa pattizia va ricercata nella necessità di "regolare in modo speciale" i rapporti Stato-confessioni.

¹³⁶ In linea di continuità con le pronunce richiamate alla nota precedente si colloca infatti la sent. n. 235/1997, che insiste nell'intendere le "discipline bilaterali dei rapporti dello Stato con

significato dell'intesa, cioè il suo essere finalizzata al riconoscimento di esigenze peculiari del gruppo religioso, deve restare fermo, a prescindere dal fatto che la prassi mostri una tendenza alla uniformità dei contenuti delle intese effettivamente stipulate»¹³⁷.

Secondo opinione largamente maggioritaria, l'unico modo per restituire ordine e coerenza interna al quadro generale, riallineandosi al contempo con le direttive della Carta (che nel frattempo, vale a dire negli ultimi quarant'anni, sono state efficacemente messe a sistema dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale), sarebbe mettere finalmente mano a un disegno/progetto generale e organico di politica ecclesiastica, compito cui il legislatore ha colpevolmente abdicato per tutto l'arco della storia repubblicana (al punto che, per rintracciare qualcosa del genere, seppure nel quadro di un regime totalitario e liberticida, occorre risalire indietro nel tempo fino alla politica ecclesiastica fascista, costruita nelle sue grandi linee sul binomio che giustapponeva diritto comune dei culti 'ammessi' e diritto pattizio riservato alla Chiesa cattolica).

Si tratta certamente di un compito che rientra tra quelli che Roberto Sacchi, presiedendo ieri la prima sessione del convegno, ha giustamente qualificato "non delegabili".

La colpevole assenza del Parlamento, che abdica alla prima e più alta delle proprie funzioni costituzionali, mi pare infatti particolarmente evidente quando a essere chiamato in causa sia il fattore religioso: non mi rife-

le confessioni religiose" quali "espressioni di un sistema di relazioni che tende ad assicurare l'uguale garanzia di libertà e il riconoscimento delle complessive esigenze di ciascuna di tali confessioni, nel rispetto della neutralità dello Stato in materia religiosa nei confronti di tutte".

Le tappe più significative del cammino che ha condotto la Corte a distinguere tra "specialità" e "specificità" sono rappresentate da due sentenze di poco successive, ad apparente conferma di una lettura sistematica unitaria e coerente.

Nella prima di esse, la n. 508/2000, la Corte – per arrivare (finalmente) a dichiarare l'illegittimità della disposizione del codice penale che prevedeva e puniva il vilipendio della (sola) religione di Stato – afferma che "in forza dei principi fondamentali [...] l'atteggiamento dello Stato non può che essere di equidistanza e imparzialità nei confronti [di tutte le confessioni], imponendosi la pari protezione della coscienza di ciascuna persona che si riconosce in una fede quale che sia la confessione di appartenenza [...] ferma naturalmente la possibilità di *regolare bilateralmente e quindi in modo differenziato, nella loro specificità*, i rapporti dello Stato con la Chiesa cattolica [...] e con le confessioni religiose diverse da quella cattolica" (§ 3, corsivo mio).

Nella sent. n. 346/2002, poi, la Corte ribadisce che "[l]e intese di cui all'art. 8, comma 3, sono infatti lo strumento previsto dalla Costituzione per la regolazione dei rapporti delle confessioni religiose con lo Stato *per gli aspetti che si collegano alle specificità delle singole confessioni* o che richiedono deroghe al diritto comune" (§ 2, corsivo mio).

¹³⁷ Corte cost., sent. 10 marzo 2016, n. 52, in motivazione, § 5.1.

risco solo al rifiuto di mettere mano a leggi che la dottrina ormai maggioritaria qualifica costituzionalmente necessarie (basti pensare a una legge generale sul fenomeno religioso – o che dir si voglia – che subentri finalmente alla vetusta legge “sui culti ammessi”¹³⁸; o, ancora, a una legge ‘procedurale’ che regoli almeno nelle grandi linee l’accesso al sistema pattizio *ex art.* 8, comma 3, Cost.¹³⁹, peraltro allineandosi in questo modo anche rispetto alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell’uomo¹⁴⁰), ma anche a leggi di settore, volte a disciplinare questioni e materie controverse da tempo, quali potrebbero essere – due esempi tra tanti – l’esposizione dei simboli religiosi nei luoghi pubblici istituzionali o le conseguenze economiche del riconoscimento delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale.

Vero è che, anche a legislatore silente, alcune esigenze di libertà e giustizia finiscono per trovare soddisfazione in giudizio. Tuttavia, ciò accade passando per gli strumenti di cui può disporre il giudice, limitati e condizionati dalle regole del contenzioso: col risultato che, se anche talvolta pos-

¹³⁸ Il tema è stato ampiamente discusso in dottrina e non è possibile restituire qui un quadro completo; mi limito pertanto a segnalare la ricerca di L. DE GREGORIO, *La legge generale sulla libertà religiosa. Disegni e dibattiti parlamentari*, Tricase, Libellula, 2012; nonché il volume, frutto degli sforzi del ‘gruppo di lavoro Astrid’, R. ZACCARIA, S. DOMIANELLO, A. FERRARI, P. FLORIS, R. MAZZOLA (a cura di), *La legge che non c’è. Proposta per una legge sulla libertà religiosa in Italia*, Bologna, il Mulino, 2019.

¹³⁹ Cfr. per tutti J. PASQUALI CERIOLI, *L’indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell’ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006, spec. p. 14 (ivi altre indicazioni bibliografiche).

¹⁴⁰ La pronuncia più significativa è ancor oggi *Savez Crkava “Riječ Života” e altri c. Croazia* (Sez. I), ric. 7798/08, sent. 9 dicembre 2010. Le Chiese ricorrenti lamentavano di aver ricevuto un trattamento discriminatorio rispetto ad altre organizzazioni religiose, in ragione di un’applicazione non uniforme dei criteri individuati dal Governo per l’accesso agli accordi tra Stato e confessioni religiose. Nel dettaglio, gli accordi in questione avrebbero avuto la funzione sia di definire le modalità concrete dell’assistenza spirituale in ospedali, istituti di assistenza e strutture detentive (su questo specifico punto la Corte rigetta il ricorso in quanto manifestamente infondato), sia di consentire alle confessioni stipulanti l’accesso all’insegnamento religioso nelle scuole pubbliche e al regime di riconoscimento degli effetti civili al matrimonio religioso. Mi pare che dalle argomentazioni della Corte – peraltro da leggere alla luce del Protocollo addizionale n. 12, che introduce nel sistema convenzionale un divieto generale di discriminazione – si possa trarre quantomeno questo approdo (cfr., nella sentenza citata sopra, spec. i §§ 85 e 88): se lo Stato membro decide liberamente di implementare un sistema di accordi con le organizzazioni religiose, e se dalla stipula di questi accordi possono derivare vantaggi di qualsiasi natura, lo Stato è obbligato a determinare per legge (o con altro atto idoneo a garantire certezza e tutela degli interessi, comunque qualificati) i criteri di accesso al sistema pattizio e ad applicarli in maniera neutra e imparziale; sia consentito rinviare sul punto a M. TOSCANO, *Il fattore religioso nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Itinerari giurisprudenziali*, Pisa, ETS, 2018, p. 140 s.

sono trovare realizzazione alcune libertà, ciò accade a scapito del rigore di sistema e della certezza del diritto (salvo quanto abbiamo sentito proprio ieri nella relazione di Francesca Biondi, laddove documentava la ricerca di certezza perseguita talvolta dal legislatore inducendo la giurisdizione a consolidare orientamenti giurisprudenziali e a non allontanarsi da essi).

Basti pensare a mo' di esempio a quanto accaduto in materia di esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: la problematica è nota al legislatore (almeno) dalla metà degli anni Ottanta¹⁴¹ ma ciò non è bastato a smuovere il Parlamento. La "piccola guerra dei crocefissi"¹⁴², alimentata da un quadro normativo a dir poco controverso alla cui lettura la Corte costituzionale ha ritenuto di non contribuire¹⁴³, ha visto in Cassazione e davanti al Consiglio di Stato esiti affatto diversi, che all'osservatore esterno potrebbero apparire di difficile comprensione se non proprio schizofrenici¹⁴⁴. Da ultimo, com'è noto, la Suprema Corte a Sezioni Unite ha fornito

¹⁴¹ Com'è noto, il primo parere del Consiglio di Stato circa la vigenza delle norme in materia di esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche (cfr. *infra*), è il n. 63/1988: da quel momento si snoda un cammino giurisprudenziale, passante per diversi e significativi pronunciamenti apicali, che ho provato a ripercorrere di recente in C. NARDELLA, M. TOSCANO, L. P. VANNONI, *I simboli contesi. Simboli religiosi tra rappresentazioni pubbliche e conflitti giuridici*, Milano, UTET, 2023, p. 133 ss.

¹⁴² Così F. MARGIOTTA BROGLIO, *Il fenomeno religioso nel sistema giuridico dell'Unione Europea*, in F. MARGIOTTA BROGLIO, C. MIRABELLI, F. ONIDA (a cura di), *Religioni e sistemi giuridici. Introduzione al diritto ecclesiastico comparato*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 87 ss., sul punto p. 229.

¹⁴³ Com'è noto la Consulta, con ord. n. 389/2004 (emessa nel corso del procedimento che condurrà infine alla sentenza di cui alla nota successiva), ha respinto la questione di legittimità in ragione del rango secondario delle disposizioni indicate dal giudice rimettente. Al di là delle ineccepibili ragioni tecniche, colpisce la cura impiegata per evitare che nel testo dell'ordinanza potesse rinvenirsi qualsivoglia – seppur tiepido – indizio dal quale far discendere un orientamento della Corte nel senso della legittimità o meno dell'esposizione del crocifisso nelle aule delle scuole pubbliche: cfr. A. DE OTO, *Simboli religiosi nella Pubblica Amministrazione: l'inesauribile vicenda del crocifisso*, in M. PARISI (a cura di), *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 199 ss., partic. p. 213; J. PASQUALI CERIOLI, *Il crocifisso "afferma" la laicità, ma il giudice la nega. Commento critico a Tar Veneto, sent. 22 marzo 2005 n. 1110*, in *Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, cit., p. 219 ss., sul punto p. 219. Ritiene invece di poter leggere nell'ordinanza una "criptica indicazione a sfavore della presenza del crocifisso" A.G. CHIZZONITI, *Identità culturale e religiosa degli italiani ed esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. La Corte costituzionale si interroga, ma non si espone*, in *Osservatorio delle libertà ed istituzioni religiose* (www.olir.it), dicembre 2004, p. 3.

¹⁴⁴ Ricordo come la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, di fronte all'impiego antitetico del principio di laicità fatto dalle giurisprudenze apicali italiane in materia di esposizione del crocifisso, si sia limitata a rilevare che "the Consiglio di Stato and the Court of Cassation have diverging views in that regard and [...] the Constitutional Court has not gi-

una soluzione radicalmente innovativa, con l'evidente ambizione di reindirizzare il diritto vivente affrancandone finalmente i percorsi dalla rigida alternativa crocifisso vs. muro bianco; tuttavia, per raggiungere questo (condivisibile) obiettivo è stata costretta a proporre un'interpretazione delle fonti a dir poco forzata, che riscrive sostanzialmente il dettato normativo¹⁴⁵ e lascia inevitabilmente aperte alcune questioni di non poco rilievo dal punto di vista della sua applicazione pratica¹⁴⁶.

Al di là degli esempi e delle esperienze particolari, la sensazione è che anche in materia di rapporti Stato-confessioni si assista a uno scivolamento

ven a ruling [...]. It is not for the Court to take a position regarding a domestic debate among domestic courts" (*Lautsi e altri c. Italia*, ric. n. 30814/06, sent. 18 marzo 2011, § 68).

¹⁴⁵ Questo il tenore inequivoco dell'art. 118, r.d. 30 aprile 1924, n. 965, relativo alle scuole medie: "Ogni istituto ha la bandiera nazionale; ogni aula, l'immagine del crocifisso e il ritratto del Re". La disposizione, secondo i principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite nel 2021, deve invece essere interpretata "in conformità alla Costituzione e alla legislazione che dei principi costituzionali costituisce svolgimento e attuazione, nel senso che la comunità scolastica può decidere di esporre il crocifisso [e/o altri simboli] in aula con valutazione che sia frutto del rispetto delle convinzioni di tutti i componenti della medesima comunità, ricercando un 'ragionevole accomodamento' tra eventuali posizioni difformi".

¹⁴⁶ Le hanno evidenziate, tra gli altri, F. ALICINO, *Il crocifisso nelle aule scolastiche alla luce di Sezioni Unite 24414/2021. I risvolti pratici della libertà*, in *Diritti comparati* (www.diritticomparati.it), 11 novembre 2021; ID., *L'accomodamento ragionevole e l'equità della laicità italiana. L'esposizione del crocifisso alla luce dell'insegnamento che proviene dalla comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 1, p. 53 ss.; P. CAVANA, *Le Sezioni Unite della Cassazione sul crocifisso a scuola: alla ricerca di un difficile equilibrio tra pulsioni laiciste e giurisprudenza europea*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 19/2021, p. 1 ss.; A. CESARINI, "Vecchie" questioni e nuovi strumenti: il crocifisso scolastico e il diritto antidiscriminatorio, in A. NEGRI, G. RAGONE, M. TOSCANO, L.P. VANONI (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 79 ss.; N. COLAIANNI, *Dal "crocifisso di Stato" al "crocifisso di classe" (nota a margine di Cass., SS. UU., 9 settembre 2021, n. 24414)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 17/2021, p. 17 ss.; F. COLOMBO, *Laicità e sovranità della Repubblica nel suo ordine simbolico: il caso del crocifisso nelle aule scolastiche*, in *I simboli religiosi nella società contemporanea*, cit., p. 95 ss.; A. FUCILLO, *Il crocifisso negoziato. Verso la gestione privatistica dei simboli religiosi*, in *giustiziacivile.com*, 8 dicembre 2021; A. LICASTRO, *Crocifisso "per scelta". Dall'obbligatorietà alla facoltatività dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (in margine a Cass. Civ., sez. un., ord. 9 settembre 2021, n. 24414)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 21/2021, p. 17 ss.; J. PASQUALI CERIOLI, *La mediazione laica sul crocifisso a scuola nel diritto vivente: da simbolo pubblico "del potere" a simbolo partecipato "della coscienza"*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2022, 1, p. 10 ss.; G. PAVESI, *Simboli religiosi e accomodamento ragionevole 'all'italiana' nella recente giurisprudenza di legittimità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 6/2022, p. 1 ss.; S. PRISCO, *La laicità come apertura al dialogo critico nel rispetto delle identità culturali (riflessioni a partire da Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021)*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 21/2021, p. 53 ss.; M. TOSCANO, *Il crocifisso 'accomodato'. Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni unite civili, n. 24414 del 2021*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18/2021, p. 45 ss.

dal punto di vista dell'incidenza delle fonti e dello svolgimento dei poteri: a Costituzione disattesa (senza incisivi riorientamenti della Consulta) e legge silente (per colpevole assenza del Parlamento), lo svolgersi di alcune forme di libertà resta appannaggio delle fonti secondarie e del potere giudiziario, come emerge da quanto scritto nei paragrafi precedenti.

A ciò si accompagna anche una certa dose d'improvvisazione, che orienta due atteggiamenti diversi a seconda che si assuma la prospettiva dell'Amministrazione o quella delle organizzazioni religiose. Se infatti l'operare della prima sembra talvolta rispondere a un autoassolvente 'liberi tutti' – di fare o non fare, di regolare in un modo piuttosto che in un altro, di interloquire con qualcuno e non con qualcun altro, e via dicendo –, in una versione aggiornata (ma non troppo) dell'arbitrio assolutista; di converso, mi pare che l'*animus* confessionale sia più efficacemente sintetizzato in un appello al 'si salvi chi può', posto che solo ai gruppi che presentano certi requisiti di 'affidabilità' e reputazione è consentito accedere a discipline giuridiche di vantaggio per mezzo di accordi con lo Stato¹⁴⁷.

Il risultato, nel campo degli accordi (concordati, intese, convenzioni, protocolli, etc.), finisce per essere un miscuglio di elementi talvolta dissonanti: buone intenzioni, elevazione dei livelli generali di soddisfazione della libertà religiosa, ma anche rigurgiti neo-giurisdizionalisti e, talvolta, una certa sciatteria sia istituzionale sia normativa (mi sembra emblematico quanto ricordato al § 3.2 a proposito dell'intesa del 2018 in materia di assistenza spirituale agli appartenenti alle forze armate).

Mi pare che un esempio recente del disordine in cui versano la tutela della libertà di religione e il sistema di relazioni e rapporti Stato-confessioni possa essere tratto anche da quanto occorso (ed evocato *supra*, § 2) durante il c.d. tempo della pandemia: la gestione statale delle misure anti-contagio articolate in 'fasi' ha tradito un'evidente concezione ancillare (se non proprio deteriore) della libertà di religione rispetto ad altri diritti più strettamente collegati con ricadute economiche¹⁴⁸; al contempo, a un gene-

¹⁴⁷ Per uno sguardo d'insieme sui punti di tensione che emergevano dal sistema, anche prima della discussa sent. n. 52/2016 della Corte costituzionale, v. A. FERRARI, *La libertà religiosa in Italia. Un percorso incompiuto*, Roma, Carocci, 2012, p. 75 ss.

¹⁴⁸ Cfr., volendo, M. TOSCANO, *Libertà di culto e collaborazione tra Stato e confessioni religiose al tempo dell'emergenza sanitaria*, in M. BIASI, F. FERRARO, D. GRIECO, S. ZIRULIA (a cura di), *L'emergenza Covid nel quadro giuridico, economico e sociale. Quattro chiavi di lettura: distanza, disuguaglianza, comunicazione, responsabilità*, Atti del II convegno annuale del Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria", 15-18 marzo 2021, Milano, Giuffrè, 2021, p. 145 ss. Per un'attenta analisi delle complanarità e delle tensioni tra dimensione economica e dimensione sociale del fattore religioso, in relazione agli ultimi anni e con particolare attenzione a quelli

rico richiamo al paradigma collaborativo Stato-confessioni e a un erroneo richiamo alla bilateralità costituzionale – che, come invece è stato fatto sopra, potrebbe tutt'al più essere evocata in forma a-tecnica o apparente, sempre che si voglia ammettere simile scivolamento semantico in relazione a un principio costituzionale – si è accompagnata la definizione unilaterale di contenuti giuridici da consegnare ai ben noti protocolli per la ripresa delle celebrazioni liturgiche¹⁴⁹.

Certamente, come scrive Fabiano Di Prima e come si può senz'altro ribadire in questa sede, si assiste alla soddisfazione in concreto di alcune esigenze pratiche di libertà. Non sono però sicuro che questo sia sufficiente per alimentare l'ottimismo e disattivare ogni segnale d'allarme: mi pare piuttosto che nella maggior parte dei casi si tratti di risultati incidentali, disordinati, in qualche modo inevitabili come è inevitabile che in una social-democrazia – per quanto perfettibile – le libertà trovino prima o poi qualche punto di emersione, come acqua che scorre carsicamente per poi guadagnare la superficie; ma per arrivare ad avere un sistema ordinato e coerente di (fonti, anche bilaterali, a) protezione della libertà di pensiero, coscienza e religione, la strada è ancora lunga.

dell'emergenza pandemica, v. invece G. D'ANGELO, J. PASQUALI CERIOLO, *L'emergenza e il diritto ecclesiastico: pregi (prospettici) e difetti (potenziali) della dimensione pubblica del fenomeno religioso*, in *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, cit., p. 383 ss.

¹⁴⁹Concordo con A. CESARINI, *I limiti all'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria e la 'responsabile' collaborazione con le confessioni religiose*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 18/2020, p. 1 ss., circa la possibilità di rinvenire una modalità aggiornata di collaborazione Stato-confessioni nella sottoscrizione di tali protocolli. Sulla loro natura non tecnicamente bilaterale cfr. invece G. CASUSCELLI, *Gli "effetti secondari" (ma non troppo) della pandemia sul diritto ecclesiastico italiano e le sue fonti*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 8/2021, p. 1 ss.; N. COLAIANNI, *La libertà di culto ai tempi del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 7/2020, p. 25 ss.; ID., *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, rivista telematica (www.rivistaaic.it), n. 4/2020, p. 208 ss.; P. CONSORTI intervistato da L.M. GUZZO, *Even non-catholic rituals start agani. For the first time agreement with islamic and other 'no undestanding' confessions*, in *Law, religion and the spread of Covid-19 pandemic – Diresom papers II*, a cura di F. Balsamo e D. Tarantino, raccolta pubblicata sul sito web del progetto *Diritto e religione nelle società multiculturali* (www.diresom.net), p. 63 ss.

ALDO TRAVI

GARANZIE ED EFFICIENZA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

1. *Garanzie ed efficienza: due principi non bilanciabili*

Garanzia ed efficienza, rispetto al processo, non sono principi – o, se vogliamo, valori¹ – che possano considerarsi sullo stesso piano. Siamo tutti consapevoli del fatto che oggi è in atto una tendenza, ampiamente rappresentata anche nella giurisprudenza costituzionale, che tende a privilegiare, di fronte a interessi contrapposti meritevoli di considerazione, soluzioni di bilanciamento così da configurare possibili equilibri o, forse meglio, possibili compromessi, e proprio in questa necessaria ponderazione identificano il ruolo alto del legislatore. L'ambito dei servizi pubblici è quello in cui più diffusamente questa logica trova applicazione. Rispetto ai servizi pubblici è fondamentale il canone dell'efficienza, intesa come capacità di erogare il migliore servizio possibile compatibilmente con le risorse a disposizione.

Un bilanciamento è concepibile, però, soltanto rispetto a interessi che siano di pari rango e che perciò siano collocabili allo stesso livello. Se gli interessi sono di rango diverso, ossia se al loro soddisfacimento corrisponda una gerarchia precisa sul piano giuridico, il loro confronto non può tradursi in un bilanciamento reciproco, perché se un interesse è di rango superiore non può essere condizionato da quello inferiore.

Il processo, qualunque sia la giurisdizione interessata, è sede di garanzie, in assenza delle quali non è possibile lo svolgimento di una funzione giurisdizionale². Di conseguenza queste garanzie non possono essere bi-

¹ Per la distinzione fra 'principi' e 'valori', con riferimento proprio al contesto costituzionale, cfr. di recente M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, soprattutto p. 98 ss.

² Cfr., in una prospettiva principalmente costituzionalistica, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Diritto e società*, 2014, p. 433 ss.

lanciate neppure rispetto ad esigenze di efficienza. D'altra parte la funzione giurisdizionale è funzione, non è servizio, e applicare le categorie proprie dei servizi pubblici a una funzione appare l'esito di un'assimilazione che lascia molto a desiderare³.

Le garanzie del processo sono quelle che trovano un riscontro nei principi rispecchiati anche nelle norme costituzionali: la garanzia del diritto d'azione e del diritto di difesa, la loro effettività, la garanzia del contraddittorio, la garanzia di un giudice terzo e imparziale, e innanzi tutto indipendente, la garanzia della motivazione della decisione giurisdizionale. Non sono principi suscettibili di essere limitati o condizionati da ragioni di efficienza. Se in gioco è la funzione giurisdizionale, il suo esercizio deve avvenire nel pieno rispetto di questi principi⁴.

Ciò, ovviamente, non significa che non valgano esigenze di efficienza nell'amministrazione della giustizia, e nel nostro caso, nell'amministrazione della giustizia amministrativa. Significa invece che queste esigenze – la cui importanza è sottolineata dalla scarsità delle risorse oggi a disposizione – devono trovare attuazione nel rispetto rigoroso delle garanzie, in un piano cioè subordinato ad esse, e non in una logica di reciproca ponderazione.

2. Le garanzie essenziali nel processo amministrativo e il loro confronto con le ragioni dell'efficienza: il tema della definizione anticipata del giudizio

In questa prospettiva mi sembra che il tema in esame presenti ugualmente ragioni particolari di interesse perché consente di cogliere quali garanzie si presentino appunto irrinunciabili nel processo amministrativo e non suscettibili di affievolimento anche di fronte ad esigenze conclamate di efficienza.

Questi aspetti si possono cogliere considerando alcune pronunce recenti

³ Eppure proprio il modello dei servizi pare oggi preso comunemente come riferimento. Si veda, per esempio, la determinazione dei c.d. carichi esigibili per i magistrati, secondo la risoluzione approvata dal CSM il 25 ottobre 2023 (www.csm.it/documents/21768/87316/risoluzione+carichi+esigibili+nazionali+%28delibera+25+ottobre+2023%29/f429b4e0-67d4-2149-9113-65463ac998dd). È stata elaborata utilizzando essenzialmente dati statistici.

⁴ A ragionare diversamente è come se lo Stato potesse decidere, per ragioni economiche, di rinunciare alla difesa di una parte del proprio territorio. Il paragone fra la difesa del territorio e una funzione primaria, come è quella giurisdizionale, a ben vedere non è pretestuoso: la funzione giurisdizionale è una ragione essenziale per l'ordinamento statale.

della Corte costituzionale e del Consiglio di Stato ed alcune previsioni del Codice del processo amministrativo. Innanzi tutto emerge nelle disposizioni sul processo amministrativo che sacrificano alcune fasi del processo, quando risulti assodato che esse siano inutili per la decisione della vertenza. Si pensi, per esempio, alla previsione della definizione del giudizio in esito alla trattazione in sede cautelare (art. 60 c.p.a.). Il risultato ricercato dal legislatore è rappresentato dall'accorpamento della fase cautelare nella decisione finale: questo risultato, però, è ammesso solo se il contraddittorio sia già stato integrato, se non vi siano esigenze istruttorie, se le parti non abbiano segnalato esigenze di integrazione delle loro domande, se non intendano proporre regolamento di competenza o di giurisdizione. In questo modo è stabilito che tutte le garanzie fondamentali debbano essere osservate e verificate; solo a questa condizione il principio di efficienza si impone sulla disciplina ordinaria del processo. Ovviamente, non è che il principio di efficienza diventi marginale; è significativo che il Consiglio di Stato si sia orientato nel senso che la definizione anticipata del giudizio in sede cautelare sia possibile anche se la parte abbia rinunciato in camera di consiglio alla misura cautelare. Una soluzione del genere, a ben vedere, non comporta alcun sacrificio per le garanzie processuali: la rinuncia all'istanza cautelare, dopo la fissazione della camera di consiglio, è un diritto della parte, ma la parte non ha il diritto di differire la definizione del giudizio in base a proprie valutazioni di opportunità (una volta che il processo sia stato introdotto, i tempi per la sua definizione non sono – e non devono essere – nella disponibilità della parte). La giurisprudenza ha anche precisato che la previsione della definizione anticipata incide sui termini riconosciuti alle parti intimare per le loro difese: le parti intimare non possono invocare i termini ordinari per la loro costituzione. Tuttavia la garanzia del diritto alla difesa non è sacrificata, perché questa garanzia non implica la spettanza di una specifica durata, ma implica solo la disponibilità di un termine congruo. E in questo stesso senso è significativo che il Consiglio di Stato, sempre ai fini della definizione anticipata del giudizio in sede cautelare, abbia preso in esame l'eventualità che la fase cautelare si possa svolgere anche nel periodo feriale ed abbia chiarito che, se è in corso la sospensione feriale, non possa essere sacrificato il diritto delle parti resistenti di costituirsi entro un termine congruo da misurarsi al netto dalla sospensione stessa.

Le esigenze di efficienza, in altre parole, possono incidere anche sui tempi a disposizione delle parti per le loro difese, ma incontrano limiti precisi, rappresentati appunto dalla insuperabilità delle garanzie essenziali. Capovolgendo i termini del confronto, possiamo anzi riconoscere che proprio istituti come quello appena richiamato consentono di identificare il

contenuto minimo essenziale della garanzia processuale. Una garanzia processuale non può essere definita in astratto, richiamandola nei suoi termini generali e prescindendo dalle modalità minime con cui deve essere attuata: la disponibilità di un termine congruo per la difesa attiene appunto alla definizione del diritto alla difesa, nelle sue modalità essenziali.

3. (segue): la garanzia del contraddittorio

Con riferimento alla garanzia della difesa e del contraddittorio, è significativa anche la previsione di una definizione del giudizio in presenza di un contraddittorio incompleto, “nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato” (art. 49 c.p.a., riproposto per il grado d’appello dall’art. 95 c.p.a.). Per il profilo attinente alla manifesta infondatezza del ricorso, questa previsione va inquadrata, a mio parere, nella disciplina del giudizio che verta su interessi legittimi e soprattutto nel caso dell’azione di annullamento: come è noto, infatti, il codice è modellato su questa azione, ma alcune disposizioni riferite a questa azione sono formulate in termini generali, anche se il riferimento specifico all’azione di annullamento sarebbe stato quanto mai opportuno. Nell’azione di annullamento, tipicamente azione su atti, il contraddittorio è fondamentale, ma se la domanda risulta ‘manifestamente’ infondata, l’integrazione del contraddittorio comporterebbe un ritardo nella decisione senza arrecare alcun beneficio di sorta. L’interesse della parte resistente o controinteressata ad essere evocata in giudizio per far valere le proprie ragioni per il rigetto del ricorso risulta assorbito dalla decisione di rigetto.

Anche in questo caso, però, l’attenzione va portata sui profili decisivi, che sono rappresentati dalla previsione che l’esito del giudizio sia necessariamente negativo (non vale una logica simmetrica, per un esito positivo) e che l’esito negativo del ricorso debba essere ‘manifesto’, e cioè debba risultare con sicurezza, senza margine di dubbio. Se l’esito negativo non fosse ‘manifesto’, ma fosse soltanto ‘probabile’, se cioè residuasse un margine di incertezza, la definizione anticipata potrebbe comportare, in definitiva, la perdita di un grado di giudizio utile per illustrare le proprie ragioni (ed è significativo che in un caso del genere il giudice d’appello disporrebbe un annullamento con rinvio). Nello stesso tempo la disposizione contribuisce a delineare meglio la garanzia del contraddittorio in un giudizio su atti: se il ricorso viene respinto per ragioni manifeste, non residua un interesse sostanziale della parte che avrebbe dovuto essere intimata, e di conseguenza per la parte non si può ravvisare neppure quella utilità minima che do-

vrebbe essere presidiata dalla garanzia del contraddittorio⁵.

Anche questo assetto merita di essere considerato con attenzione. La deroga alla garanzia sul contraddittorio non discende dalla circostanza che l'esito del giudizio sia scontato: se il ricorso risulta manifestamente fondato, la disciplina ordinaria del contraddittorio non può comunque essere sacrificata. L'inutilità della difesa non è in funzione della certezza dell'esito del giudizio, ma è in funzione della circostanza che l'esito che si profila come 'indiscutibilmente certo' non possa comunque andare a danno della parte che non è stata evocata in giudizio.

4. (segue): la tutela cautelare

Alcune considerazioni mi sembrano opportune anche per valutare alcune previsioni che sono attualmente oggetto di discussione.

Mi riferisco, innanzi tutto, alla possibilità di assorbimento della tutela cautelare nel giudizio di merito, quando di questo giudizio sia prevista una definizione in tempi ravvicinati. Alcune pronunce della Corte costituzionale che hanno influenzato anche il Codice del 2010⁶ hanno affermato con chiarezza l'essenzialità della tutela cautelare nel processo amministrativo, superando posizioni più ambigue espresse in precedenza dalla stessa Corte negli anni '70⁷. La tutela cautelare rappresenta una componente necessaria del diritto d'azione. Di conseguenza, per esempio, la tutela cautelare non può essere esclusa nei giudizi sui contratti pubblici, anche se la decisione del giudizio sia prevista con notevole celerità: la Corte costituzionale nel 1996⁸ ha riconosciuto che la circostanza che in alcune disposizioni⁹ la possibilità di una fase cautelare non fosse menzionata non poteva significare assolutamente che essa fosse esclusa.

⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2013, n. 5393, che richiama il principio di economia processuale.

⁶ In particolare si fa riferimento a Corte cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, c. 1881, con nota di A. PROTO PISANI, e in *Foro it.*, 1985, I, c. 2491, con nota di A. ROMANO; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 1297, con nota di M. NIGRO; in *Giur. cost.*, 1985, I, c. 1319. Della sentenza fu estensore, come è noto, V. Andrioli.

⁷ Cfr. particolarmente Corte cost., 19 dicembre 1974, n. 284, secondo cui, in presenza di una "ragionevole giustificazione", il legislatore avrebbe potuto limitare la possibilità di tutela cautelare. A questa pronuncia si richiamò successivamente Corte cost., 12 luglio 1975, n. 227.

⁸ Corte cost., 16 luglio 1996, n. 249.

⁹ Si trattava, ovviamente, di disposizioni precedenti al Codice del 2010.

Ciò non toglie che alcune volte la tutela cautelare sia stata considerata anche dal legislatore in termini critici, come un pericolo per una efficienza di sistema¹⁰. Nel c.d. rito sportivo, introdotto nel processo amministrativo per il periodo dell'emergenza sanitaria¹¹, ma poco dopo esteso nella sua portata temporale¹², la tutela cautelare è circoscritta alla fase monocratica, presidenziale; nei giudizi relativi ad atti preparatori di esclusione dal procedimento elettorale non è contemplata espressamente e una giurisprudenza amministrativa ne ha escluso la praticabilità¹³. In questi casi è stato rilevato, in modo condivisibile, che i tempi di una decisione molto celere sarebbero già di per sé idonei a garantire le ragioni proprie di una tutela cautelare. Mi chiedo, però, se questa conclusione possa essere generalizzata e se, per esempio, possa valere anche per l'esclusione della tutela cautelare nei giudizi demandati al giudice ordinario in tema di immigrazione, che rappresentano un banco di prova importante per la tenuta di una tutela processuale nei confronti dell'amministrazione al passo con i principi costituzionali. Come è noto, gli interventi della Corte costituzionale, a questo proposito, sono ancora piuttosto evasivi¹⁴.

Alcuni interrogativi di questo genere sono stati sollevati anche rispetto alla sentenza in forma semplificata. È noto come questa tipologia di sentenza sia stata considerata in termini eterogenei dal legislatore: rappresenta infatti una modalità speciale per la decisione dei ricorsi, e precisamente dei ricorsi il cui esito – positivo o negativo – sia manifesto (art. 74 c.p.a.), ma in certe materie rappresenta invece la modalità ordinaria per la decisione, indipendentemente dalla complessità delle questioni sollevate (è il caso dei giudizi in tema di ottemperanza, di accesso, di silenzio, ma anche di appalti pubblici, ecc.). Elemento comune è rappresentato dalla sinteticità della de-

¹⁰ La posizione critica riemerge periodicamente (per esempio, in occasione dell'elaborazione dei progetti per l'attuazione del PNRR), come se la tutela cautelare fosse un pericolo per il conseguimento di obiettivi di benessere sociale.

¹¹ Cfr. art. 218, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77.

¹² Questa disciplina, originariamente destinata a valere solo per un periodo limitato (e cioè fino a 60 giorni dopo la scadenza del periodo di emergenza per COVID 19) è stata prorogata fino al 31 dicembre 2025 dall'art. 5-*quaterdecies*, d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, conv. in l. 30 dicembre 2022, n. 199. Con l'art. 35, d.l. 22 giugno 2023, n. 75, conv. in l. 10 agosto 2023, n. 112 la sua portata è stata lievemente ridimensionata.

¹³ Per un esame di questa giurisprudenza cfr., in termini critici, M. MANCINI, *Sull'intrinseca incompatibilità dell'incidente di costituzionalità con il rito pre-elettorale di cui all'art. 129 del Codice del processo amministrativo*, in *Queste istituzioni* n. 4/2022, p. 44 ss.

¹⁴ Cfr. Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 432.

cisione: “*La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*”. Dunque una sentenza di più facile redazione, profilo che sembra affascinare un legislatore alla ricerca sempre di una maggiore produttività dei giudici proclamata essenzialmente in termini statistici.

La sentenza in forma semplificata solleva in realtà due ordini di dubbi, sul piano delle garanzie.

Il primo concerne la tecnica dell'assorbimento c.d. improprio nelle sentenze di accoglimento, quando l'annullamento possa essere disposto sulla base della ragione più liquida (ad un singolo punto risolutivo della controversia)¹⁵. Questa soluzione, però, deve misurarsi con il principio della domanda, che nel caso dell'azione di annullamento in genere non è indifferente alle censure proposte. L'utilità dell'azione proposta, come ha insegnato particolarmente Mario Nigro, è spesso determinata dall'effetto conformativo della sentenza. Il principio della domanda per questo aspetto risulta perciò un corollario del diritto d'azione. Un assorbimento improprio si può ammettere solo nei termini in cui lo ammetteva Comoglio nella sua monografia sul principio di economia processuale, ossia nei termini in cui la sentenza, pur derogando agli schemi della pregiudizialità processuale o dell'alternatività dei motivi, sia soddisfatta alla luce degli scopi pratici della lite¹⁶: sia cioè capace “di esaurire la materia controversa e definire il giudizio senza lasciare residui di lite”¹⁷. Di conseguenza non si può condividere l'immagine di una sentenza in forma semplificata che giustifichi un assorbimento più ampio¹⁸ e tale da sacrificare l'effetto conformativo proprio di una sentenza che si pronunci su ‘tutta’ la domanda.

Il secondo dubbio concerne la motivazione. Il nucleo essenziale della motivazione, secondo l'insegnamento di Calamandrei¹⁹, è rappresentato dalla giustificazione della soluzione che il giudice ha maturato a valle della selezione dei diversi argomenti, ma in alcune occasioni sorge il dubbio che anche questo nucleo essenziale sia stato compromesso. Per esempio, le re-

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2013, n. 3696, in riferimento all'art. 120, comma 10, c.p.a., oggi art. 120, comma 5, c.p.a.

¹⁶ L.P. COMOGGIO, *Il principio di economia processuale*, vol. I, Padova, 1980, p. 259.

¹⁷ L.P. COMOGGIO, *Il principio di economia processuale*, cit., p. 257. In termini, cfr. Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

¹⁸ Più ampio di quanto non sia consentito in termini più generali rispetto ad una sentenza ordinaria.

¹⁹ Cfr. particolarmente P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, oggi in *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, Roma, 2019, p. 664 ss.

centi disposizioni sulla sentenza in forma semplificata nel c.d. rito sportivo affermano che *“La motivazione della sentenza può consistere anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie”*, e la stessa formula è stata riprodotta nell’art. 36 del nuovo codice dei contratti pubblici²⁰ a proposito del giudizio sull’accesso nei confronti di documenti di gara soggetti ad oscuramento parziale. Non si può ignorare l’orientamento espresso dal Consiglio di Stato secondo cui *“può dunque desumersi il tendenziale consolidarsi di un principio di portata generale secondo cui nel bilanciamento tra esigenze di garanzia e quelle del buon andamento del processo, inteso come forma necessaria del giudizio e quindi dell’accertamento giudiziale, le esigenze di celebrità e quelle proprie dell’amministrazione c.d. di risultato, giustificano l’ammissibilità di tecniche motivazionali finalizzate a semplificare la fase di stesura della motivazione – spesso connotata da particolare complessità e quindi suscettibile di dilatare in modo significativo i tempi di deposito della sentenza e quindi di definizione del processo, in tal modo vanificando la stessa utilità della decisione – anche mediante il solo il rinvio alle argomentazioni delle parti che il giudice, condividendole, ritenga di far proprie, assumendole al fine di dare evidenza all’iter logico giuridico che ha condotto alla decisione”*²¹. Un mero richiamo, in realtà, non è sufficiente: dal richiamo alle difese di una parte non si coglie la ragione dell’adesione a quelle difese. Manca un anello essenziale. E la mancanza di questo anello non può essere giustificata dalla ‘amministrazione di risultato’, né, nel rito sportivo, dalla circostanza che la sentenza debba essere depositata *“entro il giorno successivo a quello dell’udienza”*²², termine portato a cinque giorni per la sentenza nel rito sull’accesso introdotto dall’art. 36 del nuovo codice dei contratti pubblici.

5. Considerazioni conclusive (rispetto a un legislatore assai frettoloso)

Questi esempi confermano le considerazioni iniziali: le ragioni di efficienza non possono compromettere le componenti essenziali delle garanzie processuali. Centrale diventa l’individuazione di tali componenti essenziali.

²⁰ Codice approvato, come è noto, con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36.

²¹ Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4422. La decisione trae spunto da pronunce del giudice amministrativo che avevano ammesso nella sentenza il mero richiamo alle difese delle parti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2021, n. 224) e prima ancora da una pronuncia della Corte di cassazione (Cass., sez. lav., 9 luglio 2020, n. 14629).

²² Art. 218, comma 3, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77.

Nello stesso tempo emerge l'importanza di un profilo che è ricondotto comunemente alla tematica delle garanzie e che richiederebbe però una valutazione più articolata: alcune garanzie hanno una dimensione pratica che ne giustifica una modulazione, ma la modulazione deve rispettare limiti precisi. Si pensi alla compressione dei termini per il deposito delle memorie in alcuni riti speciali avanti al giudice amministrativo: in genere si riconosce al legislatore un'ampia discrezionalità nella fissazione dei termini processuali, ma si deve anche avere consapevolezza che oltre ad una certa compressione la riduzione del termine pregiudica l'effettività della difesa, fra l'altro senza benefici significativi per la celerità della decisione. Questa considerazione vale particolarmente per il processo amministrativo, che rimane, nonostante tutto, un processo fondato su un contraddittorio scritto.

Deve essere chiaro, ad ogni modo, che il problema rappresentato dalla durata abnorme del procedimento giurisdizionale non è una conseguenza delle norme sulle garanzie. Se nel rito sugli appalti e negli altri giudizi contemplati dall'art. 119 c.p.a. i termini per le difese conclusionali fossero quelli ordinari, e non quelli dimezzati stabiliti per i c.d. riti accelerati, il ritardo nella decisione sarebbe praticamente irrilevante e la difesa delle parti potrebbe essere meno problematica e più meditata.

Su un piano diverso, preoccupa invece il richiamo a una logica di bilanciamento, quando siano in gioco garanzie fondamentali, di rilievo anche costituzionale, come quella rappresentata dalla motivazione della sentenza o dalla completezza della decisione. Ritengo che, invece di elaborare categorie nuove, meriterebbe di essere ripresa la riflessione, avviata una quarantina d'anni fa, sul principio di economia processuale²³. E, come appunto è stato prospettato una quarantina d'anni fa a proposito di tale principio, la riflessione meriterebbe di essere riproposta nel segno della razionalità nell'esercizio da parte del giudice di un potere di apprezzamento nella conduzione del processo, più ancora che nell'imposizione di regole ferree.

²³ Mi riferisco in particolare alla monografia di Comoglio, già richiamata nel testo.

LUIGI PELLECCHI

FORTUNA IUDEX: IL SORTEGGIO E I SUOI SPAZI NEL PROCESSO CIVILE ROMANO

1. Dal momento che il tema proposto, per questa felice giornata di confronto multidisciplinare, non potrà prescindere dal considerare una serie di tecnicismi propri della mia disciplina, vorrei affidare alla letteratura il compito d'introdurlo. Spero così di poter arrivare al punto con l'immediatezza dell'arte, chiarendo al tempo stesso prospettive e limiti della rassegna dei testi romani a cui mi accingo.

Apprendo le *Satire*, scrive Orazio: «come spieghi che nessuno sa vivere secondo il proprio destino, non importa se sia stata la ragione (*ratio*) a darglielo o la sorte (*fors*) a procurarglielo, e prova invidia per chi ha preso vie diverse?»¹. La domanda è rivolta a Mecenate, il patrono letterario per eccellenza, con cui il poeta, secondo una recente ipotesi, proseguirebbe l'immaginario dialogo, commentando sottotraccia gli eventi politici dell'epoca². Ovviamente, per chi si occupa di diritto, non è una questione come questa, di critica letteraria, a interessare direttamente. Né può interessare più di tanto che il verso di Orazio ricordi al lettore di ogni tempo quanto sia facile cadere nell'insoddisfazione costante di sé. Il punto importante sta nella lapidaria opposizione – se assoluta (perché filosofica) o relativa, è ulteriore questione da tralasciare – dei due elementi da cui il destino dell'uomo è fatto dipendere, vale a dire il caso, e ciò che è invece l'uomo stesso a calcolare: *fors*, come sinonimo di *sors*, e *ratio* nella lingua del poeta³. Allo stesso scopo, cioè per opporre la casualità a quanto l'uomo realiz-

¹ Hor. Sat. 1.1.1-3: *Qui fit, Maecenas, ut nemo, quam sibi sortem | seu ratio dederit seu fors obiecerit, illa | contentus vivat, laudet diversa sequentis?*

² Cfr. L. WEEDA, *Horace's Sermones Book 1. Credentials for Maecenas*, Berlin-Boston 2019, spec. 47 ss., per l'analisi di Sat. 1.1.

³ Che l'alternativa *fors* / *ratio* riassume l'opposizione tra il sistema di pensiero epicureo e quello stoico era l'opinione già di alcuni commentatori tardoantichi (cfr. Ps.-Acron., *Schol. ad*

za con le proprie scelte, altri scrittori latini si avvalgono di una seconda coppia lessicale: *fortuna* e *iudicium*. «Io non mi sono in verità mai stupito» – scrive per esempio Plinio – «del fatto che le cose avvengono il più spesso per caso (*fortuna*) che per una scelta meritoria (*iudicium*)»⁴.

Almeno per questi due rapidissimi assaggi, sembrerebbe che la lingua latina ci restituisca l'immagine di due realtà antitetiche: *sors* e *fortuna* da un lato, come contrapposti a *ratio* e *iudicium* dall'altro lato. Ma sia *sors* sia *iudicium* sono vocaboli dalle accezioni varie, alcune delle quali rimandano direttamente al diritto, e al tema scelto per questa giornata. *Iudicium* rimanda infatti al piano del giudizio e del processo. Da *sors* viene invece il verbo deponente *sortior*, *sortiri*, per indicare il fatto di affidarsi al sorteggio, e dunque alla sorte, per prendere una decisione. Se *sors* e *iudicium* si oppongono, come si oppongono *sors* e *ratio*, oppure *fortuna* e *iudicium*, significa allora che “il processo” e “il sorteggio” costituiscono due realtà che si escludono a vicenda nel mondo romano? La sfera del lessico, come si è visto, sembrerebbe spingere in questa direzione⁵. Eppure, chi non ricorda le geniali pagine del *Pantagruel* di Rabelais, in cui si racconta di un giudice, Bridoye, che per l'intera sua carriera si sarebbe sempre attenuto al lancio dei dadi per decidere le cause? E chi non ricorda che a detta del giudice Bridoye sarebbe stato proprio il diritto romano, oltre a quello canonico, a insegnare che i processi vanno decisi in tal modo? Così Rabelais lo fa infatti rispondere a chi domandava al giudice di quali dadi parlasse:

«Les dez des jugemens, *alea iudiciorum*, des quelz est escript par Doct. 26 q. ij. c. *Sors*; l. *Nec emptio*, ff. de contrab. empt.; [l.] *Quod debetur*, ff. de pecul., et ibi Barthol., et desquelz déz vous aultres Messieurs ordinairement usez en ceste vostre cour souveraine, aussi font tous aultres juges en décision des procès, suivans ce qu'en a noté d. Henr. Ferrandat, et no. gl. in c. fin. de sortil., et l. *Sed cum ambo*, ff. de judi., ubi Doct. notent que le sort est fort bon, honneste,

Hor. Sat. 1.1.2), variamente ripresa dai moderni: cfr. da ult. A. LAW, *A Translation and Interpretation of Horace's Sermones, Book I*, Cambridge, 2021, p. 19; cautela in questo senso è raccomandata tuttavia da E. GOWERS, *Horace. Satires Book I*, Cambridge, 2012, p. 63.

⁴Plin. ep. 7.29.3: *Equidem numquam sum miratus, quae saepius a fortuna quam a iudicio profiscerentur*: sul contesto che fa da premessa alla constatazione (così come sul personaggio a cui essa è amaramente riferita), vd. R. LANGLAND, *Exemplary Ethics in Ancient Rome*, Cambridge, 2018, p. 245 s.

⁵Per una analisi linguistica più esaustiva delle «notions antagonistes» di *sors* e *fortuna*, vd. F. BIVILLE, *Sors, sortiri, sortitio. Pratiques et lexique du tirage au sort dans le monde romain*, in L. LOPEZ-RABATEL, Y. SINTOMER (dir.), *Tirage au sort et démocratie. Pratiques, instruments, démocratie*, in *Participations*, numéro hors série, 2019, p. 139 ss.

utile et nécessaire à la vuidange des procès et dissensions. Plus encore apertement l'ont dict Bal., Bart. et Alex., *C. communia de [leg.] l. Si duos*⁶.

Nel ripercorrere il brano, possiamo evitare di porci il problema di sciogliere le allegazioni di fonti e *doctores* dell'*utrumque ius*, sfruttate da Rabelais. A tal fine ci si può rivolgere a studi appositi, i quali hanno tra l'altro è evidenziato con quanta consapevolezza e perizia lo scrittore cinquecentesco reimpieghi le allegazioni in questione⁷. Ciò che in questa sede interessa è l'essenziale del messaggio consegnato al lettore, e cioè che la possibilità di affidarsi alla sorte, per decidere le cause, trova la sua giustificazione nel diritto romano. Si tratta di una parodia, naturalmente, che tra l'altro ha suscitato più d'una interpretazione circa la teoria del diritto, della giustizia e del processo a cui lo scrittore vorrebbe dar voce⁸. Ma che cosa contiene di vero? E che cosa ha a che fare con la parodia di Rabelais il tema generale a cui questo nostro incontro pluridisciplinare è dedicato: «*Garanzia e efficienza nell'amministrazione della giustizia*»?

Alla domanda – per concludere questo esordio fin troppo lungo – è facile rispondere richiamandosi soprattutto alla dottrina anglosassone. È noto a tutti che a partire dalla fine del secolo scorso il tema del sorteggio è tornato alla ribalta del dibattito pubblico, grazie alle molte virtù che alla *Sortition* si attribuiscono, dalla democraticità, all'imparzialità, fino all'economicità della decisione, in termini di rapidità e costi di elaborazione⁹. Dal

⁶F. RABELAIS, *Le Tiers Livre*. Édition critique commentée par M.A. Screech, Genève, 1964, chap. 39, p. 269 s.

⁷Vd. in part. gli studi, pressoché coevi, di E. NARDI, *Rabelais e il diritto romano*, Milano, 1962, pp. 159-161, e J.D.M. DERRET, *Rabelais' Legal Learning and the Trial of Bridoye*, in *BHR* 16, 1963, pp. 128-130, nn. 8-13.

⁸Per un bilancio recente, vd. G. ROSSI, *Alea iudiciorum. Le sentenze (in)appellabili del giudice Bridoye*, in G. ROSSI, D. VELO DALBRENTA, C. PEDRAZZA GORLERO (curr.), *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, Napoli, 2017, 132 ntt. 23-24, p. 138 s. nt. 35, p. 151 nt. 53. Adde A. INCAMPO, *Rabelais dinanzi al processo*, in G. TRACUSSI (cur.), *Letteratura e processo*, Torino, 2022, p. 27 ss.

⁹Vd. ex mult. O. DOWLEN, *The political Potential of Sortition. A Study of the Random Selection of Citizens for Public Office*, Exter, 2008; H. BUCHSTEIN, *Demokratie und Lotterie. Das Los als Politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU*, Frankfurt, 2009; G. DELANNOI, O. DOWLEN (eds.), *Sortition. Theory and Practice*, Exeter, 2010; P. STONE, *The Luck of the Draw: The Role of Lotteries in Decision Making*, Oxford, 2011; A. GUERRERO, *Against Elections: The Lottocratic Alternative*, in *Philosophy & Public Affairs* 42, 2014, pp. 135-178; E.O. WRIGHT, J. GASTIL, *Legislature by Lot. Transformative Designs for Deliberative Governance*, Edinburgh, 2019; D.M. FARRELL, P. STONE, *Sortition and Mini-publics. A different Kind of Representation*, in R. ROHRSCHEIDER, J. THOMASSEN (eds.), *The Oxford Handbook of Political Representation in Liberal Democracies*, Oxford, 2020, pp. 228-246; V. JACQUET, C. NIESSEN, M. REUCHAMPS, *Sortition*,

momento che anche il tema della giustizia è stato interessato da questo dibattito, gettare uno sguardo al passato romano del sorteggio processuale è cosa che si giustifica da sé. Due circostanze dovrebbero però accrescerne l'interesse. La prima è che in quella letteratura anglosassone che è divenuto d'obbligo citare nella discussione della *Justice by Lottery*, da J. Elster a N. Duxbury¹⁰, la citazione di Rabelais e delle allegazioni del giudice Bidoye è essa stessa tanto di prammatica quanto di maniera¹¹, nel senso che non è accompagnata da un reale interesse verso l'esperienza romana. La seconda circostanza è che il confronto specialistico verso questa esperienza, cioè verso il sorteggio processuale per come i romani concretamente lo vivevano, è stato finora condotto soffermandosi su singole ipotesi, senza ambire a proporre del tema una rappresentazione generale¹².

Se il tema è dunque quello dello spazio complessivamente riconosciuto al sorteggio nel processo romano, il suo svolgimento sarà di seguito diviso in tre parti. La prima (§ 2) attiene al ricorso a quello che si potrebbe convenire di chiamare “sorteggio procedurale”. Dietro l'etichetta, sta il tentativo di censire quali decisioni, all'interno del complesso iter di organizzazione e di impostazione di una causa civile, i romani demandassero alla sorte. La seconda parte (§ 3) guarda invece al sorteggio nella prospettiva di Rabelais, vale a dire come meccanismo per decidere la causa nel merito. Non più dunque sorteggio procedurale, ma “sorteggio decisorio”; così si

its Advocates and its Critics. An Empirical Analysis of Citizens' and MPs' Support for Random Selection as a Democratic Reform Proposal, in *International Political Science Review* 43, 2022, pp. 295-316.

¹⁰ J. ELSTER, *Solomonic Judgements. Studies in the Limitation of Rationality*, Cambridge, 1989; N. DUXBURY, *Random Justice. On Lotteries and Legal Decision-Making*, Oxford, 1999. Sul versante dei rapporti tra diritto e letteratura, è da segnalare anche la ripresa del romanzo distopico di J. CHARPENTIER, *Justice 1965*, Paris, 1954, ripubblicato in trad. it., a cura di G. Vitiello, con il titolo *Justice Machines. Racconto di fantascienza giudiziaria*, Macerata, 2015; nell'opera si preconizza un futuro di apparecchi cibernetici deputati a estrarre a sorte le pronunce in favore di una delle parti in causa. Sul romanzo e il suo significato, anche in rapporto alle applicazioni dell'informatica nella giustizia predittiva, vd. di recente G. DONATI, *Justice Machines. Racconto di fantascienza giudiziaria*, in A. CATTANEO, G. FORTI, A. VISCONTI (curr.), *Oltre i confini della realtà. La fantascienza e gli orizzonti distopici della giustizia*, Milano, 2023, p. 211 ss.

¹¹ Cfr. ELSTER, *Solomonic Judgements* (nt. 10) 51 nt. 44 e 99; DUXBURY, *Random Justice* (nt. 10) 55 s.

¹² Fa parzialmente eccezione il recentissimo saggio di P. BONGIORNO, *Pratiche di sortitio nel processo romano fra repubblica e principato*, in *TSDP* 17, 2024, pp. 1-37. Pur se con una lettura dei testi ancora fortemente condizionata dalla metodologia interpolazionista (vd. ntt. 27 e 41), cfr. anche C. CASTELLO, *Il criterio della estrazione a sorte nell'art. 729 c.c. ed i suoi precedenti storici*, in *Ann. Fac. Giurispr. di Genova* 3, 1964, pp. 82-88.

potrebbe convenire d'inquadrarlo. Per finire (§ 4) si proverà a tirare le fila del discorso, chiedendosi se sia possibile abbozzare una filosofia complessiva del sorteggio processuale romano, capace di tenere conto delle due forme che abbiamo distinto.

Prima di entrare nel merito, un *caveat* iniziale è tanto ovvio quanto d'obbligo. Quando si parla di processo romano, se anche si circoscrive il campo al processo civile, per poi specificare che ci si riferirà essenzialmente al processo formulare, non si deve comunque mai dimenticare che il processo formulare, storicamente parlando, non è affatto quel monolite che i manuali restituiscono in una forma inevitabilmente appiattita, bensì un processo che nei propri dettagli ha conosciuto un'infinità di variabili di tempo e di luogo; variabili che in larga parte sfuggono ai moderni, trattandosi di un processo inattuale nel sesto secolo dopo Cristo, e perciò tralasciato in quella compilazione di Giustiniano che rimane il maggior serbatoio di informazioni sull'esperienza giuridica romana. Il *caveat* è insomma di prendere con grande cautela la breve rassegna che sarà proposta nelle prossime pagine, sapendo che le singole situazioni in cui le fonti documentano il ricorso al sorteggio non si possono generalizzare prima di averle adeguatamente contestualizzate, e con una precisione molto maggiore rispetto a quanto si riuscirà a fare in questa sede.

2. Il caso senz'altro più noto e documentato d'impiego processuale del sorteggio è quello che riguarda la formazione della giuria dei *recuperatores*. Come si sa, i romani affidavano la definizione di gran parte delle liti private a un giudice unico, sulla cui scelta i contendenti erano addirittura invitati a mettersi d'accordo, o direttamente, cioè scegliendo una persona di comune fiducia, che rispettasse alcuni requisiti minimi, oppure lasciando che l'attore proponesse a uno a uno i nominativi inclusi nell'*album iudicum*, fintanto che il convenuto non ne accettasse uno¹³. Per le liti di maggior significato sociale, ci si preferiva però affidare al verdetto di una giuria, alla cui selezione, almeno in età del principato, si arrivava combinando sorteggio e ricusazioni, secondo un meccanismo che in parte ricorda quello

¹³ Sul punto vd. la dettagliata esposizione di P. LAMBRINI, *Titius iudex esto. La scelta del giudice privato nel processo formulare*, in L. GAROFALO (cur.), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, Padova, 2012, pp. 318-325. Sull'eccezione rappresentata dal giudizio di divisione dei confini e, forse, dai giudizi divisori più in generale, vd. *infra* in corrispondenza della nt. 26.

odierno delle *challenges* nordamericane¹⁴. Quale era la ragione di questo meccanismo? Viene ovviamente spontaneo rispondere che l'esigenza di base fosse di assicurare alle parti dei giudici imparziali. Ma la realtà, come vedremo subito, è più sfaccettata. Che il sorteggio fosse percepito come un meccanismo per evitare favoritismi non c'è alcun dubbio, tant'è che se un magistrato preferiva scegliere lui direttamente i giurati si esponeva immediatamente al sospetto di voler condizionare la causa, come ben dimostrano le accuse rivolte da Cicerone a Verre, quand'era governatore in Sicilia¹⁵. E a rovescio, è proprio all'insegna della garanzia di ricevere un giudice assolutamente imparziale che Plinio loda la scelta di Traiano di adottare *sortitiones* e *recusationes* anche nelle procedure di nomina dei giudici (forse, di nuovo, un collegio di *recuperatores*) assegnati alle cause che coinvolgevano il fisco imperiale¹⁶.

Una designazione imparziale della giuria non era però nell'interesse sol-

¹⁴ Sulle materie rimesse ai *recuperatores*, vd. da ult. D. KREMER, *Le procès devant les recuperatores*, in D. MANTOVANI, L. PELLECCHI, *Agere per formulas. Forme e dinamiche della giustizia civile in Roma antica*, cds. Ivi anche per il rapporto tra *sortitio* e *recusatio*, nella procedura di nomina del collegio giudicante, alla luce specialmente di *l. Irr.* cap. 89, con una interpretazione però non univoca delle modalità previste in via alternativa dalla legge per approntare la (sotto)lista di giurati che sarebbero stati poi oggetto della *sortitio* finale: cfr. anche LAMBRINI, *Titius iudex esto* (nt. 13), p. 330 s. Va altresì notato – anche come indice di quella relatività storica della procedura romana, di cui si diceva alla fine del § 1 – che in altre fonti epigrafiche il rapporto tra *sortitio* e *recusatio* appare rovesciato, con una procedura che prevede un ricorso preliminare al sorteggio, per formare una lista di giurati più ampia del dovuto, ridotta di seguito tramite *recusationes* alternate delle parti: cfr. *l. de prov. praet.* (= RS. I, n. 12), Cnid. col. V, ll. 14-19; *ed. Aug. ad Cyr. V (Sctum. Calvisianum = FIRA. I, n. 68)*, ll. 104-122. Dato lo stato lacunoso di *l. agr.* (= RS. I, n. 2) l. 37, è difficile dire se il provvedimento possa essere portato come esempio della scelta (eccezionale) di lasciare al magistrato il potere di approntare *sine sorte* la (sotto)lista dei nominativi ricusabili: sul punto vd. meglio BONGIORNO, *Pratiche di sortitio* (nt. 12) 14 e nt. 29, 24.

¹⁵ Cfr. in part., a proposito del processo orchestrato ai danni di Eraclio di Siracusa, Cic. 2 in Verr. 2.40: *quinque iudicibus nulla lege, nullo instituto, nulla reiectione, nulla sorte, ex libidine istius datis, non qui causam cognoscerent, sed qui quod imperatum esset iudicarent*. Per un recente inquadramento dell'episodio, vd. Ch. SCHWAMAI, *Cicero, De praetura Siciliensi (Verr. 2,2). Einleitung und Kommentar*, Berlin-Boston, 2019, p. 231 ss.

¹⁶ Plin. pan. 37: *Sors et urna fisco iudicem adsignat; licet reicere, licet exclamare: "Hunc nolo, timidus est et bona saeculi parum intellegit; illum volo, qui Caesarem fortiter amat"*. Sulle difficoltà d'inquadrare la natura – formulare o meno, e poi anche recuperatoria o meno – del processo impostato davanti al *praetor fiscalis*, vd. di recente F. ARCARIA, *Il bronzo di Italica (EE 1875, 149). Una testimonianza sulla competenza dei magistrati municipali in materia di operis novi nuntiatio*, in MEP 3, 2000, pp. 157-160; nonché J.M. BLANCH NOUGUÉS, *En torno al concepto de causa en el proceso delatorio fiscal romano*, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano III*, Madrid, 2016, p. 95 s.

tanto delle parti, ma degli stessi giurati. Nel mondo romano, quello di giudice era infatti un dovere civico non retribuito, dal quale si poteva essere esentati solo in presenza di motivi molto specifici. L'imparzialità del sorteggio garantiva dunque che questa corvée civica fosse assegnata senza favorire o penalizzare nessuno. È anche per questa ragione, che Vespasiano, quando fu indotto dal sovraccarico dei tribunali ordinari a creare delle commissioni giudiziarie *ad hoc*, formate probabilmente di senatori, lo fece appunto ricorrendo al sorteggio¹⁷. Infine, è da dire che il sorteggio dei giurati poteva essere congegnato in modo tale da assicurare che la giuria fosse percepita non solo come imparziale, ma anche come adeguatamente rappresentativa. È questa, per esempio, la soluzione adottata da Augusto nelle cause contro i governatori di provincia per le esazioni illecite a danno dei provinciali. La lite era affidata a una giuria di nove senatori, i quali andavano estratti però a sorte in modo tale da dare rappresentanza a varie categorie di ex magistrati che sedevano in senato: consolari, pretori e di rango inferiore¹⁸.

Sempre con riferimento alle giurie, un ultimo aspetto merita di essere ricordato, anche perché permette di toccare con mano quanto sia lacunosa la documentazione antica disponibile e quanto parziali siano di conseguenza gli inventari moderni. Il problema riguarda le modalità di voto dei giurati. Allo stato non è possibile dire se dai *recuperatores* si pretendesse un voto segreto, piuttosto che palese, o se il sistema potesse addirittura essere misto. Nel caso di voto palese, è però possibile che la procedura adottata ricalcasse quella seguita nelle giurie criminali, prima che nelle stesse si passasse al voto segreto. Ed è qui che viene in gioco l'ipotesi di un ricorso ulteriore al sorteggio. In un gruppo chiamato a esprimere il proprio voto apertamente, è infatti evidente che le prese di posizione delle persone più

¹⁷ Cfr. Suet. Vesp. 10.1: *Litium series ubique maiorem in modum excreverant, manentibus antiquis intercapedine iuris dictionis, accedentibus novis ex condicione tumultuque temporum; sorte elegit per quos rapta bello restituerentur quique iudicia centumviralia, quibus peragendis vix suffectura litigatorum videbatur aetas, extra ordinem diiudicarent redigerentque ad brevissimum numerum.* Sulla misura di Vespasiano, ampi dettagli in F. ARCARIA, *Sempteviralia iudicia*, in C. RUSSO RUGGERI (cur.), *Studi in onore di A. Metro*, I, Milano, 2009, pp. 68-74.

¹⁸ Ci si riferisce alle disposizioni del *Sctum. Calvisianum* (*supra* nt. 14), le quali stabilivano che dei nove giudici, della speciale commissione senatoria deputata all'esame delle accuse di estorsione, quattro fossero sorteggiati tra tutti i *consulares*, tre tra i *praetorii* e due tra i senatori degli ordini inferiori, come i precedenti presenti a Roma o nel raggio di venti miglia dall'urbe. Al netto di quanto osservato *incidenter* alla nt. 39, rinvio a BONGIORNO, *Pratiche di sortitio* (nt. 12) 23, per maggiori dettagli sulle norme ulteriori fissate dal provvedimento per la formazione del collegio.

rappresentative possono condizionare gli altri votanti. Per contenere questo rischio, la *lex Cornelia iudiciaria* stabiliva che l'ordine di voto fosse determinato dal caso¹⁹. A immaginare che lo stesso meccanismo fosse adottato nei processi civili per giuria, si potrebbe concludere che il sistema si faceva carico di evitare una possibile forma di condizionamento del giudice.

Un altro punto in cui l'ambizione di offrire una rappresentazione sistematica della procedura civile romana deve fare i conti con la frammentarietà della documentazione, riguarda l'ordine di trattazione dei processi. Da un passaggio delle Verrine, d'interpretazione peraltro non univoca, si è desunto che il regolamento giudiziario applicato in Sicilia prevedeva di affidare al sorteggio l'ordine di trattazione delle cause che pendevano dinnanzi al governatore. Il grecismo con cui Cicerone pare alludere a questo passaggio procedurale, *dicas sortiri*, ha fatto pensare che si trattasse del residuo di una pratica delle città greche di Sicilia, conservata dai romani²⁰. Va tuttavia osservato che il sorteggio delle azioni si presentava astrattamente come un rimedio utile a gestire un problema non della sola Sicilia, ma comune a tutta la giurisdizione romana in provincia.

Ogni provincia romana era infatti suddivisa in circoscrizioni, chiamate *conventus*, visitate dal singolo governatore secondo un calendario prestabilito. Chi doveva discutere una causa di competenza del *praeses* doveva dunque presentarsi nella sede del *conventus* di riferimento il giorno di apertura dello stesso. Le folle di postulanti potevano però essere imponenti (basti dire che nel 209 d.C., in Egitto, all'apertura di una delle assise locali vennero presentate al governatore circa duemila postulazioni), e non c'era garanzia che tutte le cause avrebbero potuto essere evase per tempo²¹. A queste

¹⁹ Cfr. per tutti B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, 1998, p. 139, sulla base di Cic. *pro Cluent.* 55 e 75.

²⁰ Così in part. L. MAGANZANI, *L'editto provinciale alla luce delle Verrine. Profili strutturali, criteri applicativi*, in J. DUBOULOZ, S. PITTIA (éds.), *La Sicile de Cicéron. Lectures des Verrines*, Besançon, 2007, p. 134 s., sulla base di Cic. 2 *in Verr.* 2.37. Dato peraltro che poco oltre (§ 44) Cicerone torna a impiegare l'espressione *dicas sortiri* nell'apparente significato di sorteggio delle giurie, a essere contestata, specie in passato, è stata l'idea stessa che la procedura siciliana prevedesse un sorteggio dell'ordine di trattazione delle cause: cfr. sempre MAGANZANI, *op. cit.* p. 135, nt. 27; al punto di vista dell'Autrice aderiscono comunque gli studi più recenti: cfr. J. DUBOULOZ, *Accommodating Former Legal Systems and Roman Law. Cicero's Rhetorical and Legal Viewpoint in the Verrine Orations*, in K. BERTHELOT, N. DOHRMANN, C. NEMO-PEKELMAN, *Legal Engagement. The Reception of Roman Law and Tribunals by Jews and other Inhabitants of the Empire*, Rome, 2021, p. 57; BONGIORNO, *Pratiche di sorteggio* (nt. 12), p. 9.

²¹ Cfr. J. FOURNIER, *Entre tutelle romaine et autonomie civique. L'administration judiciaire dans les provinces hellénophones de l'empire romain (129 av. J.C. – 235 apr. J.C.)*, Paris, 2010, p.

condizioni, favoritismi, entrate e prevaricazioni rischiavano evidentemente di essere la regola. Perciò non stupisce che ai governatori si raccomandasse, perlomeno in età imperiale, di adottare un *ordo aliquis postulatio-num*, così da non incorrere in sospetti di sorta²². A quali criteri dovesse ispirarsi l'*ordo* in questione non è precisato. Ma non stupirebbe se tra gli stessi potesse rientrare appunto anche il sorteggio. L'impiego dell'urna si sarebbe infatti presentato come un mezzo economico e imparziale per gestire una massa di ricorsi depositati pressoché in contemporanea, e rispetto ai quali l'ordine cronologico di iscrizione della causa a ruolo avrebbe perciò presentato evidenti criticità²³.

Accanto al sorteggio dei giurati e a quello dell'ordine di trattazione delle cause, che erano sorteggi di portata generale, nel senso che li si praticava per tutte le azioni che fossero di competenza dei *recuperatores* (nel primo caso) o che fossero state presentate in un *conventus* provinciale (nel secondo caso), esistevano poi dei sorteggi speciali, ai quali si ricorreva nell'ambito solo di processi di un certo tipo, e per risolvere problemi sollevati dalla loro particolare natura. Il riferimento è a una serie di sorteggi – alcuni sicuri, altri solo verosimili – praticati in seno ai giudizi divisorii.

Preliminarmente va ricordato che i giudizi divisorii sfuggivano alla dicotomia ordinaria dei ruoli processuali, perché non prevedevano la tradizionale contrapposizione tra attore e convenuto. Da un lato, lo scopo principale delle relative azioni, cioè di ottenere la divisione di una eredità o di una proprietà, oppure di (ri) fissare i confini divenuti incerti tra due proprietà, non presupponeva un contenzioso a monte. Dall'altro lato, quello che questi giudizi servivano a concretizzare era un diritto reciproco di coeredi, condomini e proprietari limitrofi. Per questo dei soggetti in que-

575 s. Proprio a partire dal caso delle 1804 petizioni presentate al prefetto d'Egitto all'apertura del *conventus* di Arsinoe (*P.Yale* I.61, ll. 5-10), l'Autore individua le due modalità secondo cui si sarebbe potuto provvedere alle domande che non si fosse riusciti a evadere per tempo, vale a dire lasciando che il governatore o esaminasse in un secondo momento la pratica allo stato degli atti e senza contraddittorio, oppure rinviasse le parti al *conventus* successivo, di fatto costringendole a seguirlo per la provincia.

²² Ulp. 1 *de off. proc.* D. 1.16.9.4: *Observare itaque eum oportet, ut sit ordo aliquis postulatio-num, scilicet ut omnium desideria audiantur, ne forte dum honori postulantium datur vel improbi-tati ceditur, mediocres desideria sua non proferant, qui aut omnino non adhibuerunt, aut minus frequentes neque in aliqua dignitate positos advocatos sibi prospexerunt.*

²³ Sul problema nel suo complesso vd. in part. J.P. BURTON, *Proconsuls, Assizes and the Administration of Justice under the Empire*, in *JRS* 65, 1975, pp. 99-102, il quale giustamente rileva come le fonti letterarie lascino filtrare la grande discrezionalità, di cui il governatore comunque godeva, di procedere anche *extra ordinem*.

stione era possibile dire che nel processo divisorio intervenissero come attore e convenuto l'uno nei confronti dell'altro²⁴. D'altro canto, sul finire della fase *in iure* si collocavano alcuni passaggi del processo formulare intrinsecamente legati proprio all'attribuzione dell'uno e dell'altro ruolo, ed è proprio in relazione ai passaggi in questione che una prima serie di applicazioni del sorteggio veniva con ogni probabilità in considerazione.

Innanzitutto, quanto alla scelta del *iudex unus*, si è già ricordato che, mancando un accordo diretto tra le parti, il sistema prevedeva che spettasse all'attore di proporre al convenuto, uno alla volta, i nominativi compresi nell'*album iudicum*²⁵. Come si sarebbe potuto procedere in un giudizio divisorio? Considerando l'impasse determinata dalla duplicità dei ruoli processuali, si può forse spiegare perché le fonti gromatiche serbino la traccia di un ricorso al sorteggio dei giudici chiamati a occuparsi delle cause di regolamento dei confini²⁶. Una analoga impasse doveva però poi evidentemente registrarsi al livello della *litis contestatio*, dal momento che spettava all'attore di recitare il testo della formula accordata dal pretore, così come spettava al convenuto di accettarla. Sicché coglie senz'altro nel segno chi propone di collegare (anche) a questo passaggio procedurale il sorteggio del ruolo di attore a cui accennano le fonti giurisprudenziali, nel caso in cui la parità formale delle parti del giudizio divisorio non fosse superabile nemmeno sul piano sostanziale, guardando da quale dei contitolari fosse partita l'iniziativa della divisione²⁷.

²⁴ Cfr. la prima parte di Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44.4: *Qui familiae erciscundae et communi dividundo et finium regundorum agunt, et actores sunt et rei.*

²⁵ Vd. *supra* in corrispondenza della nt. 13.

²⁶ Cfr. in part. Ag. Urb. *de contr. agr.* 74.24-27 La. = 33.21-24 Th., su cui vd. ora approfonditamente BONGIORNO, *Pratiche di sortitio* (nt. 12), pp. 5-8. È dell'Autore l'osservazione che la scelta di ricorrere al sorteggio del *iudex unus* per le cause basate sull'*actio finium regundorum* «vada forse vincolata alle difficoltà, avvertite nel dibattito giurisprudenziale, di distinguere lo stato di attore rispetto a quello di convenuto» (pp. 7-8). Se l'ipotesi coglie nel segno, sarebbe coerente estenderla alle azioni *familiae erciscundae* e *communi dividundo*, dove pure si dava (vd. nt. precedente) lo stesso genere di difficoltà.

²⁷ Cfr. la catena formata dai Compilatori, congiungendo D. 5.1.13 (Gai. 7 *ad ed. provinc.*) e D. 5.1.14 (Ulp. 2 *disp.*): *In tribus istis iudiciis, familiae erciscundae, communi dividundo et finium regundorum, quaeritur quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur. sed magis placuit eum videri actorem qui ad iudicium provocasset. Sed cum ambo ad iudicium provocant, sorte res discerni solet.* Per il collegamento dei due brani alle problematiche della *litis contestatio*, vd. M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023, p. 138 e nt. 240. Diversamente CASTELLO, *Il criterio* (nt. 12), pp. 86-88, il quale, senza motivazioni effettive, espunge la seconda parte di D. 5.1.13 e vede nella regola (a questo punto unica) del sorteggio dei litiganti una norma *ad hoc* di diritto provinciale, forse di recezione locale.

Ma se quello della *litis contestatio* era un problema tutto sommato formale, *apud iudicem* se ne sarebbe potuto presentare un altro, dalle ricadute reali, legato al fatto che il giudice di un'azione divisoria, oltre a sciogliere la comunione (e a ristabilire i confini), doveva anche valutare il dare e avere reciproco derivante dall'uso pregresso dei beni comuni. E questa parte della causa – quella cioè del rendiconto – natura contenziosa poteva averla senz'altro, perché si basava su rivendicazioni relative ai frutti percepiti, alle spese anticipate o ai danni procurati ai beni comuni. In relazione a rivendicazioni del genere – ecco allora il problema – quale delle due parti avrebbe dovuto prendere per prima la parola davanti al giudice, per prima esibire i documenti e per prima escutere i testimoni? E quale delle due parti, nell'organizzare la difesa, si sarebbe potuta giovare del ruolo più comodo di convenuto?²⁸ Dato che i litiganti si trovavano in partenza tutti nella medesima condizione, è verosimile che la cosa fosse anch'essa risolta per sorteggio. Se si trattasse di attenersi all'esito del sorteggio che già aveva fissato i ruoli utili per procedere alla *litis contestatio*, oppure di ripeterlo, non sappiamo. Sappiamo però che le fonti retoriche accennano a una *sortitio* effettuata appunto per fissare l'ordine di parola davanti al giudice; il che corrobora la verosimiglianza dell'ipotesi prospettata²⁹.

Infine, era ancora al sorteggio che si poteva finire per ricorrere, al termine della fase *apud iudicem* dell'*actio familiae erciscundae*, per stabilire presso quale dei coeredi avrebbe dovuto conservarsi il complesso della documentazione relativa all'eredità. L'archivio domestico del defunto era infatti escluso dalla divisione, e la sua disponibilità conferiva un vantaggio pratico evidente, in tutti i rapporti con i terzi in cui si fosse richiesta la prova documentale di un qualche diritto del defunto. A chi assegnarlo dunque? Se i coeredi erano in una posizione di assoluta parità, anche con riferimento alla misura della quota e non riuscivano a trovare un accordo

²⁸ Sul vantaggio retorico che derivava dal poter svolgere in dibattimento le proprie tesi nel ruolo di convenuto, vd. Cic. *Quinct.* 8-9: *Nam quid hoc iniquius aut indignius, C. Aquili, dici aut commemorari potest, quam me qui (...) defendam priore loco causam dicere? (...) Id accidit praetoris iniquitate et iniuria (...) quod ita constituit id ipsum iudicium ut reus, ante quam verbum accusatoris audisset, causam dicere cogeretur.* Sul passaggio vd. J. PLATSCHKE, *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, München, 2005, p. 95 s.

²⁹ Quint. 7.1.37: *Multis milibus versuum scio apud quosdam esse quaesitum, quo modo inveniremus, utra pars deberet prior dicere, quod in foro vel atrocitate formularum vel modo petitionum vel novissime sorte diiudicatur;* sul passo, anche per il collegamento con la problematica dei giudizi divisori, vd. ora F. FEDDER, *Quintilians Institutio oratoria Buch VII. Einleitung, Text und Kommentar*, Berlin-Boston, 2024, p. 219.

tra loro, o in alternativa non si individuava un depositario idoneo, di nuovo non restava che rimettersi all'urna³⁰.

3. Con il caso dell'assegnazione delle *cautiones hereditariae* siamo ormai prossimi a fare il salto dalla prospettiva seguita finora, cioè del ricorso al sorteggio per risolvere in modo veloce e imparziale singoli problemi di natura procedurale, al ricorso al sorteggio per decidere se non l'insieme della lite, almeno un qualche suo punto di merito. Era questa la prospettiva di Rabelais, da cui il nostro discorso ha preso le mosse.

Nel *Corpus Iuris Civilis*, l'ipotesi di affidarsi a sorteggi latamente riferibili a situazioni del genere si trova discussa con riferimento a due disposizioni piuttosto particolari del testamento romano: il *legatum optionis* e la *manumissio fideicommissaria*. Nel primo caso, quella della *sortitio* è in realtà un'idea di Giustiniano, la quale non manca peraltro di rivelare per contrasto qualche dettaglio della logica degli istituti ereditati dalla tradizione classica. Per questo, nonostante il problema esuli cronologicamente dal focus del processo formulare, è utile affrontarlo.

Il *legatum optionis* è un lascito con cui si concede al legatario di scegliere quale bene avere tra i diversi indicati nel testamento, non importa se genericamente o meno. Si tratta cioè del legato disposto con formule di questo tipo: 'tra gli schiavi del mio seguito, Tizio ne scelga uno' (*Titius ex mea familia hominem optato*); oppure 'Tizio scelga tra lo schiavo Stico e lo schiavo Panfilo' (*Titius optato Stichum servum, Pamphilum servum*)³¹. Il

³⁰ Gai. 7 ad ed. provinc. D. 10.2.5: *Si quae sunt cautiones hereditariae, ea<e> [corr. Momms.] iudex curare debet ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit, ceteri descriptum et recognitum faciant, cautione interposita, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur. si omnes isdem ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur: vel in aede sacra deponi debent.* Pur senza inserirsi in un'*actio familiae erciscundae*, attiene alla divisione dell'eredità anche la norma speciale introdotta da Teodosio II in merito alla successione dei *curiales*. Dopo aver stabilito che le eredità dei membri della curia dovessero andare per un quarto alla curia stessa, in assenza di discendenti (C. 10.35.1, a. 428), l'imperatore decide che sia meglio evitare comunioni forzose e improduttive e stabilisce perciò (C. 10.35.2 pr.-1 = Nov. Theod. 22.2 pr.-1, a. 443) che gli eredi estranei dividano le proprietà del defunto in quattro lotti (previa una valutazione delle stesse in parte pubblica e in parte giurata), lasciando che sia poi la sorte a stabilire quali proprietà resteranno loro e quali andranno in esclusiva alla curia: sulla norma vd. brevemente P. Voci, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo impero. II. Le costituzioni del V secolo* (1982), ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova, 1985, p. 257 s.

³¹ Sulle formule in questione, e la loro genesi, è tuttora fondamentale C. FERRINI, *Studi sul legatum optionis* (1885), ora in *Opere di Contardo Ferrini*, IV, Milano 1930, pp. 270-273.

problema, risolto da Giustiniano con la previsione del sorteggio, riguarda il caso particolare in cui il bene da scegliere sia stato lasciato a più persone congiuntamente. Come ci si regola, se i legatari non si mettono d'accordo? I giuristi classici davano una risposta consequenziale alla formula del legato. Se il defunto ha lasciato 'a Tizio e a Caio di scegliere quale schiavo avere tra quelli del suo seguito', per l'efficacia del legato occorre che Tizio e Caio scelgano lo stesso schiavo. Su questo punto le opinioni erano unanimi. Ci si divideva però sulle conseguenze del disaccordo tra i legatari. Per i più, ciò bastava a invalidare completamente il lascito; per altri giuristi il dissenso iniziale non escludeva che un accordo si potesse raggiungere in seguito, e perciò ammettevano che il legato restasse quiescente³².

Da questo résumé si desume che il dibattito classico riguardava solo le implicazioni del contrasto tra i collegatari, relative appunto alla *quaestio* se il lascito conservasse o meno efficacia. Muovendo dal *ius controversum*, Giustiniano decide però di risolvere il problema con un provvedimento che ne modifica la premessa stessa, su cui la giurisprudenza era invece concorde. Con una costituzione prossima alla pubblicazione del Digesto, per l'ipotesi che i legatari (o gli eredi del legatario, morto prima di aver scelto, aggiunge tra l'altro l'imperatore alla fattispecie di partenza) non si accordino sul bene da scegliere, decide l'imperatore che sarà la *fortuna* a fare da giudice (*sancimus rei iudicem fortunam esse*). Fuor di metafora, sarà dunque un sorteggio a stabilire a chi spetti l'*optio*³³. Tuttavia con un cor-

³² Le due posizioni sono riassunte da Theoph. *Par.* 2.20.23: ἐπειδὴ γὰρ τὸ παλαιὸν δύο τισὶν ἢ καὶ πλείοσιν *OPTIONOS* καταλειφθείσης, εἰ συνέβη μὴ ὁμονοεῖν αὐτοὺς περὶ τὴν ἐπιλογὴν, ἀλλ' ὁ μὲν Στίχον, ὁ δὲ Πάμφιλον ἐπελέγετο, κατὰ μὲν τινὰς τῶν νομικῶν ἡσύχαζε τέως ἢ τοῦ ληγάτου ἀπαίτησις ἕως οὗ ὁμονόησαν, κατὰ τινὰς δὲ ἀπεσβέννυτο τῇ διχονοίᾳ. La seconda tesi trova ancora un'eco in Pomp. 6 *ad Sab.* D. 33.5.8.2: *Unius hominis mihi et tibi optio data est: cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum: quod si ante decessissem vel furiosus factus essem, non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non possim: humanius autem erit, ut et in hoc casu quasi semel electione facta fiat communis*. Data la particolarità del caso, la decisione rimane compatibile con la riforma di Giustiniano (il che ne spiega la conservazione nel Digesto). Difatti, posto che le scelte degli interessati devono convergere, non è rilevante quando questa convergenza si raggiunga; se perciò, prima del sorteggio, uno dei collegatari recede dalla scelta iniziale, per sposare quella dell'altro, il sorteggio è inutile.

³³ Iust. C. 6.43.3 (a. 531): *Si duobus vel tribus hominibus vel pluribus forte optio servi vel alterius rei relicta fuerit, vel si uni quidem legatario optio servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sibi reliquerit heredes, dubitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarii fuerit certatum et alter alterum servum vel aliam rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque in omnibus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, sortem etenim inter altercantes adhibendam, ut, quem sors praetulerit, is quidem habeat potestatem eligendi*. La riforma è

rettivo ulteriore. Per non costringere il legatario (o il coerede) respinto dalla sorte ad avere la proprietà di un bene che non vuole, l'imperatore soggiunge che la persona baciata dalla *fortuna* diverrà l'unico proprietario del bene scelto, dovendo però liquidare ai collegatari (o agli altri eredi del legatario) il valore delle rispettive quote³⁴.

Come si vede, la soluzione di Giustiniano rompe con la tradizione, innanzitutto dal punto di vista dell'interpretazione del legato³⁵. È vero che l'imperatore mira a salvare il lascito e a garantirgli al contempo immediata efficacia, nonostante la lettera della disposizione³⁶. Ma non è affatto detto che in questo modo si realizzi l'effettiva volontà del testatore. A parole, il defunto voleva una scelta congiunta, che l'imperatore gli nega; e sempre a parole il defunto voleva che si costituisse una proprietà, che l'imperatore dissolve invece in partenza³⁷. È però soprattutto dal punto di vista della logica del ricorso al sorteggio che la soluzione imperiale rivela un che di eccentrico, e perciò d'interessante ai nostri fini.

Il punto è che Giustiniano pensa sì di dover sbloccare l'impasse determinata dal disaccordo dei legatari, ma il mezzo che impone non è affatto dirimente. Da un lato, come abbiamo visto, è lo stesso imperatore ad avvertire la necessità di un correttivo, rappresentato dall'assegnazione del bene optato in proprietà individuale, a fronte della liquidazione della quo-

ricordata anche in I. 2.20.23 (e con esposizione forse più felice: P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II², Milano, 1963, p. 267 nt. 84). Sul punto se la costituzione sia da ascrivere al gruppo delle *quinquaginta decisiones*, piuttosto che delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*, vd. M. VARVARO, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, in AUPA 46, 2000, p. 474 e nt. 306.

³⁴ Iust. C. 6.43.3.1: *ceteris autem aestimationem praestet* (scil. *is quem sors praetulerit*) *contingentium eis partium*. La costituzione prosegue esponendo un tariffario legale apposito, qualora il legato avesse ad oggetto uno schiavo, basato sulle varianti merceologiche dello stesso: sui valori in questione, vd. E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, p. 9 s.

³⁵ Rottura che va ad aggiungersi a quella su cui la dottrina richiama abitualmente l'attenzione, realizzata nella parte in cui la costituzione, prevedendo il ricorso al sorteggio anche per il caso che a non accordarsi sul bene da scegliere fossero (non i collegatari, ma) gli eredi del(l'unico) legatario, supera, e in modo apparentemente implicito, il principio classico dell'intrasmissibilità dell'*optio*: cfr. G. LUCCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, p. 298, con la bibl. indicata alla nt. 247, e più di recente F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma, 2012, p. 285, nt. 343.

³⁶ Lo riconosce implicitamente LUCCHETTI, *La legislazione* (nt. 35), p. 298.

³⁷ Il che, se anche anticipa un risultato che le parti avrebbero senz'altro potuto raggiungere sul piano della loro autonomia, chiedendo la divisione giudiziale del legato, non è detto che sia perfettamente in linea con la volontà del testatore.

ta. Ma dall'altro lato, è facile immaginare che dal correttivo stesso potrebbero nascere altre complicazioni, se la parte che ha vinto il sorteggio non avesse di che pagare le quote degli altri. Come ci si dovrebbe regolare in questo caso? Il diritto all'*optio*, attribuito dalla *fortuna*, si perde e passa alla controparte? Oppure si ragiona per analogia, ispirandosi alle regole della divisione giudiziale, e facendo perciò mettere all'incanto il bene scelto dal vincitore, così che il legato finirà per risolversi in una divisione del ricavato³⁸? Al di là del garbuglio dell'ipotesi, dovrebbe essere chiaro quale sia il punto essenziale. Il punto essenziale è che la legge imperiale impone un ricorso alla sorte che non può sbloccare del tutto la situazione. Il che è singolare, perché proprio nel suo essere dirimente sta invece la cifra di tutti gli altri impieghi del sorteggio processuale passati in rassegna. Chi viene estratto come giurato, farà il giurato; gli altri lo eviteranno³⁹. Chi viene sorteggiato per esprimere il proprio voto per primo, secondo o terzo lo farà in quest'ordine; e lo stesso sarà per chi viene sorteggiato per presentare in un certo ordine la propria causa al governatore. Chi viene estratto per parlare nel ruolo di attore, parlerà nel ruolo di attore, la controparte in quello di convenuto; e così via. In tutti questi casi, il sorteggio sblocca l'impasse, in un modo che non è soltanto imparziale e veloce, ma definitivo, nel senso che non richiede correttivi ulteriori.

Lo stesso accade nell'altro caso da considerare, che proviene questa volta dal Digesto e che costituisce l'unico caso prospettato dalle fonti classiche di un sorteggio che si avvicini a una soluzione di merito della causa. Va poi detto che il caso è prospettato da un giurista, Ulpiano, il quale non impone una soluzione, come può limitarsi a fare un imperatore, ma suggerisce motivatamente. Il che ci permetterà, una volta ripercorso il discorso del giurista, d'intravedere in filigrana un altro aspetto dell'idea classica del sorteggio processuale.

³⁸ Cfr. Alex. C. 3.37.3.1: *ad licitationem nonnumquam etiam extraneo emptore admissio, maxime si se non sufficere ad iusta pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem profiteatur*. Un nodo problematico ulteriore, già individuato dalla dottrina del diritto intermedio, era se la soluzione giustiniana andasse disapplicata quando i titolari del *legatum optionis* (collegatari o eredi del legatario) lo fossero per quote differenti: cfr. CYNIPISTORIENSIS, *Lectura super codice*, II, Francoforti ad Moenum, 1578, rist. anast. Roma, 1996, fol. 412, ad 6.

³⁹ Da questo punto di vista, è significativo che un provvedimento come il *Sctum. Calvisianum* (*supra* nt. 14) alle ll. 112-119, nell'elencare le *excusationes* presentabili da alcune categorie, si riferisca ai senatori interessati come persone che il magistrato non dovrà sorteggiare (κληρούσθω δὲ μὴθὲνα, ὅς ...); evidentemente, si parte dal presupposto che le *excusationes* vadano presentate e vagliate prima del sorteggio, in modo da non doverlo poi ripetere.

Ecco dunque il caso⁴⁰. Un legatario è gravato da un fedecompresso di libertà. Tuttavia, il valore complessivo degli schiavi che il testatore ha chiesto al legatario di liberare supera il valore del legato, sicché il loro numero va ridotto. Stabilire quali schiavi liberare e quali no – puntualizza in primo luogo Ulpiano – è cosa che non si può lasciare alle parti, cioè al legatario, onerato del fedecompresso, piuttosto che all’erede testamentario, onerato a sua volta del legato⁴¹. La decisione spetta al giudice, dunque al *praetor fideicommissarius*, data la specialità della causa⁴². Ma secondo quali criteri dovrà decidere il giudice? Il giurista prova innanzitutto a invocare un criterio oggettivo: se il fedecompresso elencava nominativamente gli schiavi⁴³, ci si dovrà attenere all’*ordo scripturae*. Si tratta di un criterio neutro, che da un lato può apparire astrattamente conforme alla volontà del testatore (sul presupposto che l’ordine dell’elenco corrisponda all’ordine delle sue preferenze), ma dall’altro lato, e soprattutto, ha dalla sua l’*analogia legis*⁴⁴. Anche se ben pensato, si tratta tuttavia di un criterio che non in tutti i casi riesce applicabile. Non lo sarà, in particolare, se nel fedecompresso ci si era riferiti agli schiavi con un’indicazione generica, come può essere quella di richiedere la liberazione di una data schiava ‘e dei suoi figli’, oppure ‘di

⁴⁰ Ulp. 5 *fid.* D. 40.5.24.17: *Quid ergo, si plures servos rogatus sit manumittere et ad quorundam pretium sufficiat id quod relictum est, ad omnium non sufficiat, an cogendus sit quosdam manumittere? et putem debere eum cogi vel eos, quorum pretium patitur, manumittere. quis ergo statuet, qui potius manumittitur? utrumne ipse legatarius eligat, quos manumittat, an heres a quo legatum est? et fortassis quis recte dixerit ordinem scripturae sequendum: quod si ordo non pareat, aut sortiri eos oportebit, ne aliquam ambitionis vel gratiae suspensionem praetor subeat, aut meritis cuiusque allegatis arbitrari eos oportet.*

⁴¹ Il fatto che la questione da dirimere sia rappresentata dalla scelta degli schiavi da liberare spiega perché Ulpiano, come contraddittore del legatario onerato del fedecompresso, non si figuri gli schiavi stessi, che nella *petitio fideicommissae libertatis* rivestono normalmente il ruolo d’attori, bensì l’erede testamentario onerato del legato, che alla corretta esecuzione del fedecompresso ha un interesse comunque indiretto. Ciò esclude che il tratto corrispondente del brano di Ulpiano possa liquidarsi quale glossema inutile, come proposto invece da CASTELLO, *Il criterio* (nt. 12) 85 s.

⁴² Sulla figura – e l’identificazione con il generico *praetor* di D. 40.5.24.17 – vd. da ult. F.M. SILLA, *La cognitio sulle libertates fideicommissariae*, Padova, 2008, p. 1 s. nt. 1.

⁴³ Come per es. nel caso discusso in Marcell. *l.s. resp.* D. 40.5.56: *‘Stichum et Pamphilum servos meos et Erotem et Diphilum peto et fidei heredum committo, ut, cum ad pubertatem liberi mei pervenerint, manumittant’.*

⁴⁴ Atteso che quello dell’*ordo scripturae* era anche l’ordine adottato prima dalla *lex Fufia Caninia* e poi dalla *lex Aelia Sentia*: la prima per individuare le persone comprese negli scaglioni percentuali degli schiavi liberabili *ex testamento* (Ep. Gai 1.2.2); la seconda per individuare l’unico schiavo che a un debitore insolvente era concesso di istituire erede *cum libertate* (Cels. 29 *dig.* D. 28.5.61).

tutti i miei cuochi' o ancora 'di tutte le mie accompagnatrici'⁴⁵. A fronte di casi come questi, ciò che sembra muovere Ulpiano è l'esigenza che il *praetor fideicommissarius* non venga sfiorato dal sospetto di aver imposto al legatario di liberare certi schiavi, piuttosto che altri, sulla base di maneggi o favoritismi. Per fugare il rischio, ecco dunque il ricorso al sorteggio, prospettato dal giurista come alternativo a una valutazione che il pretore potrebbe comunque condurre, basandosi sui meriti che gli schiavi interessati riusciranno a documentare⁴⁶.

4. Con l'intervento di Ulpiano la nostra rassegna volge ormai al termine. Resterebbe un ultimo testo da considerare, al quale vorrei però arrivare solo dopo aver ricapitolato i dati salienti, fin qui esposti, per iniziare a delineare la filosofia, se così la si può chiamare, alla base del ricorso al sorteggio nel processo civile romano.

La prima considerazione di sintesi è la seguente. Con l'eccezione del caso risolto in modo un po' eccentrico da Giustiniano⁴⁷, quando i romani lasciano che l'urna entri in gioco nel processo civile, lo fanno per velocizzare o sbloccare un passaggio processuale che ha due caratteristiche ben precise. La situazione da sciogliere si riferisce a una condizione sempre ed esclusivamente personale, e riguarda due o più persone delle quali si assume la perfetta parità. Quali dei tanti cittadini registrati nell'*album iudicum* debbano fare da giurati in un determinato processo. Quale, tra i giurati del processo, debba votare per primo, secondo o terzo. In quale ordine le centinaia di postulanti presentatisi dal governatore si debbano ascoltare. A quale dei coeredi (o dei condomini o dei proprietari di fondi limitrofi) debba andare il ruolo di attore, e a quale dei coeredi vadano assegnate le *cautiones hereditariae*. E infine, quali tra i tanti servi indicati dal testatore si debba ordinare all'onerato del fedecompresso di liberare. La seconda considerazione è che solo nell'ultimo dei casi elencati il sorteggio serve a risol-

⁴⁵ Per la prima ipotesi, vd. Scaev. 4 resp. D. 40.5.41.5: *Lucia Titia heredum fidei commisit, uti Pamphilam ancillam Seiae cum filiis eius (...) manumitterent*. Per la seconda ipotesi, vd. *schol.* 10 ad Bas. 48.4.24 (Schelt. VII/2863): *πάντας τοὺς μαγείρους μου ἐλευθέρωσον*. Per la terza ipotesi, vd. (anche se il riferimento è a una *manumissio* testamenti) Scaev. 23 dig. D. 40.4.59 pr.: *pedisequas omnes, quarum nomina in rationibus meis scripta sunt, liberas esse volo*.

⁴⁶ Meriti che il corrispondente scolio ai Basilici (nt. precedente) intende non come assoluti, bensì relativi al testatore defunto (*δεικνύτωσαν οἱ οἰκέται, τίνες ἐξ αὐτῶν γεγόνασι χρησιμώτεροι τῷ τελευτήσαντι*).

⁴⁷ Cui è da aggiungere la norma, altrettanto eccezionale di Teodosio II (*supra* nt. 30).

vere un aspetto di merito della causa; in tutti gli altri casi ci si affida alla sorte solo per risolvere una questione di organizzazione del processo. Da questo particolare punto di vista, si conferma perciò quello che già la lingua latina ci aveva suggerito in apertura, ossia che *sors* e *iudicium* rappresentano due dimensioni incompenetrabili, e ciò perché ricorrere al sorteggio significa rifiutarsi di vagliare il merito delle posizioni; ciò che invece costituisce l'essenza del processo.

Questa antitesi di fondo è confermata proprio dal caso che costituisce l'eccezione apparente alla regola. Come si è appena visto, Ulpiano certo ammette che il giudice chiamato a esprimersi sulla *libertas fideicommissaria* possa ricorrere all'urna, se le circostanze lo obbligano a ridurre il numero degli schiavi di cui deve ordinare al convenuto la liberazione. Ma il sorteggio in questo caso non è imposto: è soltanto raccomandato come alternativa a una valutazione di merito che il *praetor fideicommissarius* resta pur sempre libero di effettuare, se la situazione evidentemente lo consente. Nella lingua del giurista, *sortiri* è perciò l'opposto di *arbitrari*, cioè della valutazione sui meriti degli schiavi da liberare, che il magistrato potrebbe direttamente condurre. E siccome *arbitrari* ha in questo contesto lo stesso valore di *iudicare*, come di tutti gli altri verbi che indicano una presa di posizione condotta secondo ragione⁴⁸, si conferma che vale per la lingua di Ulpiano lo stesso che vale per la lingua comune, ovvero sia che *sors* e *iudicium* si escludono a vicenda.

D'altro canto – passando dalla lingua alla sostanza che le parole esprimono – della dicotomia che Ulpiano tratteggia, a proposito degli schiavi da scegliere nel fedecommissato di libertà, si potrebbe dire lo stesso che Tacito fa dire a chi contestava che il sorteggio, piuttosto del voto, fosse il miglior modo per formare le legazioni senatorie. «L'urna e il sorteggio» – è la celebre *sententia* – non fanno distinzioni sulle condotte; invece i voti e il giudizio (*existimatio*) del senato sono stati studiati per sviscerare la vita e la reputazione di ognuno»⁴⁹. Ne consegue che se il *praetor fideicommissarius*

⁴⁸ Cfr. e.g. la *variatio* su cui è costruito Cic. Fam. 295: *Itaque sic velim existimes, me omnis Achaiae civitates arbitrari (...) felix quod iis tu praesis, eundemque me ita iudicare, te, quod unus optime nosse non nostra solum sed etiam Graeciae monumenta omnia, tua sponte amicis Lacedaemoniis et esse et fore.*

⁴⁹ Tac. hist. 4.7.1: *sorte et urna mores non discerni: suffragia et existimationem senatus reperta ut in cuiusque vitam famamque penetrarent.* Dettagli sull'episodio, insieme a una valutazione più generale sull'opposizione tra *sors* ed *existimatio*, nel concreto della materia specifica dibattuta nell'occasione in senato, in F. HURLET, *Le tirage au sort dans les cités de l'Occident romain*, in A. BORLENGHI et alii (dir.), *Voter en Grèce, à Rome et en Gaule. Lieux, pratiques et finalités*, Lyon, 2019, p. 186 s.

deciderà di sorteggiare gli schiavi da liberare, rinuncerà a giudicare la vita di ognuno. C'è però probabilmente una ragione se in un caso del genere un giurista come Ulpiano accetta che il pretore possa indifferentemente scegliere tra il *sortiri* e l'*arbitrari*. Oltre al fatto che la situazione può presentare degli elementi obiettivamente indecidibili, se il piano dei meriti degli schiavi non desse sicure o immediate evidenze, c'è da tenere conto della condizione giuridica degradata dei soggetti direttamente interessati da questa decisione del pretore. Voglio dire, con questo, che non può essere un caso se le fonti classiche prospettano per un solo tipo di lite la possibilità di definirla in via residuale per sorteggio, e se in questo tipo di lite sia poi il diritto di alcuni schiavi, a scapito di altri, a venire fondamentalmente in gioco.

Potrebbe accadere lo stesso – cioè che un giurista permetta al pretore di abdicare al proprio ruolo di giudice e di chiudere la causa *per sortes* – se la lite vertesse su diritti di persone libere di condizione? L'ultimo testo che rimane da considerare invita a rispondere di no. Rispetto ai precedenti, si tratta di un testo *extra ordinem*, nel senso che non documenta un caso reale di sorteggio processuale, ma affronta le conseguenze di un sorteggio immaginario, all'interno di un processo immaginario, nel quale la normativa su cui si dibatte risulta anch'essa in parte immaginaria. La discussione proviene infatti dal mondo delle scuole di retorica e da quelle esercitazioni, note come *declamationes*, attraverso le quali i futuri avvocati venivano addestrati a trovare e difendere le tesi utili a vincere una causa⁵⁰.

Nel *corpus* trådito della declamazione latina, sorteggio e processo s'incrociano in una *controversia* che ha per sfondo due norme, una reale e una parzialmente fittizia. La norma reale prevede che la persona condannata per *iniuriae* subisca la nota d'*infamia* (*qui iniuriarum damnatus fuerit, ignominiosus sit*)⁵¹. La norma parzialmente fittizia dispone che chi è incorso nella nota d'*infamia* perda il diritto d'intraprendere azioni legali (*ignominioso ne qua sit actio*); il che è come dire, dal punto di vista del processo (negato), che la norma toglie agli infami la possibilità di esercitare i diritti

⁵⁰ Per una chiara sintesi – metodologica e storiografica – delle interferenze tra diritto e declamazione latina, vd. ora A.M. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *Lex inscripti maleficii. Análisis de una ley ficticia*, Madrid, 2024, pp. 12-16.

⁵¹ Sulla ricomprensione dell'*iniuria* tra le cause giudiziarie che comportavano la sanzione accessoria dell'*infamia*, tanto che la condanna fosse la conseguenza di un'*actio iniuriarum* privata, quanto che derivasse da un'accusa criminale intentata ai sensi della *lex Cornelia de iniuriis*, vd. da ult. C. BUR, *La citoyenneté dégradée. Une histoire de l'infamie à Rome (312 av. J.-C.-96 apr. J.-C.)*, Rome, 2018, p. 278 s., pp. 338-340, p. 372 s.

civili⁵². A partire dalle due norme si sviluppa il caso scolastico. Due persone si accusano a vicenda di *iniuriae*, per cui si affida a un sorteggio di stabilire da quale delle due accuse iniziare. Si procede con la causa sorteggiata, e l'accusato viene condannato. A questo punto sarebbe il condannato a voler procedere con la sua accusa. Sennonché, l'avversario gli obietta di essere decaduto dal diritto di accusarlo, dato che la condanna intervenuta per *iniuriae* comporta l'*ignominia*, e l'*ignominia* comporta a sua volta di non poter promuovere azioni legali⁵³.

Per confutare la tesi, il declamatore organizza una difesa complessa, portando argomenti anche molto tecnici, ripresi in parte dalle regole del *iudicium publicum* e in parte focalizzati sulla *ratio legis*⁵⁴. Ai fini del nostro

⁵² Questa seconda norma è immaginaria nella misura in cui pare colpire gli *infames* con una preclusione generalizzata della possibilità di adire le vie legali, laddove ciò che la legislazione romana precludeva effettivamente agli *ignominiosi* era lo *ius accusandi* sul piano del *iudicium publicum*, e la possibilità di *postulare pro aliis* e di agire come rappresentante (oltre che essere rappresentato) sul piano del *iudicium privatum*. È impreciso sul pt. G. DIMATTEO, *La pena d'infamia e l'inibizione dello ius accusandi*, in A. CASAMENTO, D. V. MAL-MAEDER, L. PASETTI, *Le Declamazioni minori dello Pseudo-Quintiliano*, Berlin-Boston, 2016, p. 55. Non considerando le limitazioni che colpivano gli *infames* sul piano della *publica accusatio* (limitazioni su cui vd. per tutti F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari, 1996, p. 233 ss.), mi pare che l'A. (specie pp. 57-62) finisca per amplificare e fraintendere la portata dello iato tra le prese di posizione della giurisprudenza e della declamazione (vd. anche nt. successiva). Sul piano dei rapporti con la legislazione storica, va peraltro tenuto presente che sul versante del processo privato l'editto pretorio sanzionava in effetti un certo stile di vita con una *denegatio actionum* vera e propria (per quanto non generalizzata). Il riferimento è all'editto (EP § 64) a carico dei *susceptores*, dunque a persone coinvolte nell'organizzazione di quel gioco d'azzardo che probabilmente comportava, a carico di chi lo praticava, la pena accessoria proprio dell'*infamia*: cfr. ancora BUR, *La citoyenneté* (nt. 51), p. 354 s.

⁵³ Ps. Quint. *decl. min.* 350.pr.: '*Qui iniuriarum damnatus fuerit, ignominiosus sit*'. '*Ignominioso ne qua sit actio*'. *Duo adulescentes invicem <iniuriarum> agere coeperunt. Sortiti sunt utrius iudicium prius ageretur. Is qui sorte vicerat egit et damnavit iniuriarum. Damnato agere volenti praescribit*. Nel parafrasare il *thema* della *controversia*, parlando di 'accusa' vicendevole per le *iniuriae* subite l'uno dall'altro, ho adottato il lessico del processo criminale. Nonostante, l'espressione *<iniuriarum> agere* (per l'integrazione vd. G. DIMATTEO, *Sortitio ignominiosorum / Gli infami tirano a sorte*, in L. PASETTI *et alii*, *Le declamazioni minori attribuite a Quintiliano I* (244-292). *Testo, traduzione e commento*, Bologna, 2019, p. 238), mi pare che lo scenario del *iudicium publicum* (*ex lege Cornelia*) sia quello che meglio si adatta al *Vorverfahren* assunto dal declamatore come sfondo della *controversia*: cfr. L. PELLECCHI, *Innocentia eloquentia est. Analisi giuridica dell'Apologia di Apuleio*, Como, 2012, p. 91 s.

⁵⁴ Come esattamente osservato da J. DINGEL, *Scholastica Materia. Untersuchungen zu den Declamationes Minores und der Institutio Oratoria Quintilians*, Berlin-New York 1988, p. 126 s., gli argomenti attengono retoricamente agli *status* della *qualitas* prima, e dello *scriptum et sententia* poi. È qualitativa (e procedurale) l'osservazione che la messa in discussione del *ius accusandi*

discorso, ciò che interessa realmente è tuttavia il solo epilogo patetico dell'esercitazione. Nonostante si tratti di un epilogo costruito prevalentemente su *topoi* generali⁵⁵, esso si conclude infatti con una considerazione specifica, legata alla funzione del sorteggio processuale. Ed è una considerazione importante, dal nostro punto di vista, perché conferma, sintetizzandolo alla perfezione, il quadro d'insieme che abbiamo tracciato.

Già nel corso dell'*argumentatio*, il declamatore aveva osservato che la *sortitio*, a cui i due avversari immaginari avevano fatto ricorso, «serviva soltanto a stabilire quale delle due accuse si dovesse discutere per prima»⁵⁶. Il che è come dire che quello a cui si era fatto ricorso era stato un sorteggio esclusivamente “procedurale”⁵⁷, secondo l'etichetta che in esordio ci eravamo proposti di adottare; procedurale perché per suo tramite si voleva sbloccare l'impasse determinata dal fatto che le parti si accusavano vicendevolmente, e in contemporanea avevano chiesto l'iscrizione a ruolo delle rispettive accuse. Con la sua tesi, tuttavia, l'avversario va ben oltre questa funzione procedurale del sorteggio, e lo trasforma in un qualcosa che lo avvicina pericolosamente al sorteggio “decisorio”. Se infatti fosse vero che quello dei due contendenti punito dalla sorte, una volta condannato per *iniuriae*, perde il diritto di accusare l'altro, vorrebbe dire che il sorteggio contribuisce in modo determinante a stabilire quale dei due contendenti debba perdere i diritti civili e chi no. Il che è inaccettabile. «Sarebbe il massimo dell'ingiustizia» – è infatti la conclusione accorata del retore – «se fosse consentito di arrivare al punto di chiedere a quel sorteggio chi di noi due sia *ignominiosus*»⁵⁸.

Sortitio e *iudicium* – conferma insomma la declamazione – sono due

è tardiva, perché le *praescriptiones* vanno opposte al momento della *nominis delatio*, non del dibattimento (*decl. min.* 250, §§ 2-3). Sempre qualitativa (ma sostanziale) è l'obiezione che la legge preclude agli *infames* lo *ius accusandi* solo quanto a diritti venuti in essere dopo l'irrogazione dell'*infamia* (§ 4). Sul piano della *voluntas legis latoris* si colloca infine l'obiezione che il fatto di sottrarre l'avversario al processo, per il solo fatto di aver vinto un sorteggio, contraddice lo scopo di fondo della legge, la quale vuole che le persone responsabili di *iniuriae* subiscano la giusta punizione (§§ 6-7).

⁵⁵ Cfr. Ps. Quint. *decl. min.* 350.8-9. Appartiene alla topica della *qualitas* l'affermazione che se l'avversario ha commesso delle *iniuriae*, è ingiusto che si sottragga alla pena. È invece tipica delle cause traslative l'osservazione che ricorre alla *translatio* chi sa di avere torto nel merito.

⁵⁶ Ps. Quint. *decl. min.* 350.7: *Hac ipsa sorte non hoc quaesitum est, uter prior ageret? Iam hoc ergo de quo contendimus constitutum est.*

⁵⁷ Cfr. *supra* § 1.

⁵⁸ Ps. Quint. *decl. min.* 350.9: *Iniquissimum alioqui est tantum fortunae sortis illius licuisse ut hoc videatur quaesitum, uter ignominiosus esset.*

realtà distinte, e tali devono rimanere. Con buona pace dei teorici della *Sortition* e di chi si accosta solo alla superficie della parodia da cui il nostro discorso ha preso le mosse – la parodia di Rabelais e del giudice Bridoye – non è allora del tutto vero che i romani insegnassero che il sorteggio «est fort bon, honneste, utile et nécessaire à la vuidange des procès et dissensions»⁵⁹. I testi esaminati e le idee che li animano mostrano che i romani erano disposti ad affidare a *Fortuna* la definizione, economica e imparziale, di singoli passaggi procedurali, anche di fondamentale importanza. Non però il merito delle liti. Quanto al merito delle liti, il sorteggio poteva venire in considerazione solo negli strettissimi limiti che traspasano dal passo di Ulpiano relativo al fedecommesso di libertà, vale a dire se si trattava di applicare un principio di diritto indiscusso a un caso che presentava elementi di indecidibilità sul piano del fatto e che fosse riconosciuto di minor momento sociale.

Se queste sono le giuste misure della parodia di Rabelais, non sarà inutile concludere notando che il primo a coglierle, anche alla luce della cogenza ancora riconosciuta alle leggi romane, era stato un contemporaneo altrettanto illustre del grande scrittore, François Le Douaren:

«Haec lex» – il riferimento è a D. 5.1.14 e alla questione del sorteggio dei ruoli processuali nei giudizi divisorii⁶⁰ – «suffragatur iudici Pantagruelino, qui omnia sorte dirimebat citans hanc legem. Sed tamen numquam existimavi illam tam late producendam esse: sed cum quaestio facti est, non iuris, nec est res magni momenti, nec potest lis aliter expediri»⁶¹.

⁵⁹ RABELAIS, *Le Tiers Livre* (nt. 6) 70.

⁶⁰ Vd *supra* nt. 27.

⁶¹ F. DUARENI, *In lib. V Digestorum seu Pandectarum Commentarius. In tit I De iudicis et ubi quis agere vel conveniri debeat*, in *Opera omnia*, I, Lugdunum, 1594, fol. 209.

LORENZO GAGLIARDI

ΤΑ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΑ ΚΛΗΡΟΥΣΙΝ ΟΙ ΑΡΧΟΝΤΕΣ:
IL SORTEGGIO E I TRIBUNALI
DELL'ATENE CLASSICA

La scelta di Luigi Pellecchi di affrontare il tema del convegno – *Garanzie e efficienza nella giustizia in una prospettiva multidisciplinare* – dal punto di vista del ruolo del sorteggio nell'esercizio della funzione giurisdizionale a Roma¹, mi appare molto appropriata, perché consente di mettere a fuoco tecniche e procedure che possono apparire di importanza residuale, se confrontate con quelle principali nei sistemi giuridici e processuali moderni.

Continuando nel solco della trattazione del relatore, mi concentrerò sulla Grecia classica e in particolare su Atene². Il ruolo del sorteggio nell'organizzazione delle funzioni giudiziarie ad Atene era invero assai più rilevante che a Roma, perché le procedure di costituzione dei tribunali ruotavano tutte intorno all'estrazione a sorte dei giurati³. L'occasione è dunque propizia per cercare di ricostruirne alcuni dettagli⁴, e, poi, per tentare infine alcune riflessioni d'insieme.

¹L. PELLECHCHI, *Fortuna iudex: il sorteggio e i suoi spazi nel processo civile romano*, nelle pagine che precedono.

²In questo articolo le abbreviazioni delle fonti greche seguono quelle di LIDDELL-SCOTT, *A Greek-English Lexicon* (talora ampliate, se non perspicue), mentre quelle delle riviste sono uniformate all'*Année Philologique*.

³Poll. 8.8-9: ὁ δὲ δικαστὴς ὀνομασθεῖη ἂν ὁ δικάζων, ὁ κλήρω λαχών, ὁ κληρωθεὶς. F. SAVASTA, *Il dikastēs: sinonimi, attributi, funzioni* (Poll. Onom. VIII, 8-9), in *AAPel* 62 (1986) pp. 297-312.

⁴L'argomento è stato affrontato già dalla giusgrecistica ottocentesca [G.F. SCHÖMANN, *De sortitione iudicum apud Athenienses*, Greifswald 1820 (= Id., *Opuscula academica*, I, *Historica et antiquaria*, Berolini, 1856, pp. 200-229); F.V. FRITZSCHE, *De sortitione iudicum apud Athenienses commentatio*, Leipzig, 1835; T.H.G. TEUSCH, *De sortitione iudicum apud Athenienses*, Göttingen, 1894] e ha

Il nucleo centrale dell'amministrazione della giustizia risiedeva nell'Eliea⁵, in greco *Heliaia*⁶, un'istituzione consistente in un gruppo di 6.000 uomini estratti a sorte all'inizio di ogni anno tra i cittadini ateniesi che, avendone i requisiti, si fossero spontaneamente iscritti in apposite liste⁷. A partire dall'Eliea si nominavano i giudici (*dikastai*) dei singoli tribunali popolari (*dikasteria*), civili e penali, i quali ricevevano, nel IV secolo a.C.⁸, un compenso di tre oboli per ogni giorno d'impiego⁹. La formazione dell'Eliea avveniva mediante estrazione a sorte di 600 persone da ciascuna delle dieci tribù (Eretteide, Egeide, Pandionide, Leontide, Acamantide, Eneide, Cecropide, Ippotontide, Eantide e Antiochide). Il nome *Heliaia* deriva del resto dal verbo *halizein*, che significava "radunare (persone)". Coloro che erano estratti restavano nell'Eliea per l'intera annualità e ricevevano una tessera bronzea di circa 10x2 cm, di cui sono stati trovati numerosi esemplari¹⁰.

trovato a mio avviso la più analitica trattazione recente negli studi di M.H. HANSEN [e tra essi particolarmente *The Athenian Heliaia from Solon to Aristotle*, in *C&M* 33, 1981-1982, pp. 9-47 (= in Id., *The Athenian ecclesia II. A Collection of Articles 1983-1989*, Copenhagen, 1989, with addenda, pp. 219-261)], che hanno poi avuto la loro sintesi organica nel volume *La democrazia ateniese nel IV secolo a.C.* (1991), traduzione italiana di M. TONDELLI, a cura di A. MAFFI, Milano, 2003.

⁵Svolgimenti specifici relativi a tale organo si trovano nelle seguenti opere: S.B. SMITH, *The Establishment of the Public Courts at Athens*, in *TAPhA* 56, 1925, pp. 106-119; H. HOMMEL, *Heliaia. Untersuchungen zur Verfassung und Prozessordnung des athenischen Volksgerichts, insbesondere zum Schlussteil der Athenaion Politeia des Aristoteles*, Leipzig, 1927; R.J. BONNER, G. SMITH, *The Administration of Justice from Homer to Aristotle*, I-II, Chicago (IL), 1931-1938; M.H. HANSEN, *The Athenian Heliaia* (nt. 4); A.L. BOEGEHOLD, *The Lawcourts at Athens: Sites, Buildings, Equipment, Procedure, and Testimonia*, Princeton (NJ), 1995; D.C. MIRHADY, *Aristotle and the Law Courts*, in *Polis (Exeter)* 23, 2006, p. 302 ss.; S. ADAM-MAGNISSALI, *Η απονομή της δικαιοσύνης στην αρχαία Αθήνα (5ος και 4ος π.Χ. αι.)*, Αθήνα, 2008, p. 63 ss.; D.C. MIRHADY, C. SCHWARZ, *Dicastic Participation*, in *CQ* 61, 2011, p. 744 ss.; L. GAGLIARDI, *Heliaia*, in R.S. BAGNALL, K. BRODERSEN, C.B. CHAMPION, A. ERSKINE, S.R. HUEBNER (eds.), *The Encyclopedia of Ancient History*, Malden (MA), 2013, pp. 3105-3106; G. THÜR, *Griechische Zivilverfahren*, in N. GROTKAMP, A. SEELENTAG (eds.), *Konfliktlösung in der Antike*, Berlin, 2021, pp. 207-218; S. FERRUCCI, *Giustizia democratica e potere popolare: i tribunali e l'amministrazione della giustizia ad Atene*, in M. BETTALI, M. GIANGIULIO (cur.), *Atene, vivere in una città antica*, Roma, 2023, pp. 89-120.

⁶Nelle iscrizioni di V secolo a.C. *Eliaia*: IG I³ 40.70-76.

⁷E. CARAWAN, *Control of the Laws in the Ancient Democracy at Athens*, Baltimore, 2020, p. 50 ss.

⁸Ar. Ec. 687-688.

⁹Ar. Eq. 255; Arist. *Ath. Pol.* 62.2. A.C. SCAFURO, *The Economics of the Athenian Court System*, in A. MATTHAIIOU, N. PAPAZARKADAS (eds.), *Axon. Studies in Honor of Ronald S. Stroud*, Αθήνα, 2015, pp. 363-392; R. SING, *The Rates of Jury Pay and Assembly Pay in Fourth-Century Athens*, in *CQ* 71, 2021, pp. 119-134.

¹⁰J.H. KROLL, *Athenian Bronze Allotment Plates*, Cambridge (Mass.), 1972; Id., *More*

Aristotele nella *Costituzione di Atene* riporta che i candidati all'Eliea dovevano avere almeno trent'anni, essere capaci di intendere e di volere, non avere debiti verso la *polis* e non avere subito la perdita dei diritti politici¹¹. L'età richiesta indicava che essi dovevano avere una certa esperienza di vita, come si percepisce bene se si pensa che l'età media per gli uomini dell'epoca si attestava sui venticinque anni e solo chi superava le malattie perinatali e infantili poteva sperare in un'aspettativa di vita intorno ai quarant'anni¹². Nei fatti, su circa 30.000 cittadini maschi adulti, solo 20.000 approssimativamente dovevano avere i requisiti di età¹³. Una volta estratti, i 6.000 dovevano prestare il giuramento eliastico, il cui testo è stato tramandato da Demostene¹⁴, con il quale si impegnavano a dare il proprio voto nei processi «in conformità alle leggi e ai decreti degli Ateniesi»¹⁵. Il

Athenian Bronze Allotment Plates, in K.J. RIGSBY (ed.), *Studies Presented to Sterling Dow on His Eightieth Birthday*, Durham (N.C.), 1984, pp. 165-171; ID., *Two Dikastic pinakia*, in *Grammateion* 10, 2021, pp. 69-72. In differente contesto geografico, sono rilevanti le testimonianze pubblicate da F. CORDANO, *Le tessere pubbliche dal tempio di Atena a Camarina*, Roma, 1992; B. HELLY, *Sur les fratri de Camarina*, in *PP* 52, 1997, pp. 365-406; F. CORDANO, *Documenti di archivio di Camarina*, in M.-F. BOUSSAC, A. INVERNIZZI (éds.), *Archives et sceaux du monde hellénistique. Archivi e sigilli nel mondo ellenistico*. Torino, Villa Gualino, 13-16 gennaio 1993, Paris, 1997, pp. 179-184; F. CORDANO, *Strumenti di sorteggio e schedatura dei cittadini nella Sicilia greca*, in F. CORDANO, C. GROTANELLI (cur.), *Sorteggio pubblico e clero-manzia. Dall'antichità all'età moderna. Atti della tavola rotonda. Università degli studi di Milano, Dipartimento di scienze dell'antichità*, 26-27 gennaio 2000, Milano, 2001, pp. 83-93; F. CORDANO, G. DI STEFANO, *Nuove tessere dal temenos di Atena a Camarina*, in *RAL IX S.* 28, 2017, pp. 391-403; F. CORDANO, *Registrazioni anagrafiche nella Sicilia orientale*, in *MediterrAnt* 21, 2018, pp. 111-118.

¹¹ Arist. *Ath. Pol.* 63.3. E. CARAWAN, *Control of the Laws in the Ancient Democracy at Athens*, Baltimore, 2020, p. 51 ss.; D. CAMMACK, *The Popular Courts in Athenian Democracy*, in *Journal of Politics* 84, 2022, pp. 1997-2010.

¹² A.J. COALE, P. DEMENY, with B. VAUGHAN (eds.), *Regional Model Life Tables and Stable Populations*, New York (NY), 1983², p. 41 ss.; M.H. HANSEN, *Demography and Democracy. The Number of Athenian Citizens in the Fourth Century B.C.*, Herning, 1985, p. 12; G. CREPALDI, S. MAGGI, M. CESA-BIANCHI, G. PRAVETTONI, *Longevità*, in *L'universo del corpo*, Roma, 2000.

¹³ Cfr. *Ath.* 272C.

¹⁴ Dem. 24.149-151. Per i dubbi sulla sua attendibilità già J.H. LIPSIUS, *Das attische Recht und Rechtsverfahren*, I, Leipzig, 1905, p. 151 s.

¹⁵ E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Athenian Democracy. Reflections on the Judicial Oath*, in *Dike* 9, 2006, pp. 157-181; P.J. RHODES, *Oaths in Political Life*, in A.H. SOMMERSTEIN, J. FLETCHER (eds.), *Horkos. The Oath in Greek Society*, Exeter, 2007, pp. 11-25; D.C. MIRHADY, *The Dikast's Oath and the Question of Fact*, ivi, pp. 48-59; A.H. SOMMERSTEIN, *The Judicial Sphere*, in A.H. SOMMERSTEIN, A.J. BAYLISS with contributions by L.A. KOZAK, I.C. TORRANCE (eds.), *Oath and State in Ancient Greece*, Berlin-Boston (MA), 2013, pp. 57-119, 69.

giuramento rappresentava, per la mentalità dei Greci, una garanzia di svolgimento della funzione giudicante in modo onesto¹⁶. Era pronunciato nel nome di Zeus, di Apollo e di Demetra e, immediatamente a seguire, i giurati scagliavano un anatema contro se stessi per il caso di violazione dell'impegno assunto.

L'origine dell'Eliea è fatta risalire dalla tradizione a Solone¹⁷, che le avrebbe assegnato alcune competenze giudiziarie, che vennero in quel tempo forse sottratte ai magistrati e che tuttavia oggi non possiamo più delineare con precisione.

Di maggiori informazioni disponiamo invece in relazione all'età classica.

Sappiamo che nel V secolo a.C. i 6.000 eliaisti venivano divisi con un ulteriore sorteggio in dieci sezioni di 600 e ogni sezione era assegnata, di nuovo mediante estrazione a sorte, a un magistrato incaricato di presiedere un *dikasterion*. Ogni giorno dei circa 150 annui in cui si svolgevano i processi¹⁸, quelli fra i 600 di ciascuna sezione interessati a fungere da giudici si presentavano al magistrato ed entravano nella giuria secondo l'ordine di arrivo, fino al completamento dei posti previsti per quel *dikasterion*. I tribunali per le cause private erano composti da 101, 201, 401 giudici secondo il valore della lite, mentre per le cause pubbliche da 501, 1001, 1501, 2001, 2501 giudici secondo le materie da affrontare. Per questo secondo tipo di liti era sentita la necessità di un maggior numero di opinioni per raggiungere un verdetto equo¹⁹.

¹⁶ Non condivido la tesi molto diffusa in dottrina, secondo la quale vi sarebbero stati motivi religiosi alla base dell'introduzione del sorteggio generalizzato ad Atene. In tal senso N.D. FUSTEL DE COULANGES, *Sur le tirage au sort appliqué à la nomination des archontes athéniens*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* 2, 1878, pp. 613-643 (réédité avec des notes supplémentaires, in *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*, éd. C. JULLIAN, Paris, 1891, pp. 147-179); ID., *La cité antique*, Paris, 1895², p. 212 s.; G. GLOTZ, *Sortitio*, in *DarSag* IV, 1907, pp. 1401-1417; A. ANDREWES, *The Growth of the Athenian State*, in *CAH*, III, 1982, pp. 360-391. Vd. con diversa opinione V. EHRENBERG, *Losung*, in *RE*, XIII.2, 1927, pp. 1451-1504; J.W. HEADLAM, *Election by Lot at Athens*, revised with notes by D.C. MACGREGOR, Cambridge, 1933², p. 4 ss.; E.S. STAVELEY, *Greek and Roman Voting and Elections*, Ithaca (NY)-London, 1972, p. 34 ss.; E. CANTARELLA, *Introduzione*, in F. CORDANO, C. GROTTANELLI (cur.), *Sorteggio* (nt. 10), pp. 15-17.

¹⁷ Dem. 24.148. Secondo M.A. VALDÉS GUÍA, *The Solonian Council of 400 and the Heliaea in Light of IG P 105*, in *Ὀππος* N.S. 14, 2022, pp. 293-313, coincidente con il Consiglio dei 400.

¹⁸ P.A. O'CONNELL, *How often did the Athenian dikasteria Meet? A Reconsideration*, in *GRBS* 60, 2020, pp. 324-341.

¹⁹ L'elevato numero di *dikastai* richiedeva una complessa organizzazione pratica nella sede in cui essi si riunivano: J.H. KROLL, *Lettered and Other Tokens in the Lawcourts and the Assembly of Athens*, in M.E. GKIKAKI (ed.), *Tokens in Classical Athens and Beyond*, Liverpool, 2023, pp. 137-152.

Nel IV secolo a.C. per evitare che fossero previamente noti i giudici che sarebbero stati assegnati a ciascun *dikasterion* si introdusse, con successive riforme, un nuovo meccanismo di sorteggio più complesso²⁰, con il quale venivano in primo luogo sorteggiati quotidianamente dall'Eliea coloro che dovevano fungere da *dikastai* nei singoli tribunali²¹ e con un successivo sorteggio ciascun estratto a sorte veniva assegnato a un *dikasterion*. Quest'estrazione, che aveva il nome di *klerosis ton dikasterion*²², era compiuta dagli arconti e dal segretario dei tesmoteti mediante degli strumenti detti *kleroteria*²³, macchine consistenti in lastre di pietra o di bronzo con file di fori, in cui venivano inseriti dei *pinakia* (tavolette di legno o bronzo) che portavano i nomi dei cittadini estraibili come giurati.

Il sostantivo *beliaia*, sebbene, come detto, indicasse in linea di principio l'intero corpo formato dai 6.000 giurati, vale a dire il sistema dei *dikasteria*, nelle orazioni classiche si trova impiegato in un senso più specifico, con cui individua, mediante una sineddoche, una qualunque particolare sezione della corte popolare, e cioè uno specifico *dikasterion*. Infine era detto *beliaia* l'edificio, finora non identificato, in cui si riunivano le giurie più am-

²⁰ Arist. *Ath. Pol.* 63 ss.

²¹ V. BERS, *Just Rituals. Why the Rigmarole of Fourth-Century Athenian Lawcourts?*, in P. FLESTED-JENSEN, TH. HEINE NIELSEN, L. RUBINSTEIN (eds.), *Polis and Politics. Studies in Ancient Greek History Presented to Mogens Herman Hansen on His Sixtieth Birthday, August 20, 2000*, Copenhagen, 2000, pp. 553-562.

²² P.J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Athenaion politeia*, Oxford, 1981, p. 707 ss.; G. DAVERIO ROCCHI, *Spazi e forme del sorteggio democratico*, in F. CORDANO, C. GROTTANELLI (cur.), *Sorteggio* (nt. 10), pp. 95-106; T. ALFIERI TONINI, *La documentazione epigrafica del sorteggio ad Atene ed in altre città greche*, ivi, pp. 107-118; P. DEMONT, *Tirage au sort et démocratie en Grèce ancienne*, in *La Vie des idées*, juin 2010; P. DEMONT, *Le tirage au sort dans la démocratie de l'Athènes classique*, in *Silomag* 10, décembre 2019.

²³ S. DOW, *Aristotle, the kleroteria and the Courts*, in *HSPH* 50, 1939, pp. 1-34; P. DEMONT, *Le κληρωτήριον («machine à tirer au sort») et la démocratie athénienne*, in *BAGB* 1, 2003, pp. 26-52; ID., *La technique et le sens du tirage au sort dans la démocratie athénienne: autour du klērotērion*, in J.A. LÓPEZ FÉREZ (ed.), *La lengua científica griega. Orígenes, desarrollo e influencia en las lenguas modernas europeas*, IV, *Las heridas en la Ilíada. Análisis formulario. Términos musicales en la lírica griega arcaica. Léxico de la educación en Heródoto y Tucídides. La expresión del futuro en la tragedia griega: elpís y méllō en el drama euripideo. La elección por sorteo en la democracia ateniense: en torno al klērotērion. La terminología ética de los cínicos y los estoicos antiguos. De la lexicografía griego-latina medieval: el Parcionarium Grecum del College of Arms. Sobre el origen y evolución del vocabulario médico de origen griego en la obra cervantina*, Madrid, 2019, pp. 151-162; S. ADAM-MAGNICALI, *Η διαδικασία κλήρωσης των δικαστών με το κληρωτήριον στο Δικαστήριο της Ηλιαίας την εποχή του Αριστοτέλη*, in *Επετηρίς του Κέντρου Ερεύνης της Ιστορίας του Ελληνικού Δικαίου* 51, 2022, pp. 1-18.

pie, composte da oltre 501 e fino a 2501 *dikastai*, presiedute dai tesmoteti²⁴.

È discusso se siano mai stati scelti tra gli eliaisti anche i giudici di alcune corti per gli omicidi. Quel che è certo è che nel periodo compreso tra Draconte e Solone erano competenti per l'omicidio solo gli arconti in Areopago (per i casi di omicidio premeditato, che a quel tempo includeva il φόνος δίκαιος), i 51 efeti (scelti tra gli areopagiti, con competenza per l'omicidio non premeditato e per quello colposo²⁵) e il Pritaneo (nei processi contro le cose inanimate o gli animali che avessero cagionato la morte di una persona). È assodato anche che tra le riforme di Solone e il corso del IV secolo a.C., i giudici del Pritaneo erano il βασιλεύς e i quattro φυλοβασιλεῖς²⁶, mentre i giudici dell'Areopago erano, con carica vitalizia, gli ex-arconti²⁷. Gli efeti continuavano a occuparsi degli omicidi non pre-

²⁴ Arist. *Ath. Pol.* 68.1.

²⁵ Per questa impostazione delle divisioni di competenza, E. CANTARELLA, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, 1976, p. 79 ss. (e particolarmente p. 106 per la denominazione del φόνος ἀκούσιος come omicidio colposo); precedentemente cfr. anche R.S. STROUD, *Dracon's Law on Homicide*, Berkeley-Los Angeles, 1968, pp. 40-41; vd. inoltre, E. CANTARELLA, *Φόνος μὴ ἐκ προνοίας. Contributo allo studio dell'elemento soggettivo nell'atto illecito*, in H.J. WOLFF, J. MODRZEJEWSKI, D. NÖRR (Hrsg.), *Symposion 1971. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Wien, 1975, p. 293 ss. e già L. GAGLIARDI, *Distinzioni di status nella legge di Draconte sull'omicidio*, in *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. In onore di Aldo Dell'Oro*, Milano, 1998, p. 371 ss., 386. Analogamente A. BISCARDI, *Diritto greco antico* (1982), riediz. a cura di P. COBETTO GHIGGIA, F. ZUCCOTTI, in *Rivista di Diritto Ellenico* 5, 2015, p. 1 ss., p. 219 ss. e J. MÊLÈZE MODRZEJEWSKI, *La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique*, in M. GAGARIN (Hrsg.), *Symposion 1990. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Pacific Grove, California, 24.-26. September 1990), Köln-Weimar-Wien, 1991, p. 3 ss. [= in M.M. MACTOUX – E. GENY (èds.), *Mélanges Pierre Lévêque*, VII, *Anthropologie et société*, Paris, 1993, p. 246 ss., p. 250]. Diversamente, W.T. LOOMIS, *The Nature of Premeditation in Athenian Homicide Law*, in *JHS* 92, 1972, pp. 86-95; M. GAGARIN, *Dracon and Early Athenian Homicide Law*, New Haven, 1981, p. 32 ss.; G. THÜR, *The Jurisdiction of the Areopagos in Homicide Cases*, in M. GAGARIN (Hrsg.), *Symposion 1990. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Pacific Grove, California, 24.-26. September 1990), Köln-Weimar-Wien, 1991, p. 53 ss.; R.W. WALLACE, *Response to Gerhard Thür*, ivi, 73 ss.; R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna 2005, p. 93 ss.; E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino 2006, 223. Per le fonti relative, A.L. BOEGEHOLD, *The Lawcourts at Athens: Sites, Buildings, Equipment, Procedure, and Testimonia*, Princeton (NJ), 1995.

²⁶ Arist. *Ath. Pol.* 57.4. G. DE SANCTIS, *L'amnistia di Solone e le origini dell'Areopago*, in *Saggi storico-critici*, I, Roma, 1896, p. 23 ss. (= ID., *Scritti minori*, II, Roma, 1970, p. 33 ss.); ID., *Ἀρχαία. Storia della Repubblica ateniese dalle origini all'età di Pericle*, Torino, 1912², p. 186; Ch. HIGNETT, *A History of the Athenian Constitution to the End of the Fifth Century B.C.*, Oxford, 1952, p. 605 ss.

²⁷ Plut. *Sol.* 19.1 R.W. WALLACE, *The Areopagos Council, to 307 B. C.*, Baltimore-London, 1989, p. 52 ss.

meditato e colposo, riunendosi al Palladio²⁸. Più incerto è a mio avviso quali giudici si riunissero in età classica presso il Delfinio (allora competente per il φόνος δίκαιος) e nel Freatto (per i casi di recidiva). L'opinione tradizionale, che vuole in essi i 51 efeti²⁹, si fonda su un testo impreciso quale Harp. s.v. Ἐφέται e su fonti successive a esso ispirate³⁰ e nel complesso non è affidabile³¹. La sola cosa che si può affermare con certezza è che in questi ultimi due tribunali giudicavano uomini estratti a sorte (Arist. *Ath. Pol.* 57.3-4: εἰσὶ δὲ φόν[ου] δίκαι (...) δικάζουσι δ' οἱ λαχόντες ταῦ[τ'] ἄ[νδρε]ς, πλὴν τῶν ἐν Ἀρείῳ πάγῳ γιγνομένων)³², che, sulla base di quanto detto, non erano tuttavia gli efeti. Alla luce di quanto precede, mi sembra che l'ipotesi più probabile circa la composizione dei tribunali del Delfinio e del Freatto sia che in essi emanassero i loro verdetti giudici estratti tra gli eliaisti. E personalmente ritengo che anche i 51 efeti fossero sorteggiati dall'Eliea, come mi pare documentino l'appellativo di δικασταί loro rivolto da Lisia nell'orazione *Per l'uccisione di Eratostene* e il fatto che Arist. *Ath. Pol.* 57.4 accomunava i giudici del Palladio a quelli del Delfinio e del Freatto circa le modalità di reclutamento³³. I giudici di questi tre tri-

²⁸ IG I³ 104, ll. 11-13; Dem. 43.57.

²⁹ Vd. la bibliografia raccolta in L. GAGLIARDI, *Dove giudicavano gli Efeti?*, in G. THÜR, F.J. FERNÁNDEZ NIETO (Hrsg.), *Symposion 1999. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte* (Pazo de Mariñán, La Coruña, 6.-9. September 1999), Köln-Weimar-Wien, 2003, p. 145 ss., p. 145, nt. 1, cui si aggiungano Ch.E. MARAVELIAS, *Φόνος. Τα αττικά φονικά δικαστήρια και ιδίως το εν Φρεαττοί του Πειραιώς δικαστήριο*, Πειραιάς, 1998, p. 85 e *passim*; A. LANNI, *Law and Justice in the Courts of Classical Athens*, Cambridge-New York (NY), 2006, p. 75 ss.; S. ADAM-MAGNİSSALI, *Η Απονομή της Δικαιοσύνης στην αρχαία Αθήνα (5ος και 4ος π.Χ. αι.)*, Αθήνα, 2008, p. 77 ss., p. 265; D.D. PHILLIPS, *Avengers of Blood. Homicide in Athenian Law and Custom from Draco to Demosthenes*, Stuttgart, 2008, p. 59 s.; A. WOLPERT, K. KAPPARIS, *Legal Speeches of Democratic Athens. Sources for Athenian History*, Indianapolis, 2011, p. 281; L. PEPE, *Phonos. L'omicidio da Draconte all'età degli oratori*, Milano, 2012, p. 64 s.; D. AVILÉS, D.C. MIRHADY, *Law Courts*, in H. BECK (ed.), *A Companion to Ancient Greek Government*, Chichester, 2013, p. 205 ss., p. 210.

³⁰ Poll. 8.125, Phot. *Bibliotheka* (Bekker 535a 22-34) e Suida s.v. Ἐφέται.

³¹ GAGLIARDI, *Dove giudicavano gli Efeti?* (nt. 29); ID., *Ruolo e competenze degli efeti da Draconte all'età degli oratori*, in *Dike* 15, 2012, pp. 33-71.

³² G. KAIBEL, U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, *Aristotelis Πολιτεία Αθηναίων*, Berlin, 1898³; M. CHAMBERS, *Notes on the Text of the "Ath. Pol."*, in *TAPA* 66, 1965, p. 31 ss., p. 38 s.; M. DREHER, *Aristoteles. Der Staat der Athener*, Stuttgart, 2009², *ad loc.* L'ipotesi dell'integrazione di να' (corrispondente al numerale 51) prima di ἄ[νδρε]ς, proposta da R.S. STROUD, *Aristotle A.P. 57.4 and the Ephetai*, in *CP* 63, 1968, p. 212 (seguito da P.J. RHODES, *A Commentary on the Aristotelian Αθηναίων πολιτεία*, Oxford, 1981, p. 646) è arbitraria e risultato della suggestione causata da Harp. s.v. Ἐφέται e dalle fonti derivate.

³³ L'ipotesi di E.M. CARAWAN, *Ἐφέται and Athenian Courts for Homicide in the Age of the*

bunali erano quindi estratti tutti dallo stesso “bacino”, ma la differenza non era solo nominalistica: Poll. 8.125 e Suida *s.v.* Ἐφέται attestano che la base d'estrazione degli efeti era rappresentata da eliaisti precedentemente selezionati in base all'età minima di 50 anni e a requisiti morali.

Le sentenze, approvate a maggioranza e con voto segreto (*psephophoria*)³⁴, erano senza appello nel merito e impugnabili solo per motivi che noi oggi diremmo di legittimità, oppure, come in una sorta di revisione, in caso di lamentata falsa testimonianza³⁵. Era poi possibile l'opposizione contumaciale per la nullità della citazione o qualora il convenuto avesse avuto un'*excusatio* per la propria assenza dal processo.

Nel IV secolo a.C. dai 6.000 che avevano prestato il giuramento eliastico erano estratti anche i nomoteti, incaricati di esaminare ed eventualmente approvare definitivamente le proposte di riforma alle leggi votate dall'assemblea³⁶.

Inoltre erano estratti a sorte, da una base di volontari e con carica annuale, anche quasi tutti i 700³⁷ magistrati³⁸, inclusi in questo numero anche i buleuti (non erano estratti i magistrati militari, quali gli strateghi³⁹, i

Orators, in *CP* 86, 1991, p. 1 ss., p. 15, secondo la quale in età classica gli efeti erano estratti tra gli areopagiti non è documentata: GAGLIARDI, *Ruolo* (nt. 31) nt. 138. Né mi sembra più affidabile l'idea di G. SMITH, *Dicasts in the Ephetic Courts*, in *CP* 19, 1924, p. 353 ss., secondo la quale in età classica gli efeti sarebbero scomparsi dai tribunali ateniesi per l'omicidio, sostituiti da cinquecento giudici popolari estratti tra i componenti dell'Eliea: essa è smentita, a tacer d'altro, dalla ripubblicazione della legge di Draconte negli anni 409/408 a.C. (*IG I³* 104).

³⁴ A. MAFFI, *Origine et application du principe de majorité dans la Grèce ancienne*, in B. LEGRAS, G. THÜR (Hrsg.), *Symposion 2011. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Wien, 2012, pp. 21-31; ID., *Il principio di maggioranza nella prassi politico-giuridica della Grecia classica e nella critica aristotelica*, in F. DE LUISE (cur.), *Legittimazione del potere, autorità della legge: un dibattito antico*, Trento, 2016, pp. 109-151.

³⁵ K.K. PAPA-KONSTANTINOY, *Συμβολή στη μελέτη των λειτουργιών της δικαστικής απόφασης στην αρχαία Ελλάδα*. *Beitrag zum Studium der Funktionen des gerichtlichen Urteils im antiken Griechenland*, Θεσσαλονίκη, 2015, p. 136 ss.

³⁶ Dem. 24.20-38. Della *nomothesia* non parla Aristotele: G. DIETZE-MAGER, *Aristoteles und die Kunst des Verschweigens. Die aristotelische Darstellung von demokratischer Bürgerrechtsverleihung, Areopag und nomothesia im Licht externer Quellen*, in *Erga-Logoi* 10/2, 2022, pp. 7-58.

³⁷ M.H. HANSEN, *Seven Hundred archai in Classical Athens*, in *GRBS* 21, 1980, pp. 151-173.

³⁸ Hdt. 3.80.6; Ps. Xen. *Ath. Pol.* 1.2-3; Arist. *Pol.* 1294b8-9. A. LEDL, *Studien zur Älteren Athenischen verfassungsgeschichte*, Heidelberg, 1914, p. 339 ss.; U. KAHRSTEDT, *Studien zum öffentlichen Recht Athens*, II, *Untersuchungen zur Magistratur in Athen*, Stuttgart-Berlin, 1936, p. 47 ss.; J. BLEICKEN, *Die athenische Demokratie*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1995⁴, p. 312 ss.

³⁹ E.S. STAVELEY, *Voting Procedure at the Election of strategoi*, in E. BADIAN (ed.), *Ancient So-*

tassiarchi, gli ipparchi, i filarchi e i tesorieri navali⁴⁰). E questo ha qui rilevanza, perché in alcuni casi essi erano titolari di una competenza giurisdizionale diretta o, come s'è visto, presiedevano i tribunali.

La data iniziale per l'assegnazione mediante sorteggio degli incarichi magistratuali è peraltro incerta. Quello che si sa è che gli arconti iniziarono a essere estratti a sorte (da una rosa di candidati eletti) solo dal 487 a.C.⁴¹, mentre prima di allora erano probabilmente eletti e il sorteggio era limitato all'assegnazione degli incarichi di eponimo, re, polemarcho e tesmoteti. Per tutti gli altri magistrati vi è certezza sull'estrazione a sorte dal 403/402 a.C.⁴², con la revisione delle riforme soloniane, mentre per i secoli precedenti, in ragione di talune contraddizioni sussistenti tra le varie fonti⁴³, persistono nella dottrina moderna ancora alcuni dubbi⁴⁴. I magistrati erano peraltro sottoposti a un controllo iniziale, *dokimasia*⁴⁵, che si svolgeva sempre nei tribunali popolari⁴⁶ (per gli arconti preliminarmente anche nella Bulé e per i buleuti forse solo in quest'ultimo consesso⁴⁷). Durante tale procedura si verificava che essi prestassero servizio nell'esercito, che non fossero evasori fiscali, che non avessero maltrattato i genitori e che fossero devoti agli dèi e rispettosi dei defunti. Inoltre, entro trenta giorni dal termine dell'anno di carica, gli ex magistrati dovevano presentare i loro rendiconti (*euthynai*), sottoponendosi in primo luogo al controllo dei *logistai*, e quindi a quello di un *dikasterion* elastico⁴⁸. Ogni cittadino poteva poi

ciety and Institutions. Studies Presented to Victor Ehrenberg on His 75th Birthday, Oxford, 1966, pp. 275-288.

⁴⁰ Arist. *Ath. Pol.* 61.

⁴¹ Arist. *Ath. Pol.* 22.5.

⁴² M.H. HANSEN, *Κλήρωσις ἐκ προκρίτων in Fourth Century Athens*, in *CPh* 81, 1986, pp. 222-229; ID., *When Was Selection by Lot of Magistrates Introduced in Athens?*, in *C&M* 41, 1990, pp. 55-61.

⁴³ Plat. *Lg.* 757b; Arist. *Ath. Pol.* 4.3, 8.1, 22.5, 47.1, 55.1, 62.1; *Pol.* 1273b35-41; Isoc. 12.145, 153-154; Dem. 59-75.

⁴⁴ Un esame dettagliato è quello fornito da P. DEMONT, *Le tirage au sort des magistrats à Athènes: un problème historique et historiographique*, in F. CORDANO, C. GROTANELLI (cur.), *Sorteggio* (nt. 10), pp. 63-81.

⁴⁵ Aeschin. 3.14-15.

⁴⁶ Chr. FEYEL, *Dokimasia. La place et le rôle de l'examen préliminaire dans les institutions des cités grecques*, Nancy, 2009.

⁴⁷ L. GAGLIARDI, *Rec. a Chr. Feyel, Dokimasia. La place et le rôle de l'examen préliminaire dans les institutions des cités grecques*, Nancy 2009, in *Gnomon* 83, 2011, pp. 322-327.

⁴⁸ Arist. *Ath. Pol.* 48.4, 54.2. M. PIÉART, *Les εὔθυνοι Athéniens*, in *AC* 40, 1971, pp. 526-573; P. FRÖHLICH, *Remarques sur la reddition de comptes des stratèges athéniens*, in *Dike* 3, 2000,

sempre perseguire il magistrato dinnanzi alla Bulé, la quale l'avrebbe poi rinviato ancora una volta al *dikasterion*⁴⁹. Avevano competenza giurisdizionale diretta⁵⁰ gli Undici, sui ladri scoperti in flagranza, e i Quaranta, per le *dikai* di valore inferiore alle 10 dracme. La competenza circa la presidenza dei tribunali era frastagliata. L'eponimo soprintendeva alle *dikai* e alle *graphai* in materia di famiglia; il *basileus* alle *dikai phonou* e alle *graphai asebeias*; il polemarcho ai processi in cui fossero coinvolti meteci e liberti (questi ultimi in Grecia non acquisivano automaticamente la cittadinanza, a differenza di quanto accadeva a Roma). Gli strateghi e i curatori degli arsenali presiedevano i *dikasteria* competenti per i reati commessi da militari e appartenenti alla marina, mentre gli Undici quelli competenti per i reati che prevedevano l'*apagogé*, in caso di mancata confessione. I tesmoteti esercitavano le loro funzioni giurisdizionali per numerose azioni pubbliche e private, *in primis* quelle del diritto commerciale, mentre i cinque *eisagois* presiedevano i tribunali quando, in una moltitudine di materie, come ad esempio per la restituzione della dote o per i danni causati da schiavi o da bestie da soma, i processi dovevano essere definiti entro trenta giorni dal loro inizio (*dikai emmenoi*).

In materia di sorteggio di giudicanti nell'Atene classica riveste interesse anche quello degli arbitri (*diaitetai*) pubblici⁵¹, per le cause private superiori alle 10 dracme⁵². I potenziali dieteti erano estratti a sorte da una lista

pp. 81-111; A. EFSTATHIOU, *Euthyna Procedure in 4th C. Athens and the Case on the False Embassy*, in *Dike* 10, 2007, pp. 113-135; A.C. SCAFURO, *Penalty and Punishment Formulae in Fifth Century Attic Decrees*, in A. MATTHAIIOU, R. PITT (eds.), *Ἀθηναίων ἐπίσκοπος. Studies in honour of Harold B. Mattingly*, Αθήνα, 2014, pp. 299-326; EAD., *Epicheirotonia and the so-called euthynai of Generals*, in B. BISCOTTI (cur.), *Kállistos Nómos. Scritti in onore di Alberto Maffi*, Torino, 2018, pp. 199-220; M. CANEVARO, *Politica, diritto e giustizia tra oralità e scrittura*, in M. BETTALLI, M. GIANGIULIO (cur.), *Atene, vivere in una città antica*, Roma, 2023, pp. 263-282.

⁴⁹ Arist. *Ath. Pol.* 48.3.

⁵⁰ A.C. SCAFURO, *Magistrates with Hegemony in the Courts of Athens*, in H.A. RUPPRECHT (Hrsg.), *Symposion 2003. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte. Rauschholzhausen, 30. September – 3. Oktober 2003*, Wien, 2006, pp. 27-52; L. FOXHALL, *A Response to Adele Scafuro*, *ivi*, pp. 53-56.

⁵¹ Arist. *Ath. Pol.* 53.1-6.

⁵² L. GERNET, *L'institution des arbitres publics à Athènes*, in *REG* 52, 1939, pp. 389-414 (= ID., *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, pp. 103-119); K. HARTER-UIBOPUU, *Ancient Greek Approaches towards Alternative Dispute Settlement. Arbitration and Mediation in Private and Public Law*, in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 10, 2002, pp. 47-69; A. MAFFI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica greca e romana*, in J. HENGSTL, U. SICK (eds.), *Recht gestern und heute: Festschrift zum 85. Geburtstag von Richard Haase*, Wiesbaden, 2006, pp. 109-114; J. ROMINKIEWICZ, *Kilka uwag na temat prywatnego i publicznego*

compilata all'inizio di ogni anno, nella quale erano inseriti, divisi, come di consueto, per tribù, i riservisti entrati nel sessantesimo anno di età, che fossero «puri da ogni colpa»⁵³. Quando c'era una controversia che doveva essere loro sottoposta, il dieteta era estratto a sorte dall'albo speciale⁵⁴ della tribù del convenuto a opera dei quattro tra i Quaranta appartenenti a quella stessa tribù. Il lodo era impugnabile dinnanzi ai *dikasteria* elastici mediante ricorso (*epheisis*).

Ad Atene, in ambito processuale, vi era quindi un ricorso massivo a quel particolare sorteggio rivolto allo scopo di «risolvere in modo veloce e imparziale singoli problemi di natura procedurale», per usare l'espressione impiegata da Pellicchi. A differenza che a Roma, ove il sorteggio aveva una funzione marginale, sostanzialmente limitata ai *recuperatores* (in relazione ai quali essa era peraltro anche combinata con le ricusazioni delle parti), nella *polis* attica (salvo il caso degli ex arconti areopagiti competenti per i processi di omicidio volontario, i quali costituivano un collegio stabile), l'estrazione a sorte, per gli eliaisti addirittura ripetuta più volte al fine di accentuare l'aleatorietà, interessava tutti i giudicanti.

In un passaggio molto noto della *Politica*, Aristotele collegava il diritto di cittadinanza a quello di poter fare parte non solo dell'assemblea, ma anche dei *dikasteria*⁵⁵. Questo spiega che la ragione di una tale impostazione era nella natura democratica del regime ateniese⁵⁶. L'estrazione dei giudici era il trionfo della democrazia. E chiaramente non poteva riscontrarsi la medesima struttura a Roma, che era invece, al di là delle note teorizzazioni degli antichi, un'oligarchia.

Il sorteggio dei giudici ad Atene era percepito come necessario anche

postępowania polubownego w Atenach, in *Postępowanie polubowne w dziejach. Materiały IX Konferencji historyków państwa i prawa. Przemysł 7-10 lipca 2005*, Wrocław, 2006, pp. 11-16; M. GAGARIN, *Court Procedures and Arbitration*, in G. MARTIN (ed.), *The Oxford Handbook of Demosthenes*, Oxford, 2019, pp. 87-100; K. HARTE-UIBOPUU, *Mediation und Schiedsverfahren im antiken Griechenland*, in N. GROTKAMP, A. SEELENTAG (eds.), *Konfliktlösung in der Antike*, Berlin, 2021, pp. 187-195.

⁵³ Suida s.v. Διαίτητάς. R.W. WALLACE, *Public Arbitrators in Fourth-Century Athens. Guiding the Democratic Lot*, in L. GAGLIARDI, L. PEPE (eds.), *Dike. Essays on Greek Law in Honor of Alberto Maffi*, Milano, 2019, pp. 351-360.

⁵⁴ C. ZANAGA, *Alcune considerazioni in merito ai cataloghi arbitrali ateniesi*, in *Historika* 7, 2017, pp. 83-117.

⁵⁵ Arist. *Pol.* 1275a22-33, b5-6.

⁵⁶ A. LANNI, *Law and Democracy in Classical Athens*, in J.P. ARNASON, K.A. RAAFLAUB, P. WAGNER (eds.), *The Greek Polis and the Invention of Democracy. A Politico-cultural Transformation and Its Interpretations*, Chichester, 2013, pp. 163-180.

perché le questioni che giungevano ai *dikasteria* erano per lo più le cause pubbliche e spesso si trattava di processi politici (si pensi, ad esempio, alle vicende giudiziarie di Andocide o di Timarco ed Eschine)⁵⁷, in considerazione del fatto che il sistema accusatorio consentiva a ogni cittadino di muovere l'accusa⁵⁸ e che, per altro verso, le liti su questioni di diritto privato si esaurivano in gran parte sotto i dieteti. Ogni politico inoltre era esposto quotidianamente al rischio di essere processato.

Muovendo da questi presupposti, il sorteggio aiutava a prevenire l'influenza eccessiva di singoli o di gruppi ristretti e serviva a garantire che le decisioni fossero percepite come giuste dalla comunità nel suo insieme. Al contempo, l'ampio numero di giudici rifletteva la filosofia democratica di Atene, che mirava a coinvolgere un vasto segmento della cittadinanza nelle decisioni giudiziarie, auspicabilmente riducendo il rischio di corruzione e di influenze indebite e aumentando al contempo la legittimità delle decisioni prese.

I giudici erano però incompetenti. Pertanto si limitavano a votare e non fornivano, né avrebbero saputo fornire alcuna motivazione alla loro inappellabile decisione.

Questo trova riscontro in due aspetti del sistema processuale ateniese.

Il primo è che, benché dovessero rispettare il giuramento eliastico e seguire la loro *gnome dikaiotate*⁵⁹, ovvero l'opinione più giusta in conformità alle leggi specialmente quando queste non fossero inequivoche⁶⁰, in realtà, come scrisse Mario Talamanca, i giudici manifestavano una tendenza «chiaramente avvertibile... a fondare il proprio voto su una valutazione globale e soggettiva (e spesso arbitraria della complessiva personalità delle parti e delle vicende tra esse intercorse, al di là del punto specifico in discussio-

⁵⁷ H. YUNIS, *Political Uses of Rhetoric in Democratic Athens*, in J.P. ARNASON, K.A. RAAFLAUB, P. WAGNER (eds.), *The Greek Polis* (nt. 56), pp. 144-162; A.C. SCAFURO, *Law and Politics in the Fourth Century. The Evolution of Public (aka 'Criminal') Justice*, in W. RIESS (Hrsg.), *Colloquia Attica III. Neuere Forschungen zu Athen im 4. Jahrhundert v. Chr. (Dys-)Funktionen einer Demokratie*, Stuttgart, 2021, pp. 133-170.

⁵⁸ C. BEARZOT, *La giustizia nella Grecia antica*, Roma, 2008, p. 59 ss., ove si sottolinea la natura di una 'giustizia tra pari'.

⁵⁹ Dem. 10.118, 23.96-7, 39.39-40, 57.63; Arist. *Pol.* 1287a16. S.C. TODD, *The Shape of Athenian Law*, Oxford 1993, 54; M.R. CHRIST, *The Litigious Athenian*, Baltimore, 1998, p. 201 ss.

⁶⁰ C. CAREY, *Nomos in Attic Rhetoric and Oratory*, in *JHS* 116, 1996, pp. 33-46; E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Action in Democratic Athens*, Oxford, 2013, p. 104 ss.; M. CANEVARO, *Law and Justice*, in G. MARTIN (ed.), *The Oxford Handbook of Demosthenes*, Oxford, 2019, pp. 73-86, 74.

ne»⁶¹. Questo era alla base di un esasperato carattere agonistico dei processi, in cui le capacità oratorie erano determinanti⁶².

Per altro aspetto, e in conseguenza della loro imperizia, i *dikastai* erano irresponsabili⁶³. A questo si collegava anche l'inappellabilità delle loro decisioni, in quanto eventuali errori da loro commessi – e la memoria corre per tutti alla vicenda socratica – non potevano essere rilevati.

L'aspetto un po' paradossale del descritto sistema giudiziario era che, in ragione della connotazione radicalmente democratica dell'intero ordinamento giuridico ateniese, non solo gli organi politici ma anche i *dikasteria* dovevano essere interamente e senza correttivi nelle mani dei cittadini, dal che non poteva che derivare un'impronta stocastica sull'amministrazione della giustizia.

⁶¹ M. TALAMANCA, *Il diritto in Grecia*, in M. TALAMANCA, M. BREONE, *Il diritto in Grecia e a Roma*, Bari, 1981, pp. 5-89, 68. La citazione è stata ripresa anche da A. MAFFI, *Mario Talamanca in memoriam*, in *Dike* 11, 2008, pp. 171-175. Cfr. A. LANNI, *Classical Athens' Radical Democratic 'Rule of Law'*, in J. MEIERHENRICH, M. LOUGHLIN (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge, 2021, pp. 25-38, 31.

⁶² S.C. TODD, *Law and Oratory at Athens*, in M. GAGARIN, D. COHEN (eds.), *The Cambridge Companion to Ancient Greek Law*, Cambridge-New York (NY), 2005, pp. 97-111; H. YUNIS, *The Rhetoric of Law in Fourth-Century Athens*, ivi, pp. 191-208; M. GAGARIN, *Rhetoric as a Source of Law in Athens*, in M. GAGARIN, A. LANNI (Hrsg.), *Symposion 2013. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte (Cambridge MA, 26.-29. August 2013)*, Wien, 2015, pp. 131-152; ID., *Rhetoric and Law*, in M.J. MACDONALD (ed.), *The Oxford Handbook of Rhetorical Studies*, Oxford, 2017, pp. 43-52; ID., *Democratic Law in Classical Athens*, Austin, 2020, p. 71 ss.; ID., *Law and Rhetoric in Ancient Greece and Today*, in *Rhetorik* 40, 2021, pp. 19-30; J. KUCHARSKI, *Prosecutorial Identities and the Problem of Relevance*, in J. FILONIK, BR. GRIFFITH-WILLIAMS, J. KUCHARSKI (eds.), *The Making of Identities in Athenian Oratory*, London, 2020, pp. 171-190; P.A. O'CONNELL, *The Story about the Jury*, in M. EDWARDS, D. SPATHARAS (eds.), *Forensic Narratives in Athenian Courts*, London, 2020, pp. 81-101; J. WHITCHURCH, *'Show, don't tell': How to Make Jurors Angry as a Young Athenian Prosecutor*, in *Rhesis* 11, 2020, pp. 281-289; N. DONADIO, A. MANIACI, *Diritto e persuasione nel processo, dall'oratoria antica all'odierno patrocinio forense*, in *Legal Roots* 11, 2022, pp. 290-305.

⁶³ C. BEARZOT, *Processo decisionale e assunzione di responsabilità nella democrazia ateniese*, in *Ὀππος* N.S. 9, 2017, pp. 263-280.

VINCENZO PINTO

OPERAZIONI GESTORIE DI “INTERESSE PRIMORDIALE” E DIRITTI DEGLI AZIONISTI

1. *Il problema delle operazioni di “interesse primordiale”*

Nel sistema di protezione delle minoranze nel diritto dell'impresa azionaria, il problema delle operazioni gestorie di “interesse primordiale”¹ rappresenta forse quello in cui la tutela degli azionisti si contrappone in modo più diretto al principio di efficienza della gestione², ingenerandosi la necessità di una complessa opera di ponderazione fra i due valori, destinata a sollecitare la funzione creativa dell'interprete in contrapposizione alla rigidità del nudo dato testuale³.

Come è noto, la questione della partecipazione dei soci alle decisioni di gestione che incidono sui fondamenti essenziali dell'investimento ha occupato la letteratura gius-commercialistica sin da quando si è affermata la

¹La categoria è stata introdotta nella nostra letteratura da P. ABBADESSA (*La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Milano, 1974, p. 13), mutuando l'espressione “*intérêt primordial*” coniata da J.M.M. MAEIJER (*L'évolution du droit des sociétés anonymes aux Pays-Bas*, in *Rev. trim. droit comm.*, 1970, p. 311). Essa ha assunto una connotazione tipica per individuare le operazioni gestorie idonee a mutare le sorti dell'impresa e ad alterare il rischio dell'investimento, tanto da entrare nell'uso corrente non solo della dottrina (cfr. per tutti C. ANGELICI, *A proposito di “interessi primordiali” dei soci e “gestione esclusiva” degli amministratori*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, p. 59 ss.), ma anche nella giurisprudenza (cfr. Trib. Roma, 1 aprile 2019, in *Banca borsa*, 2019, II, p. 757 ss. con nota di G.B. PORTALE, N. DE LUCA, *Il sovrano non ha abdicato. Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell'assemblea*).

²Secondo J. KOCH, *Aktiengesetz*¹⁸, begründet von U. Hüffer, § 119, *Rdn.* 16, p. 1125, si tratta di «uno dei problemi di diritto azionario più controversi degli ultimi decenni».

³La tensione fra principio di efficienza della gestione e tutela degli interessi patrimoniali degli azionisti è sempre stata alla base del problema giuridico del coinvolgimento dei soci nelle operazioni di “interesse primordiale”. Cfr. V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Milano, 1985, spec. p. 129 ss.

tendenza a investire gli amministratori di una «règia pienezza di poteri»⁴, riducendo le competenze dell'assemblea a un elenco tipico di materie ristretto alla integrazione e alla modifica dell'organizzazione sociale⁵.

Si tratta di un percorso – troppo noto per essere qui ricordato⁶ – nel quale il ruolo centrale riconosciuto agli azionisti nell'originario modello ottocentesco della “supremazia” dell'assemblea è stato progressivamente eroso in nome dell'istanza efficientistica, con il risultato di impostare l'assetto dei poteri deliberativi nell'impresa azionaria sul principio di esclusiva competenza degli amministratori nella gestione dell'impresa (artt. 2380-*bis* e 2364, comma 1, n. 5, c.c.). Nel sistema attuale, l'organo amministrativo è titolare di un nucleo di competenze deliberative non solo con estensione *generale*, tale da comprendere, secondo un criterio di residualità, l'intero ambito della gestione dell'impresa; ma anche *inderogabile* nel suo contenuto, tanto da precludere all'autonomia statutaria trasferimenti di competenze decisorie vero i soci⁷.

Dinanzi a una scelta legislativa così limpida, la ricerca di diritti di *voice* dei soci nelle operazioni di “interesse primordiale” non può certo ambire a ridisegnare sul piano organizzativo gli assetti di competenza, sottraendo al principio di esclusività della gestione ambiti funzionali – i poteri di organizzazione della società – entro cui predicare un “ritorno” a una condizione di primazia dell'organo assembleare⁸. In effetti, ogni tentativo di confe-

⁴L'espressione è di H. WIEDEMANN, *Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft*, Opladen, 1989, p. 7.

⁵Cfr. V. CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, 1991, p. 111 ss. Per una visione sistematica del regime dei poteri dell'assemblea nel sistema attuale, cfr. M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema delle competenze assembleari nella s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 336 ss.

⁶È noto che l'attuale sistema delle competenze rappresenta il risultato di un percorso evolutivo che ha condotto il tipo azionario verso un modello di organizzazione dei poteri fondato, in misura progressivamente crescente, sui principi di “autonomia” e di “indipendenza” degli amministratori. Cfr. P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 6 ss.; ID., *La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, p. 5 ss.; R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, s.d. (ma 1974), p. 21 ss.; V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 48 ss. e p. 96 ss.; M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1*, Torino, 2004, p. 60 ss.

⁷Per un quadro di sintesi, sia consentito rinviare a V. PINTO, in *Le società per azioni* diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, Milano, 2016, *sub* art. 2364, p. 841 ss. e p. 850 ss.

⁸In questa prospettiva, il problema delle operazioni di “interesse primordiale” non può es-

rilevanza a elementi strutturali al fine di riequilibrare l'assetto dei poteri non potrebbe che esporsi all'obiezione che è proprio l'allargamento delle competenze assembleari oltre il “diritto scritto” ad apparire una soluzione sistematicamente inefficiente in rapporto alle esigenze dell'impresa, in quanto produttiva di incertezza giuridica in difetto di corrispondenti vantaggi su altri piani⁹.

In realtà, il problema giuridico delle operazioni di “interesse primordiale” non presuppone affatto il rigetto della «monopolistica investitura» dell'organo amministrativo¹⁰. Esso – sul presupposto che una tale investitura permanga – si incentra nel tentativo di correggere la rigidità del “diritto scritto”¹¹, con l'obiettivo di introdurre – mediante l'intervento dell'assemblea – un'eccezionale forma di protezione a carattere partecipativo

sere risolto attribuendo rilievo alla distinzione fra potere di *gestione* dell'impresa e potere di *organizzazione* con l'obiettivo di sottrarre quest'ultimo ambito al principio di esclusività sancito dall'art. 2380-bis c.c. e alla competenza degli amministratori (cfr. invece in tal senso Trib. Roma, 1 aprile 2019, cit.; in dottrina, soprattutto N. DE LUCA, *Da “Holzmüller e Gelatine” a “Bulli e Pupe”. Competenze implicite dell'assemblea e limiti legali ai poteri degli amministratori nelle società di capitali*, in *Banca borsa*, 2017, II, p. 384 ss.). Da un lato, il tenore dell'art. 2364, comma, 1, n. 5, c.c., nella misura in cui attribuisce agli amministratori la competenza deliberativa residuale, non legittima interpretazioni riduttive del concetto di «gestione dell'impresa» che compare nell'art. 2380-bis c.c. (cfr. P. ABBADESSA, A. MIRONE, *Le competenze dell'assemblea nelle s.p.a.*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 319 ss.). Dall'altro, una tale conclusione si fonda sull'inversione del significato sistematico storicamente attribuito al confronto con i limiti legali ai poteri dell'istitutore: la mancata previsione, per gli amministratori, di limitazioni al potere di disporre dell'azienda analoghe a quelle desumibili dall'art. 2204 c.c. ha sempre rappresentato un argomento non già per ridurre l'ambito dei poteri gestori degli amministratori, ma, al contrario, per estenderlo anche alle operazioni riorganizzative – inibite all'istitutore – dirette a trasformare o modificare in modo sostanziale la struttura dell'azienda (cfr. F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, 1974; p. 249 ss.; P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 40 ss.; V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 126 ss.).

⁹ Cfr. M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali di politica legislativa e indicazioni di principio nella riforma del diritto societario del 2003. Appunti per un corso di diritto commerciale*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, p. 220 ss. In effetti, ogni tentativo di incentrare l'assetto dei poteri deliberativi su una distinzione dai confini così incerti, quale quella fra gestione dell'impresa e organizzazione della società, rischierebbe di tradire il senso e lo scopo del sistema della suddivisione delle competenze in materia gestoria (cfr. C. ANGELICI, *La società per azioni*, I, *Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 356 ss.).

¹⁰ L'espressione riportata fra virgolette è di S. PESCATORE, *La società per azioni*, in *La riforma del diritto societario. Commento ai D.lgs. n. 5-6 del 17 gennaio 2003*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2003, p. 64.

¹¹ Cfr. in tal senso P.O. MÜLBERT, *Einheit der Methodenlehre? Allgemeines Zivilrecht und Gesellschaftsrecht im Vergleich*, in *AcP*, 2014, p. 215.

e informativo con riguardo a un nucleo ristretto di decisioni gestorie che coinvolgono un *problema specifico di tutela* degli interessi patrimoniali dei soci¹². Operazioni, come lo scorporo o la cessione dell'intera azienda (o di parte essenziale di essa) o, comunque, la dismissione di *assets* aziendali vitali, pur rientrando nell'ambito formale delle attribuzioni gestorie dell'organo amministrativo, espongono l'investimento azionario a rischi eccezionali e atipici, alterandone radicalmente, in modo stabile e definitivo, le condizioni di rischio e di redditività, senza tuttavia tradursi in una deviazione dal programma statutario individuato nell'oggetto sociale¹³.

Una siffatta capacità di incidere radicalmente sull'assetto degli «interessi patrimoniali incorporati nella proprietà azionaria»¹⁴ rende le operazioni di «interesse primordiale» un *problema oggettivamente diverso*, sotto il profilo della tutela degli azionisti, rispetto alle decisioni rientranti nel normale ambito della gestione dell'impresa, tanto da intravedere una *lacuna nascosta* nel sistema di ripartizione dei poteri deliberativi codificato dal diritto positivo.

2. I modelli di tutela degli azionisti

Se la specificità dell'esigenza di protezione dei soci nelle operazioni di «interesse primordiale» non può essere disconosciuta sul piano fattuale, altra questione è comprendere in che modo il problema di tutela conside-

¹² In quest'ottica, assai chiaramente, BGH, 26 aprile 2004, II ZR 155/02 e BGH, 26 aprile 2004, II ZR 154/02, in NJW, 2004, 1860 sul caso *Gelatine*. Di una funzione di «präventiver Vermögensschutz» parla P.O. MÜLBERT, in *Aktiengesetz Großkommentar*⁴, hrsg. von K.J. Hopt, H. Wiedemann, 14. Lief., §§ 118-120, Berlin-New York, 1999, Vor. §§ 118-147, Rdn. 200, 89. Nella dottrina italiana, cfr. in particolare G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, 2, Torino, 2006, p. 34. Più in generale, sulla funzione di tutela dell'investimento da attribuirsi alle competenze assembleari, v. R. SACCHI, *La partecipazione dei soci ai processi decisionali delle società di capitali*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Milano, 2002, p. 201.

¹³ Per una casistica, cfr. P. ABBADESSA, *L'assemblea: competenza*, in *Trattato delle società per azioni* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 4, Torino, p. 21 ss. Nonostante vi sia una certa tendenza a sovrapporre i due profili (cfr. in giurisprudenza Trib. Roma, 1 aprile 2019, cit.), il problema della competenza dei soci per le operazioni di «interesse primordiale» deve essere tenuto distinto dal divieto esplicitamente sancito dall'art. 2361, comma 1, c.c., ponendosi il primo nel solo caso in cui l'operazione non sia già inibita dal secondo in quanto comportante una modifica di fatto dell'oggetto sociale (cfr. già P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 42).

¹⁴ Cfr. BGH, 25 febbraio 1982, in AG, 1982, 158 sul c.d. caso *Holz Müller*.

rato possa trovare sfogo nell’ambito di sistemi, come il nostro diritto azionario, in cui il riparto delle competenze deliberative è modellato sull’istanza di *efficienza della gestione*.

Del resto, l’evoluzione del pensiero giuridico sul tema delle operazioni di “interesse primordiale” è stata segnata proprio dalla difficile ricerca di tecniche di tutela partecipativa degli azionisti che possano resistere all’impatto col principio di competenza esclusiva degli amministratori nella gestione dell’impresa¹⁵. In effetti, ciò che può primariamente scontrarsi con la rigida investitura dell’organo amministrativo non è tanto il coinvolgimento degli azionisti nel processo decisionale in sé considerato, quanto le concrete modalità con le quali una tutela siffatta è destinata a realizzarsi. Pertanto, l’istanza efficientistica – che è alla base della concentrazione dei poteri gestori nell’organo amministrativo – più che essere invocata, in negativo, nella prospettiva di rigettare *tout court* un intervento dell’assemblea, merita forse di essere considerata, in positivo, come fattore idoneo a imporre la costruzione di un regime di partecipazione dei soci che sia compatibile con il principio codificato dall’art. 2380-bis c.c.¹⁶.

In una prospettiva tesa a ricostruire il regime di tutela più che a interrogarsi in astratto sulla tutela in sé, il fulcro del problema delle operazioni di “interesse primordiale” non sta soltanto nel regolare il caso *fisiologico* in

¹⁵ È noto che una parte non irrilevante della dottrina ritiene che il principio di esclusiva competenza degli amministratori – unitamente alla mancanza di una norma analoga a quella dettata in tema di s.r.l. dall’art. 2479, comma 2, n. 5, c.c. – esprima l’*intentio legis* di escludere *tout court* gli azionisti da ogni decisione gestoria non esplicitamente attribuita dalla legge alla competenza dell’assemblea (sia pure con diversità di vedute, cfr. in particolare G. GUIZZI, *Riflessioni intorno all’art. 2380-bis c.c.*, in *Società, banche e crisi d’impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, diretto da M. Campobasso, V. Cariello, V. Di Cataldo, F. Guerrera, A. Sciarone Alibrandi, 2, Torino, 2014, p. 1047). Per una sintesi delle posizioni della dottrina G.B. PORTALE, N. DE LUCA, *Interessi primordiali degli azionisti e competenze implicite dell’assemblea*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, p. 46 ss. (testo e nt. 10).

¹⁶ Ne è dimostrazione la discussione sulla c.d. riserva statutaria di competenze all’assemblea ammessa dall’art. 2364, comma 1, n. 4, c.c. nella versione anteriore alla riforma del 2003, nel contesto della quale il tentativo di rendere compatibile l’intervento dell’assemblea con la sfera di poteri esclusivi dell’organo amministrativo è stato condotto secondo due differenti itinerari interpretativi (lo evidenzia P. ABBADESSA, *L’assemblea*, cit., p. 32): da un lato, la degradazione della *qualità* degli effetti della decisione assembleare in ambito gestorio ad autorizzazioni non vincolanti (soluzione, questa, adottata dal vigente art. 2364, comma 1, n. 5, c.c.) oppure a meri pareri con valore consultivo [cfr. F. BONELLI, *Le direttive dell’assemblea agli amministratori di società per azioni* (art. 2364, n. 4, c.c.), in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 5 ss.]; dall’altro, la riduzione della *quantità* delle decisioni d’impresa suscettibili di essere devolute agli azionisti ad ambiti tali da non minare l’efficienza della gestione (cfr. V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell’impresa*, cit., p. 311 ss., il quale, come è noto, escludeva dalla riserva statutaria la c.d. “gestione corrente”).

cui la competenza dei soci sia rispettata dagli amministratori, magari graduando il tipo di ingerenza dell'assemblea secondo lo schema della competenza decisoria, autorizzativa o meramente consultiva. Il profilo che più direttamente incide sulla configurazione giuridica dell'interesse protetto è quello *patologico* del rimedio, non foss'altro perché una tutela effettiva non può prescindere dalla previsione di uno strumento di reazione attivabile nel caso in cui la regola di partecipazione dei soci sia disattesa dagli amministratori¹⁷.

Se solo si volga lo sguardo ai rimedi a disposizione dei soci nel contesto della funzione amministrativa, non si può non cogliere il diverso grado di intensità che la tutela partecipativa degli azionisti è destinata ad assumere a seconda che la sua violazione resti presidiata esclusivamente all'ordinario rimedio obbligatorio dell'azione di responsabilità della minoranza (art. 2393-*bis* c.c.) o se, invece, possa dare luogo anche al rimedio reale dell'impugnazione della decisione dell'organo amministrativo – assunta senza il coinvolgimento dell'assemblea – per lesione dei diritti dei soci (art. 2388, comma 4, secondo periodo, c.c.)¹⁸.

Una alternativa siffatta, se proiettata sul problema delle operazioni di “interesse primordiale”, consente di delineare *due modelli di tutela* in relazione al profilo dell'*enforcement*, caratterizzati da diverso impatto sul principio efficientistico alla base dell'art. 2380-*bis* c.c. Il coinvolgimento dell'assemblea può essere costruito come un semplice *dovere degli amministratori*, con la conseguenza che la reazione degli azionisti resterebbe confinata al piano interno della responsabilità risarcitoria e – di conseguenza – sarebbe incentrata sul prodursi di un danno al patrimonio sociale per effetto dell'operazione decisa in autonomia dall'organo amministrativo¹⁹. Ma la partecipazione alla decisione di “interesse primordiale” potrebbe anche assumere i connotati di un vero e proprio *diritto degli azionisti*, qualora la decisione assunta dagli amministratori senza convocare l'assemblea sia ritenuta idonea a legittimare i soci al rimedio dell'impugnazione ai sensi dell'art. 2388, comma 4, secondo periodo, c.c.²⁰.

Se l'intervento dell'assemblea è configurato come un diritto degli azio-

¹⁷ Si tratta della prospettiva suggerita C. ANGELICI, *A proposito di “interessi primordiali*, cit., p. 79 ss.

¹⁸ Cfr. al riguardo, di recente, M.S. SPOLIDORO, *Le impugnazioni delle deliberazioni degli “altri organi” delle società di capitali*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, I, p. 520.

¹⁹ Cfr. C. ANGELICI, *A proposito di “interessi primordiali*, cit., p. 83 ss.

²⁰ Sul punto sia consentito rinviare a V. PINTO, *Funzione amministrativa e diritti degli azionisti*, Torino, 2008, p. 241 ss.

nisti (e non come un mero dovere degli amministratori), la tutela partecipativa della minoranza nelle operazioni di “interesse primordiale” si colloca in una dimensione significativamente diversa anche in termini di effettività. In tal caso, la regola che impone il coinvolgimento dei soci sarebbe presidiata da uno specifico rimedio che prescinde dalla produzione di un danno, ma che nel contempo – a differenza del primo modello – potrebbe impattare sull’azione dell’impresa sul mercato, creando l’esigenza di adeguarne il contenuto e gli effetti all’istanza efficientistica alla base dell’art. 2380-*bis* c.c.²¹.

3. *Il paradigma del caso Holzmüller. Protezione giurisprudenziale delle minoranze ed efficienza della gestione*

Lo stretto legame fra tutela e rimedio lo si ritrova anche in quello che notoriamente rappresenta il paradigma di diritto giurisprudenziale della protezione degli azionisti nelle operazioni di “interesse primordiale”. Il riferimento è ovviamente al caso *Holzmüller*, nel quale la Corte federale tedesca, nell’ormai lontano 1982, ha riconosciuto la doverosità dell’intervento dell’assemblea in una tipica operazione di “interesse primordiale” (lo scorporo di una parte essenziale dell’azienda)²².

L’importanza della *Holzmüller-Doktrin* non risiede solo nell’aver forzato con l’interpretazione un “diritto scritto” in apparenza inespugnabile, nel quale si prevede che l’assemblea è abilitata a decidere in materia di gestione «solo se» – «nur dann» – gli amministratori lo richiedano (§ 119, *Abs. 2 AktG*)²³. La rilevanza della pronuncia del *BGH* sta anche, e forse soprat-

²¹ Si tratta dell’esigenza che, più di ogni altra, ha spinto la dottrina – ancora prima della riforma del 2003 – a incentrare il problema delle operazioni di “interesse primordiale” su tecniche idonee a impedire la traslazione sui terzi dell’incertezza creata da una tutela integrativa “non scritta” riconosciuta ai soci: cfr. in particolare V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell’impresa*, cit., p. 137.

²² Cfr. *BGH*, 25 febbraio 1982, cit. È noto che la pronuncia ha avuto un impatto significativo sull’approccio della dottrina italiana al problema delle operazioni di “interesse primordiale” (cfr. V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell’impresa*, cit., p. 59 ss.) e, all’interno di quest’ultimo, al problema del controllo sulla formazione del gruppo [cfr. M.S. SPOLIDORO, *Tutela dei soci della capogruppo in Germania (con uno sguardo all’Italia)*, in *Riv. soc.*, 1986, p. 1302 ss.; R. WEIGMANN, *L’autorizzazione dei soci della capogruppo per le operazioni finanziarie delle società controllate*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 335 ss.; A. CERRAI, *Il controllo sulla formazione dei gruppi (Principi desumibili dall’esperienza giuridica tedesca per una lettura di alcune disposizioni del diritto societario italiano funzionale ad un controllo sulla formazione dei gruppi di società)*, in *I gruppi di società*, a cura di P. Balzarini, G. Carcano, G. Mucciarelli, II, Milano, 1996, p. 931 ss.].

²³ Benché il principio sancito dalla decisione *Holzmüller* sia ampiamente condiviso dalla

tutto, nell'aver costruito l'intervento dell'assemblea come un vero e proprio *diritto degli azionisti* (il «diritto a partecipare alle decisioni sociali»), delineando, nel contempo, le *condizioni di compatibilità* di un modello di tutela così concepito con un sistema ispirato all'istanza efficientistica.

È ben vero che il coinvolgimento dei soci nel processo decisorio è impostato dai giudici tedeschi secondo uno schema formalmente inidoneo a intaccare la sfera delle competenze deliberative del *Vorstand*, con l'ausilio dell'espedito interpretativo di prefigurare un'eccezionale trasformazione in dovere di quella che il § 119, *Abs. 2*, *AktG* configura come una mera facoltà degli amministratori di sottoporre all'assemblea argomenti in materia di gestione dell'impresa. Tuttavia, è altrettanto indubitabile che, nel modello delineato dalla Corte federale, un siffatto dovere non solo si traduce in un azzeramento della discrezionalità dell'organo amministrativo (con esiti, in termini sostanziali, non diversi da quelli propri di una regola di competenza)²⁴, ma è anche presidiato dalla creazione giurisprudenziale di un autonomo *rimedio societario*, ancorato alla lesione dei diritti sociali degli azionisti in quanto tali nel contesto della funzione amministrativa (a prescindere dal danno).

dottrina (ma v. le critiche di alcuni dei primi commenti: cfr. J. SEMLER, *Einschränkung der Verwaltungsbefugnisse in einer Aktiengesellschaft*, in *BB*, 1983, p. 1570 ss.), sono rimasti controversi sia il *fondamento* sia i *criteri selettivi* del dovere di sottoporre all'assemblea nelle «decisioni fondamentali (...) che intaccano fortemente i diritti partecipativi degli azionisti e i loro interessi patrimoniali incorporati nella proprietà azionaria». Sotto il primo profilo, l'incertezza del fondamento è ben espressa da K. SCHMIDT (*Macroton oder: weitere Ausdifferenzierung des Aktienärsschutz durch BGH*, in *NZG*, 2003, p. 602), nel ricordare che, nei due saggi dedicati all'argomento nella *Festschrift* per i settanta anni di *Peter Ulmer*, si danno alla regola sancita dal BGH due fondamenti giuridici diversi (cfr. U. HÜFFER, *Zur Holzmüller-Problematik: Reduktion des Vorsandermessen oder Grundlagenkompetenz der Hauptversammlung?* e H. HENZE, *Holzmüller vollendet das 21. Lebensjahr*, entrambi in *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, Hrsg. von M. Habersack – P. Hommelhoff, U. Hüffer, K. Schmidt, Berlin, 2003, rispettivamente, p. 286 ss. e p. 211 ss.). Sotto il secondo profilo, i criteri per selezionare le operazioni da sottoporre all'assemblea sono ampiamente dibattuti con riguardo sia alla essenzialità del criterio qualitativo del c.d. *Mediatisierungseffekt*, sia all'individuazione – nell'intervallo compreso fra il dieci e il cinquanta per cento – della soglia *quantitativa* di incidenza dell'operazione sull'attivo patrimoniale: cfr., per una sintesi, J. KOCH, *Aktienegesetz*¹⁸, cit., § 119, *Rdn.* 20 ss., p. 1127 ss.).

²⁴ Lo rileva acutamente V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 62 ss. In effetti, l'assenza di discrezionalità nell'adempimento del dovere di sottoporre la decisione all'assemblea è l'elemento che – di là dalle analogie dello schema formale adottato – distanzia la soluzione accolta nella *Holzmüller-Entscheidung* dal modello italiano che riconduce il coinvolgimento degli azionisti al dovere di buona fede e correttezza degli amministratori (cfr. *infra*, § 4).

Nel caso in cui l'organo amministrativo decida l'operazione senza la necessaria convocazione dell'assemblea (e in ogni altra ipotesi in cui siano lesi *Mitgliedschaftsrechte*), il socio – secondo i giudici tedeschi – è titolare di una «pretesa organizzativa» a che «la società rispetti i suoi diritti»²⁵, la cui violazione legittima l'azionista leso – come una sorta di «prosecuzione» dell'*Anfechtungsrecht* codificato per le deliberazioni assembleari (§§ 243 ss. *AktG*)²⁶ – all'esercizio di azioni inhibitorie e ripristinatorie a difesa della partecipazione sociale, il cui contenuto di diritti sia stato illegittimamente leso da decisioni del *Vorstand* (le c.d. *Abwehrklagen*)²⁷.

Per trasformare l'intervento assembleare in un diritto degli azionisti, autonomamente tutelabile con un rimedio capace di incidere sulla decisione assunta dall'organo amministrativo, è tuttavia necessario conformarne il *contenuto* e gli *effetti* in modo da contenerne l'impatto entro limiti tollerabili per un sistema in cui le competenze assembleari sono ridotte a un elenco tipico e l'intero perimetro della funzione gestoria è accentrato nell'organo amministrativo.

²⁵ Cfr. BGH, 25 febbraio 1982, *cit.*, ove il principio secondo cui ogni azionista «hat (...) einen verbandsrechtlichen Anspruch darauf, daß die Gesellschaft seine Mitgliedsrechte achtet und alles unterläßt, was sie über das durch Gesetz und Satzung gedeckte Maß hinaus beeinträchtigt. Dieser Anspruch wird verletzt, wenn der Vorstand die Hauptversammlung und damit auch die einzelnen Aktionäre bei einer Entscheidung von der nach der Sachlage gebotene Mitwirkung ausschließt».

²⁶ Cfr. K. SCHMIDT, *Die Beschlußanfechtungsklage, bei Vereinen und Personengesellschaft. Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht*, in *Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985*, hrsg. von M. Lutter, H.-J. Mertens, P. Ulmer, Berlin-New York, 1985, p. 221.

²⁷ L'istituto di conio giurisprudenziale delle *Abwehrklagen*, nato nella pronuncia Holzmueller per offrire al singolo socio un rimedio per la lesione del suo diritto a partecipare alle decisioni sociali (a presidio del rispetto del dovere del *Vorstand* di sottoporre all'assemblea le operazioni capaci di compromettere gli interessi fondamentali dei soci), ha assunto nella giurisprudenza successiva la portata di strumento generale di difesa dei *Mitgliedschaftsrechte* dinanzi alle condotte lesive perpetrate dall'organo amministrativo (per l'applicazione all'esclusione del diritto di opzione nell'aumento di capitale delegato, cfr. BGH, 23 giugno 1997, in JZ, 1998, p. 47 ss., sul c.d. caso *Siemens/Nold*; BGH, 10 ottobre 2005, sul c.d. caso *Magusta/Commerzbank II*, in AG, 2006, p. 38 ss.; BGH, 10 luglio 2018, in NZG, 2018, p. 1019 ss., sul c.d. caso *Hyrican*, pubblicata anche, con traduzione in italiano, in *Giur. comm.*, 2020, II, p. 694 ss., con commento di M. SPERANZIN, *Aumento del capitale delegato con esclusione «semplificata» del diritto di opzione: tutela dell'azionista dal punto di vista informativo e della parità di trattamento*, ivi, p. 701 ss.). Su tale rimedio si è sviluppata una amplissima letteratura, essendone controverso non solo il regime sostanziale e processuale (ad esempio, il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione in rapporto al modello della disciplina dell'*Anfechtung* delle delibere assembleari), ma anche il fondamento stesso: sul punto sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a V. PINTO, *Funzione amministrativa*, *cit.*, p. 80 ss.

Con questa finalità la Corte federale tedesca, nella sua opera d'interpretazione creativa, ha assoggettato la tutela a una duplice limitazione, resa ancora più stringente nelle successive pronunce del BGH sul caso *Gelatine* del 2004 (BGH, 26 aprile 2004)²⁸. Il diritto di partecipazione dei soci alla decisione gestoria non codificato dal "diritto scritto" non solo deve essere limitato a *casi eccezionali*, ma neppure può interferire con l'azione dell'organo amministrativo *nei rapporti con i terzi*, dovendosi escludere *a priori* che il rimedio possa condurre alla rimozione degli effetti di operazioni già compiute sul mercato.

Sotto il primo profilo, l'esigenza sistematica di contenere l'espansione dei poteri dell'assemblea entro i limiti dell'eccezionalità («*ausnahmsweise*»)²⁹ impone di delimitare il *contenuto* del diritto degli azionisti «entro confini ristretti» («*in engen Grenzen*»)³⁰. Non a caso, nell'evoluzione pretoria la regola "non scritta" di partecipazione dei soci è stata trasformata dall'originario *standard* in una specifica *rule*³¹: l'incerta formula del caso *Holz Müller*, incentrata sulla categoria delle «decisioni fondamentali (...) che intaccano fortemente i diritti partecipativi degli azionisti e i loro interessi patrimoniali incorporati nella proprietà azionaria» è stata precisata, nelle successive pronunce sul caso *Gelatine*, sulla base di criteri oggettivi idonei a misurare la rilevanza dell'effetto prodotto dall'operazione sulle

²⁸ Dopo che il quadro scaturito dal caso *Holz Müller* (cfr. *supra*, nt. 23) è stato ulteriormente complicato dalla pronuncia *Macroton* (BGH, 25 novembre 2002, in ZIP, 2003, p. 387 ss.), le due decisioni gemelle sul *Gelatine*, pur collocandosi in una posizione di continuità con il *leading case*, hanno meglio precisato fondamento e regime normativo del coinvolgimento dell'assemblea (BGH, 26 aprile 2004, II ZR 155/02, cit. e BGH, 26 aprile 2004, II ZR 154/02, cit.). Il BGH ha fatto ricorso alla *offene Rechtsfortbildung* per creare una sorta di "sintesi virtuosa" fra la tesi maggioritaria dell'applicazione analogica delle norme sulle competenze "scritte" (cfr. P.O. MÜLBERT, in *Aktiengesetz Großkommentar*⁴, cit., § 119, Rdn. 21, p. 126 ss.) e l'efficacia meramente interna tipica della *Holz Müller-Doktrin*, con l'esito finale di individuare una regola "non scritta" di competenza dell'assemblea che, da un lato, legittima l'applicazione delle maggioranze rafforzate previste per le modifiche statutarie, e, dall'altro, non è inidonea a riflettersi sul potere di rappresentanza degli amministratori (cfr. J. KOCH, *Aktiengesetz*¹⁸, cit., § 119, Rdn. 18, p. 1127). Inoltre, la competenza implicita dell'assemblea è ancorata a più precisi criteri, individuandosi – mediante rinvio alla dimensione dell'operazione oggetto del caso *Holz Müller* – la soglia minima di rilevanza nella misura dell'ottanta per cento dell'attivo patrimoniale (con una scelta, peraltro, ritenuta eccessivamente rigorosa dalla parte della dottrina: cfr. H. FLEISCHER, *Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: Von "Holz Müller" zu "Gelatine"*, in NJW, 2004, p. 2338).

²⁹ Cfr. BGH, 25 febbraio 1982, cit.

³⁰ Cfr. BGH, 26 aprile 2004, II ZR 155/02, cit. e BGH, 26 aprile 2004, II ZR 154/02, cit.

³¹ Cfr. H. FLEISCHER, *Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten*, cit., p. 2337.

condizioni di rischio dell’investimento (espressi in termini incidenza sull’attivo patrimoniale)³².

Sotto il secondo profilo, la *rilevanza interna* del diritto di partecipazione degli azionisti – nell’itinerario argomentativo seguito dai giudici tedeschi – non è considerata una mera *conseguenza*, ma è elevata a *presupposto* imprescindibile di ogni interpretazione che intenda deviare – sia pure eccezionalmente – dal principio che accentra nel *Vorstand* il potere di gestione dell’impresa. La necessità di impedire che l’attribuzione ai soci di poteri “non scritti” di *Mitwirkung* possa limitare l’ambito generale del potere di rappresentanza nei rapporti con i terzi non solo ha condizionato nel caso *Holzmüller* la scelta di costruire l’intervento dell’assemblea come un dovere degli amministratori, ma ha anche costituito, nel successivo arresto *Gelatine*, il punto di partenza dell’argomentazione che ha condotto i giudici a correggere – sulla base di una c.d. *offene Rechtsfortbildung* – gli effetti che sarebbero derivati dal mero ricorso alla tecnica dell’analogia con le norme sulle competenze esplicite dell’assemblea³³.

4. La tutela partecipativa come dovere gli amministratori

Se si passa a considerare il modo in cui il problema delle operazioni di “interesse primordiale” è stato affrontato nel nostro ordinamento, non si può fare a meno di notare che la *Holzmüller-Doktrin* è stata valorizzata nel suo profilo forse meno rilevante, non a caso l’unico effettivamente superato nella successiva giurisprudenza del BGH sul caso *Gelatine* del 2004.

L’aspetto che ha più influenzato la costruzione giuridica dell’intervento assembleare risiede nell’idea – invero già rappresentata nella nostra letteratura ben prima della pronuncia della Corte tedesca³⁴ – di fondare la tutela partecipativa dei soci sul *dovere degli amministratori* di rimettere la decisione gestoria all’assemblea e non su una regola di competenza “non scritta”.

Nella prospettiva di rendere compatibile l’intervento dei soci con il principio dettato dall’art. 2380-bis c.c., nella letteratura si è affermata la tendenza a risolvere il problema nel principio di correttezza e buona fede

³² Il punto maggiormente controverso, dopo la pronuncia sul caso *Gelatine*, risiede nello stabilire se, oltre al superamento delle soglie quantitative, anche il c.d. *Mediatisierungseffekt* sia elemento essenziale al fine di imporre il coinvolgimento dell’assemblea nel processo decisionale: cfr. J. KOCH, *Aktiengesetz*¹⁸, cit., § 119, Rdn. 22 e 25, (rispettivamente) p. 1129 ss. e p. 1131 ss.

³³ Cfr. *supra*, nt. 28.

³⁴ Il riferimento è, naturalmente, alla tesi P. ABBADESSA, *La gestione dell’impresa*, cit., p. 41 ss.

nell'esecuzione dell'incarico gestorio (o nel c.d. dovere di diligenza), configurando – secondo uno schema non dissimile da quello dei cc.dd. obblighi di protezione³⁵ – un dovere degli amministratori di “consultare” i soci ogni qual volta l'operazione implichi rischi eccezionali e straordinari per l'investimento. Il dovere di coinvolgere gli azionisti, in origine ritenuto capace di provocare un intervento di tipo decisorio dell'assemblea (salvo il c.d. dovere di resistenza degli amministratori a tutela dei creditori sociali nei casi tipizzati dall'art. 2394 c.c.)³⁶, è stato poi rimodulato – dopo la riforma del 2003 – nel senso di ridurre la rilevanza al mero recepimento di «raccomandazioni non vincolanti» dei soci, con funzione essenzialmente informativa e consultiva³⁷.

Ma a prescindere dal modo in cui si intendano conformare gli effetti della deliberazione assunta dall'assemblea (e la connessa area di discrezionalità concessa agli amministratori nel discostarsi dal *decisum* assembleare), l'elemento che più connota detta impostazione è che il coinvolgimento dei soci nel processo decisorio non si attegga come un *limite fisso* al potere dell'organo amministrativo derivante da una regola a contenuto predefinito (sia essa una regola di competenza decisoria, autorizzativa o anche solo consultiva)³⁸, ma è concepito come un *limite mobile*: non solo capace, in quanto tale, di adeguarsi, con la necessaria elasticità, alle peculiarità del singolo caso considerato, ma anche istituzionalmente privo di rilevanza esterna nei rapporti con i terzi³⁹.

Non può negarsi a questa opinione il merito evitare il conflitto con l'ordine legale delle competenze decisorie nel tipo azionario, modellando l'intervento assembleare su uno *standard* a contenuto flessibile. Da un lato,

³⁵ Cfr. in part. V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 135.

³⁶ Si tratta, come è noto, della tesi di P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 42 ss.; Id., *L'assemblea*, cit., p. 21 ss., testo e nota 40, successivamente sviluppata e integrata da V. CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 129 ss.; Id., *Potere di gestione*, cit., p. 115 ss.

³⁷ Cfr. in tal senso, a seguito della riforma del 2003, *La competenza assembleare*, cit., p. 15; P. ABBADESSA, A. MIRONE, *Le competenze*, cit., p. 305 ss. In direzione analoga v. anche A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008; p. 271; M. LIBERTINI, *Scelte fondamentali*, cit., p. 222 nt. 58; F. GUERRERA *I regolamenti di gruppo*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, cit., 2, p. 1584 ss.). Su posizioni analoghe si colloca anche l'ultima evoluzione del pensiero di C. ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 362 ss. (testo e nt. 42); Id., *A proposito di “interessi primordiali”*, cit., p. 83 ss.

³⁸ Su queste categorie e sul loro significato normativo, cfr. in part. M. MAUGERI, *Le deliberazioni assembleari «consultive» nella società per azioni*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadessa, cit., 1, p. 819 ss.; Id., *Considerazioni sul sistema*, cit., p. 336 ss.

³⁹ Cfr. in part. C. ANGELICI, *A proposito di “interessi primordiali”*, cit., p. 85 ss.

il ricorso al dovere di correttezza e buona fede introduce un profilo di *discrezionalità* nella scelta di consultare gli azionisti, essendo gli amministratori chiamati a ponderare l'interesse partecipativo dei soci con altri potenziali interessi meritevoli di tutela di segno opposto (come la riservatezza, in specie in contesti di mercato)⁴⁰. Dall'altro, le concrete modalità di attuazione del dovere di sottoporre l'operazione ai soci – con funzione consultiva – potrebbero realizzarsi sia nella forma tradizionale della convocazione dell'organo assembleare, sia, in una più ampia prospettiva di mercato, nell'attivazione delle più elastiche forme di dialogo extrassembleare fra amministratori e investitori codificate dalla *best practice* (secondo le prassi di *engagement* suggerite dall'art. 1, comma 4, del Codice di *Corporate Governance* delle Società Quotate e codificate nei Principi elaborati da Assogestioni)⁴¹.

Se però si guarda al problema dall'angolo visuale dei *rimedi*, il principale merito di questa impostazione si trasforma nel suo più evidente limite. Un siffatto orientamento, nella misura in cui rimette il coinvolgimento dei soci a un principio di condotta degli amministratori, finisce per “amputare” dalla *Holzmüller-Doktrin* – a cui pure esso si ispira – una sua componente essenziale, e cioè la connessione fra la tutela partecipativa e il riconoscimento agli azionisti di un *autonomo rimedio* per il caso in cui essa sia disattesa. In altri termini, la funzione di protezione degli azionisti, che con il dovere di correttezza e buona fede si vorrebbe introdurre nel rapporto gestorio, non trova sfogo sul piano dei rimedi, essendo la tutela dei soci rimessa alle ordinarie azioni di responsabilità sociali incentrate sulla protezione dell'interesse della società e del suo patrimonio.

Per un verso, la scelta fondare l'interpello dell'assemblea sul limite mobile della correttezza confina la tutela sul piano delle *regole di responsabilità*, con la duplice conseguenza non solo di escludere l'impugnazione della decisione gestoria per lesione dei diritti degli azionisti (art. 2388, comma 4, c.c.), ma anche di condizionare la protezione degli azionisti alla circostanza che l'operazione – decisa in autonomia dall'organo amministrativo – sia anche produttiva di un danno al patrimonio sociale. Per altro verso, il pro-

⁴⁰ Sull'idoneità delle esigenze di riservatezza e di urgenza a escludere il dovere di coinvolgere i soci nella decisione, cfr. già P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 44.

⁴¹ Cfr. ASSOGESTIONI, *I-SDX Italian Shareholder Director Exchange. Principi italiani di shareholder-director engagement*, consultabili sul sito <https://www.assogestioni.it/>. Più in generale, «il ricordo alle regole di diligenza e correttezza consente di calare il problema nella concreta realtà del rapporto societario e del fenomeno imprenditoriale, di interpretare l'operato degli amministratori sulla base di standards di comportamento che si modellano anche sulle dimensioni dell'impresa e sugli effettivi rapporti fra i gerenti e i soci» (così V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 138 ss.).

spettato dovere di correttezza dei gestori con funzione protettiva degli azionisti non si riflette, sul piano dei rimedi, in una corrispondente modifica del regime della responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci⁴²: il danno al patrimonio sociale conseguente all'inadempimento del dovere di consultare l'assemblea legittima l'esercizio dell'ordinaria azione sociale minoritaria (art. 2393-*bis* c.c.), ma certamente non trasforma il rimedio in un diritto proprio degli azionisti al risarcimento del pregiudizio riflesso arrecato alla redditività e al valore della partecipazione sociale (sul modello delineato dall'art. 2497 e dall'art. 2377, comma 4, c.c.)⁴³.

In definitiva, una tutela partecipativa incentrata sui doveri degli amministratori rischia di aggiungere ben poco, sul piano dell'*enforcement*, alla protezione di cui i soci comunque godrebbero anche se il dovere degli amministratori di sottoporre l'operazione all'assemblea non ci fosse.

5. La tutela partecipativa come diritto degli azionisti

La tendenza a recidere dalla *Holz Müller-Doktrin* il profilo del rimedio appare singolare se si considera che il nostro diritto societario contempla uno strumento di reazione degli azionisti dinanzi alle decisioni dell'organo

⁴² Si è tentato di individuare il profilo di impatto sul regime della responsabilità del dovere di rimessione dell'operazione ai soci nel fatto che, in caso di violazione, gli amministratori «agirebbero a proprio rischio, nel senso che, versando già in colpa, sarebbero in ogni caso responsabili degli eventuali danni» (così P. ABBADESSA, *La gestione dell'impresa*, cit., p. 44). In realtà, si tratta di una soluzione che, se intesa in modo rigoroso, comporterebbe l'effetto indesiderato di disattivare – in ragione di una colpa di tipo procedimentale – la c.d. *business judgment rule*, con la conseguenza di impattare sulla discrezionalità gestoria in misura così rilevante da riproporre – in termini sostanziali – un problema di compatibilità con il principio di esclusività della gestione forse maggiore della attribuzione, in casi eccezionali, di una competenza “non scritta”.

⁴³ Né sembra che gli effetti pregiudizievoli delle operazioni di “interesse primordiale” possano essere inquadrati, oltre che nel modello dell'azione sociale, anche in quello dell'*azione risarcitoria individuale del socio* ai sensi dell'art. 2395 c.c. (in quest'ultima direzione, invece, C. ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 364). Se è vero che l'effetto di *Mediatisierung* potrebbe determinare una riduzione del *valore di mercato* delle azioni, appare anche indubitabile che detta riduzione non solo assume connotati di autonomia rispetto al connesso danno al patrimonio sociale – e diventa, quindi, un “danno diretto” – nel solo caso in cui esista un prezzo di quotazione delle azioni, ma dovrebbe avere i caratteri della stabilità e della definitività per poter ambire a integrare un danno risarcibile in favore del socio. Pertanto, i casi in cui l'operazione possa generare un diritto al risarcimento ai sensi dell'art. 2395 c.c. appaiono del tutto marginali. Come si dirà nel prosieguo (cfr. *infra*, § 6), inquadrare la tutela come un diritto degli azionisti, tutelabile ai sensi dell'art. 2388, comma 4, c.c., consente invece all'azione risarcitoria del singolo, ai sensi dell'art. 2377, comma 4, c.c., di superare la barriera del “danno diretto”.

amministrativo lesive dei loro *diritti*, che presenta non irrilevanti analogie funzionali con le cc.dd. *Abwehrklagen* create dal *Bundesgerichtshof* per il caso della lesione del «diritto a partecipare alle decisioni sociali».

In effetti, la possibilità di completare la tutela partecipativa degli azionisti con il rimedio tipizzato dall'art. 2388, comma 4, ultimo periodo, c.c. non sembra trovare ostacolo nella supposta estraneità della c.d. *Kompetenzüberschreitung* rispetto alla fattispecie "lesione dei diritti" dei soci.

Se non si intende confinare l'impugnazione – in contrasto con la sua stessa essenza normativa – alla violazione di situazioni soggettive afferenti alla sfera individuale dell'azionista (i diritti soggettivi in senso proprio), il concetto di "lesione dei diritti" deve essere inserito nella dimensione collettiva propria dei diritti sociali. Con la conseguenza di individuarne il tratto distintivo nella non conformità della decisione a una regola (legale o statutaria) qualificata non solo da una specifica *funzione protettiva* della collettività degli azionisti (o di un gruppo omogeneo di soci), ma anche dalla *peculiare tecnica* con la quale tale funzione è assolta. Quando ricorre un diritto (sociale) degli azionisti, il generico scopo protettivo della norma è qualificato da un duplice elemento: *a latere socii*, dall'attribuzione ai soci di un *potere*, inteso come capacità di tenere un comportamento incidente sull'altrui sfera giuridica nel contesto della partecipazione all'attività comune; *a latere societatis*, dalla predeterminazione di un vincolo giuridico in capo all'organo amministrativo tale da rendere necessitato il suo comportamento nel caso concreto in funzione di garantire ai soci l'effettivo esercizio di quel potere⁴⁴.

Su queste basi, il coinvolgimento dei soci nelle operazioni di "interesse primordiale" può assurgere al rango di "diritto" tutelabile con l'impugnazione se sia strutturato come un *limite fisso* al potere di gestione, in corrispondenza del quale il potere di partecipazione attribuito agli azionisti riduce a zero la discrezionalità degli amministratori. Conta poco, poi, se l'intervento dell'organo assembleare integri una vera e propria competenza "non scritta" (come nel caso *Gelatine*) o sia, invece, la conseguenza indiretta della trasformazione in obbligo della facoltà di rimettere l'operazione ai soci (come nel caso *Holz Müller*). Per integrare un "diritto" degli azionisti, è sufficiente che la partecipazione dei soci alla decisione non sia il frutto di una valutazione elastica e discrezionale, ma si imponga agli ammini-

⁴⁴ Si tratta dell'impostazione che ho tentato di delineare, in coerenza con la scelta della tecnica dell'impugnazione, in *Funzione amministrativa*, cit., p. 207 ss. (cui si rinvia per una più compiuta argomentazione e per i necessari riferimenti). Su posizioni analoghe cfr., fra gli altri, C. ANGELICI, *La società per azioni*, cit., p. 65 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Le impugnazioni*, cit., p. 519 ss.

stratori come una condotta vincolata *a priori* da un principio di stretta necessità.

La tale riduzione a zero dell'area di discrezionalità dei gestori certamente ricorre in corrispondenza dei poteri di *Mitwirkung* espressamente attribuiti ai soci dalla legge o dallo statuto (decisorie o autorizzative)⁴⁵. Tuttavia, la possibilità di giungere ad analoga conclusione per le competenze "non scritte" presuppone che la tutela sia (o sia resa) compatibile con il principio codificato nell'art. 2380-*bis* c.c.⁴⁶. Come ci insegna la *Holz Müller-Doktrin*, un sistema in cui il riparto delle competenze è ispirato al principio efficientistico può tollerare l'apposizione di un *limite fisso* al potere gestorio solo nella misura in cui il diritto degli azionisti di partecipare alla decisione sia circoscritto negli effetti e nell'estensione in una duplice direzione: non solo si caratterizzi per una *rilevanza meramente interna*, ma sia anche confinato a *casi eccezionali*.

Quanto al primo profilo (la rilevanza interna), la tutela partecipativa, anche se strutturata come diritto degli azionisti, non può tradursi in un limite al potere di rappresentanza degli amministratori, con la conseguenza di trasformare l'impugnazione ai sensi dell'art. 2388, comma 4, ultimo periodo, c.c. in uno strumento con *funzione preventiva e inibitoria*, destinata ad attuarsi essenzialmente con il rimedio cautelare della sospensione della deliberazione. Infatti, l'irrelevanza nei rapporti esterni non può essere ridotta a mera conseguenza dell'impostazione che risolve il problema sul piano dei doveri degli amministratori, ma rappresenta il presupposto essenziale di ogni prospettiva interpretativa tesa ad ampliare i poteri di intervento dei soci nella gestione rispetto alle fattispecie espressamente previste

⁴⁵ Cfr. V. PINTO, *Funzione amministrativa*, cit., p. 241 ss.

⁴⁶ La possibilità di costruire la protezione degli azionisti come un "diritto" tutelabile ai sensi dell'art. 2388, comma 4, c.c. è insita nelle tesi che fanno ricorso allo schema delle competenze implicite dell'assemblea. In estrema sintesi, il coinvolgimento degli azionisti nelle operazioni di "interesse primordiale" è fondato – a seconda della differente impostazione – sull'affermazione di un *principio* di competenza dell'assemblea per ogni operazione suscettibile di creare il «pericolo di un significativo "annacquamento" (...) dei diritti partecipativi dei soci» (arg. ex artt. 2365, 2420-*bis*, 2441, 2487, 2500-*sexies*, 2502 c.c. e art. 133 t.u.f.) (cfr. in part. M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema*, cit., p. 411 ss.), oppure su una *regola* di competenza desunta dall'idea che la *ratio* dell'art. 2361, comma 2, c.c. (acquisto di partecipazioni comportanti responsabilità illimitata) possa attrarre agli azionisti ogni operazione che esponga – in un unico affare – gli azionisti a un rischio di perdita globale dell'investimento (cfr. G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea*, cit., p. 29 ss.; V. PINTO, in *Le società per azioni*, cit., *sub* art. 2364, p. 861 ss.; M. MIOLA, *L'oggetto sociale tra autonomia statutaria ed autonomia gestoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 748 ss.; v. anche l'originaria opinione di ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*², Padova, 2006, p. 107 ss.).

dalla legge. L'inidoneità a riflettersi all'esterno – secondo il modello delineato dall'art. 2384, comma 2, c.c. – è elemento connaturato alla stessa conformazione della regola di partecipazione dei soci alle operazioni di “interesse primordiale”, a prescindere dalla fonte di quest'ultima. Il limite, benché di fonte legale, non può inficiare l'atto negoziale stipulato nei rapporti con i terzi per le medesime ragioni per le quali anche gli atti estranei all'oggetto sociale vincolano la società: il riscontro della violazione di tali regole implicherebbe l'analisi di elementi esterni all'atto e diretti a misurare l'impatto della decisione sulle condizioni di rischio dell'investimento, onerando il terzo di un giudizio troppo complesso per essere ritenuto esigibile per un *extraneus*⁴⁷.

Quanto al secondo profilo (l'eccezionalità della tutela)⁴⁸, il nostro sistema azionario non può tollerare un diritto di partecipazione degli azioni-

⁴⁷ Cfr. G.B. PORTALE, *Rapporti fra assemblea*, cit., p. 33; M. MAUGERI, *Considerazioni sul sistema*, cit., p. 410; C. ANGELICI, *A proposito di “interessi primordiali*, cit., p. 87 (con riguardo alla violazione del divieto di modifica di fatto dell'oggetto sociale di cui al comma 1 dell'art. 2361 c.c.). In questa prospettiva, la tesi, pur ben rappresentata in dottrina e accolta anche da un filone giurisprudenziale, estrema della nullità dell'atto negoziale concluso in violazione della competenza assembleare non può non apparire una forzatura del sistema e dei valori ad esso sottesi (si tratta della tesi di N. DE LUCA, *Gestione dell'impresa e disposizione dell'azienda. Uno studio di diritto comparato*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 387 ss., esposta anche in altri scritti ivi ampiamente citati; in giurisprudenza, in punto di violazione della regola di competenza stabilita in materia di s.r.l. dall'art. 2479, comma 1, n. 5, c.c., cfr. Trib. Roma, 3 agosto 2018, in *Le società*, 2018, p. 1371 ss., con commento di N. DE LUCA, A. GENTILE, *Cessione dell'intera azienda: limiti legali ai poteri degli amministratori e nullità degli atti*, e in *Banca borsa*, 2019, II, p. 586 ss., con nota di D. RAMIREZ LOPEZ, *Osservazioni in tema di operazioni modificative dell'oggetto sociale poste in essere dagli amministratori di s.r.l.*; Trib. Roma, 27 gennaio 2020, in *Le società*, 2020, p. 425 ss., con nota di N. DE LUCA, A. GENTILE, *Dalla cessione al conferimento (senza poteri) dell'intera azienda*, e in *Giur. comm.*, 2022, II, p. 778 ss., con nota di D.U. SABATINI, *Operazioni sostanzialmente modificative dell'oggetto sociale e limiti ai poteri degli amministratori di società a responsabilità limitata*. A parte la difficoltà concettuale di intravedere nella regola di competenza dell'assemblea per le operazioni di “interesse primordiale” – sia essa esplicita (come nella s.r.l.) o implicita (se prefigurata nella s.p.a.) – un divieto di stipulare il contratto tale da determinarne la c.d. nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., la conseguenza della nullità, se riferita alla violazione di una regola “non scritta”, produrrebbe l'effetto perverso di traslare sui terzi il rischio conseguente all'accrescimento in via interpretativa della tutela degli azionisti. Un esito, questo, che, oltre a non essere in linea con i modelli di diritto comparato (cfr. *supra*, § 3), renderebbe inaccettabile *a priori* l'idea stessa di costruire la tutela integrativa dei soci come un “diritto”, orientando l'interprete verso l'opposto modello dei doveri di correttezza e buona fede degli amministratori (cfr. *supra*, § 4).

⁴⁸ Come evidenzia V. CALANDRA BUONAURO, *Gestione dell'impresa*, cit., p. 62 (nel commentare la pronuncia *Holz Müller*), soltanto l'eccezionalità della tutela può far passare «in secondo piano le istanze efficientistiche che suggeriscono la normale esclusione dell'intervento assembleare nelle materie attinenti alla gestione dell'impresa».

sti esteso all'intero perimetro delle operazioni di "interesse primordiale", originariamente delineato dal *Bundesgerichtshof* in tutte le «decisioni fondamentali (...) che intaccano fortemente i diritti partecipativi degli azionisti e i loro interessi patrimoniali incorporati nella proprietà azionaria»⁴⁹. Se così fosse, se anche nel tipo azionario le attribuzioni dei soci comprendessero tutte le «operazioni che comportano (...) una rilevante modificazione dei diritti dei soci» (art. 2479, comma 2, n. 5, c.c.), si produrrebbe la singolare conseguenza di equiparare la tutela degli azionisti a quella che il "diritto scritto" attribuisce ai soci di s.r.l., con il rischio di azzerare la distanza che il sistema ha chiaramente inteso introdurre fra i due tipi in punto di ingerenza dei soci nella gestione⁵⁰.

Per mantenere confinato il diritto di *Miwirkung* dei soci a casi effettivamente eccezionali, è dunque necessario selezionare, nel più ampio perimetro delle operazioni di "interesse primordiale", un nucleo più ristretto di decisioni caratterizzate da un *rischio qualificato* per l'investimento. E sulla base delle regole di competenza proprie della disciplina della società per azioni (e non della s.r.l.), un siffatto criterio di *ulteriore qualificazione* può essere individuato nell'idoneità dell'operazione a esporre i soci a un *rischio di perdita globale dell'investimento*, e cioè a quello stesso rischio assolutamente eccezionale che sta alla base della scelta del "diritto scritto" di imporre la competenza dell'assemblea sull'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportanti responsabilità illimitata (art. 2361, comma 2, c.c.)⁵¹.

6. Operazioni di "interesse primordiale" e tutela risarcitoria

Un modello nel quale la partecipazione dell'assemblea alle operazioni di "interesse primordiale" è concepita come un *diritto degli azionisti* non può prescindere dal considerare l'impatto sul rimedio codificato dall'art. 2388, comma 4, c.c. della scelta di trasformare il potere di impugnazione in un *Minderheitsrecht*.

In effetti, la soluzione diretta a incentrare l'impugnazione sulla lesione dei diritti sociali – e non dei diritti soggettivi – fa cadere il principale impedimento alla trasposizione nel contesto della funzione amministrativa

⁴⁹ Cfr. BGH, 25 febbraio 1982, cit.

⁵⁰ Cfr. A. MIRONE, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, 1, Napoli, 2004, *sub* art. 2361, p. 416, nt. 23.

⁵¹ Si tratta della tesi già esposta (fra l'altro) in *Le società per azioni*, cit., *sub* art. 2364, p. 861 ss.

degli indici di qualificazione della partecipazione stabiliti dall'art. 2377, comma 3, c.c. ai fini della legittimazione a impugnare le deliberazioni assembleari (titolarità del voto e numero minimo di azioni in rapporto al capitale sociale)⁵². Con il risultato che è destinata a riproporsi, anche per le decisioni dell'organo amministrativo lesive dei diritti, quella medesima selezione – fondata su un principio di proporzionalità fra interesse e rimedio – che il sistema opera, nel regime dell'invalidità delle deliberazioni assembleari, fra azionisti ritenuti "meritevoli" di una tutela capace di incidere sugli effetti della decisione e azionisti che – in quanto privi dei requisiti – godono dell'unico tipo di rimedio che possa dirsi legato da un rapporto di proporzionalità al loro effettivo interesse nell'ambito dell'organizzazione sociale: la tutela risarcitoria incentrata sul «risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della deliberazione» (art. 2377, comma 4, c.c.).

Se, dunque, la protezione dell'azionista "non meritevole" del potere di impugnare si incentra sul risarcimento del danno causato dall'operazione lesiva dei diritti ai sensi dell'art. 2388, comma 4, c.c., ciò non significa tuttavia che la tutela si riduca agli ordinari rimedi risarcitori, come nel modello che risolve il problema sul piano dei doveri e delle responsabilità degli amministratori (cfr. *supra*, § 4).

Infatti, la qualificazione della competenza dell'assemblea come "diritto" degli azionisti consente di proiettare la funzione di tutela sul piano dei rimedi in una duplice direzione. Una tale impostazione non solo legittima la minoranza qualificata ad impugnare la decisione dell'organo amministrativo (artt. 2388, comma 4 e 2377, comma 3, c.c.), ma produce anche l'effetto di trasformare la tutela risarcitoria degli azionisti non legittimati al rimedio reale (artt. 2388, comma 4 e 2377, comma 4, c.c.): la posizione di soggezione in cui l'azionista non legittimato a impugnare viene a trovarsi sul piano organizzativo impone di estendere la sua tutela risarcitoria individuale – in conformità al principio di compensazione *piena* del pregiudizio (c.d. *volle Kompensation*) – oltre il limite ordinario del c.d. "danno diretto"⁵³, trasformando il rimedio obbligatorio in un diritto proprio degli azionisti al risarcimento del pregiudizio riflesso arrecato dalla operazione

⁵² Sul punto si rinvia alle considerazioni già svolte in *Funzione amministrativa*, cit., p. 178 ss. e p. 257 ss.

⁵³ È opinione comunemente accettata che la tutela risarcitoria *ex art.* 2377, comma 4, c.c. non risenta dell'ordinario limite del c.d. danno diretto: cfr. M. VENTORUZZO, *Il risarcimento del danno da deliberazione invalida a favore dei soci di minoranza non legittimati a impugnare*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 640 ss.; E. LA MARCA, *Il danno alla partecipazione sociale*, Milano, 2012, p. 208 ss.

di “interesse primordiale” alla redditività e al valore della partecipazione sociale (sul modello delineato dall’art. 2497 c.c.).

Pertanto, la lesione dei diritti degli azionisti conseguente al mancato coinvolgimento dell’assemblea nelle operazioni di “interesse primordiale” non genera la rigida conseguenza dell’estensione incondizionata del rimedio reale (sia pure limitato a una funzione preventiva e inibitoria), ma – a ben vedere – determina l’applicazione di un regime di *protezione differenziata* dei poteri di *Mitwirkung* in funzione della rilevanza dell’interesse dei soci pregiudicati dalla decisione, in cui la tutela minima di questi ultimi si concentra sul profilo patrimoniale della redditività e del valore della partecipazione sociale.

ANDREA VICARI

“GARANZIE ED EFFICIENZA” NEL DIRITTO SOCIETARIO: SVILUPPO DEI MERCATI E NUOVE FORME DI TUTELA DEI SOCI (IN PARTICOLARE NELLE OPERAZIONI STRAORDINARIE)

1. *Premessa*

Guardando al tema generale delle “garanzie e dell’efficienza” nel diritto societario, posso subito rilevare alcuni aspetti di grande attualità.

Segnalo, in primo luogo, che la tensione dialettica tra l’esigenza di assicurare l’efficienza delle imprese italiane, irrobustendone la capitalizzazione e le capacità manageriali, e quella di preservare le prerogative dei soci, che da tale tendenza al rafforzamento potrebbero subire limitazioni quanto ai propri diritti, è al centro dei più recenti provvedimenti di riforma delle disposizioni in materia di diritto societario e di diritto del mercato dei capitali.

Mi riferisco in particolare alla l. n. 21 del 5 marzo 2024, che ha completato il c.d. “disegno di legge capitali” e ha introdotto nel nostro Paese disposizioni a sostegno della competitività delle imprese; questo testo mira (come risulta dalla relazione governativa al disegno di legge¹), da un lato, a “migliorare la competitività del mercato dei capitali italiano” attraverso l’introduzione di “modifiche [...] tali da rendere più efficiente non solo l’accesso, ma anche la permanenza delle imprese sui mercati dei capitali” e, dall’altro lato, ad evitare che siano “ridotti i presidi a tutela degli investitori” (e, dunque, ad assicurare i profili di “garanzia” per i soci).

Anche l’*Action Plan* dell’UE del 2020 relativo alla costruzione del mer-

¹ Cfr. la relazione governativa al disegno di legge presentato dal Ministro dell’Economia e delle Finanze e comunicato alla Presidenza del Senato il 21 aprile 2023 “Interventi a sostegno della competitività dei capitali”, p. 1.

cato unico dei capitali² si propone “l’obiettivo di rendere più facile per le piccole imprese e per le imprese in rapida crescita [...] raccogliere capitali e finanziare la loro crescita”, in un contesto comunque di adeguata protezione per gli investitori³.

Questi corpi normativi si inseriscono d’altra parte, a ben vedere, in un *trend* avviato da tempo: già la riforma italiana del diritto delle società di capitali del 2003 aveva posto al centro dell’azione legislativa “l’obiettivo prioritario di favorire [...] la crescita e la competitività delle imprese, anche attraverso il loro accesso ai mercati interni e internazionali dei capitali”, tuttavia “garantendo comunque un equilibrio nella tutela degli interessi” in particolare “dei soci e degli investitori”⁴.

Il secondo fatto degno di nota è a mio avviso che – nonostante queste affermazioni di principio (volte a ricercare l’equilibrio tra la crescita di efficienza delle imprese e la protezione dei soci) – l’interesse della legislazione, della giurisprudenza e degli studiosi è stato comunque negli ultimi decenni nettamente più orientato nel nostro Paese (ma anche in Europa) verso tematiche di “garanzia” (ossia di “tutela dei soci” in quanto tali) che verso tematiche di “efficienza” (dell’impresa, anche nell’interesse degli stessi soci).

Per attribuire una colorazione pratica a questa mia affermazione posso riferire il risultato di una rapida ricerca effettuata (sia pure con un notevole grado di approssimazione) sulla principale banca dati nazionale di diritto societario inserendo le parole chiave “protezione dei soci / tutela dei soci” e le voci “efficienza dell’impresa/efficienza della società”: i contributi (articoli, saggi) dedicati al primo argomento sono risultati circa cinque volte più numerosi di quelli dedicati al secondo; in sintesi: per cinque saggi che si occupano di “tutela dei soci” se ne registra uno maggiormente focalizzato (anche) su tematiche di “efficienza”.

² Cfr. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni un’unione dei mercati dei capitali per le persone e le imprese: nuovo piano di azione del 24 settembre 2020.

³ Riferimenti allo sviluppo bilanciato del mercato europeo dei capitali si rinvengono, peraltro, anche nelle direttive: v. ad es. il quarto considerando della direttiva sulle operazioni transfrontaliere (2019/2121/UE): “L’obiettivo di assicurare alle società un mercato interno senza frontiere interne deve coniugarsi con altri obiettivi dell’integrazione europea [...] È opportuno che i diritti delle società di trasformarsi, fondersi e scindersi a livello transfrontaliero vada di pari passo e sia opportunamente controbilanciato dalla tutela dei lavoratori, dei creditori e dei soci”; v., altresì, la logica di fondo della proposta di direttiva sul voto multiplo delle società che intendono quotarsi sui mercati regolamentati (2022/0406(COD)) del 7 dicembre 2022.

⁴ Cfr. in questo senso gli artt. 2 e 4 della l. 3 ottobre 2001, n. 366 recante la “delega al Governo per la riforma del diritto societario”.

Ripetendo lo stesso esercizio a livello di corpi normativi, evidenzio che la direttiva europea più importante per il diritto societario (la 2017/1132/UE), che ha consolidato le varie precedenti e si occupa dei principali temi (comprese le operazioni straordinarie ed esclusi solo alcuni temi: la *governance*, i gruppi), riporta le parole “tutela/tutelare” per 41 volte, mentre la parola “efficienza” non si rinviene mai.

Anche nella direttiva 2004/25/CE in tema di offerte pubbliche di acquisto (o.p.a.) (rilevante in tema di operazioni straordinarie tra società quotate e protezione dei soci nell’ambito delle stesse) le parole “tutela/tutelare” si rinvencono 11 volte, la parola efficienza mai.

Si può, pertanto, concludere – ripeto, sia pure con un notevole grado di approssimazione – che le direttive europee (e, quindi, anche le legislazioni nazionali) sono state ben poco concentrate sul tema dell’“efficienza”, quantomeno sino al 2017, e ciò al di là delle affermazioni di principio, di cui si è già detto.

Anche la produzione scientifica ne ha ovviamente risentito: la letteratura societaria europea (e nazionale) si è rivelata per lungo tempo particolarmente sensibile alla salvaguardia delle “situazioni soggettive degli azionisti” (per ricordare il titolo di una nota monografia di diritto societario), anche a discapito di altre istanze maggiormente efficientistiche.

2. *Le garanzie per i soci nelle operazioni straordinarie: la direttiva n. 1132/2017/UE*

Spesso il legislatore italiano è stato addirittura più protettivo (più “garantista”) di quello europeo.

Faccio due esempi riferiti ad altrettante operazioni straordinarie (dirette ad accrescere l’efficienza dell’impresa) in cui il socio ha “per legge” il diritto – come si dice – a “restare tale” e ciò anche a discapito dell’esigenza per la società di realizzare una tipica operazione di crescita: l’aumento di capitale e la fusione.

A) Quanto all’aumento di capitale, il diritto del socio a restare tale è assicurato dall’art. 72 della direttiva 2017/1132/UE che disciplina il “diritto di opzione”: nel caso di aumento di capitale – recita la norma – “le azioni devono essere offerte in opzione agli azionisti in proporzione della quota di capitale rappresentata dalle loro azioni”. “Il diritto di opzione non può essere escluso o limitato dallo statuto o dall’atto costitutivo. L’esclusione o la limitazione possono essere tuttavia decise dall’assemblea. L’organo di amministrazione è tenuto a presentare a tale assemblea una relazione scrit-

ta che precisi i motivi per limitare o sopprimere il diritto di opzione e giustifichi il prezzo di emissione proposto”⁵.

A fronte del tenore – chiaro ma abbastanza generico – della norma, il legislatore italiano ha previsto una serie di tutele aggiuntive.

1) All’art. 2441, comma 3, c.c. ha introdotto il meccanismo della c.d. “prelazione sull’inoptato” (“coloro che esercitano il diritto di opzione, purché ne facciano contestuale richiesta, hanno diritto di prelazione nell’acquisto delle azioni che siano rimaste non optate”). Non solamente il socio ha diritto di “restare tale”, ma se gli altri soci non esercitano l’opzione egli ha diritto di accrescere la sua partecipazione e di essere preferito rispetto a terzi esterni.

2) La proposta di aumento di capitale sociale con esclusione o limitazione del diritto di opzione deve essere motivata (oltre che dagli amministratori) anche dal collegio sindacale (quanto alla congruità del prezzo di emissione delle azioni).

3) Nelle società con azioni quotate è possibile inserire nello statuto una clausola che legittima l’esclusione del diritto di opzione nei limiti del dieci per cento del capitale sociale preesistente; questa clausola può essere, però, adottata solo con delibera dell’assemblea straordinaria e quindi, con *quorum* particolarmente elevati (oltre 1/2 del capitale, oltre 2/3 dei presenti).

B) Quanto al secondo esempio dell’impostazione particolarmente protettiva per i soci assunta dall’ordinamento italiano, ricordo che gli artt. 89 e 90 della direttiva 2017/1132/UE stabiliscono – in tema di fusione – che i soci delle società partecipanti all’operazione devono votare in assemblea straordinaria e devono essere assegnate loro “azioni” dell’altra società “e, eventualmente, un conguaglio in denaro non superiore al 10% del valore nominale delle azioni attribuite”.

Gli artt. 94 e 116 della direttiva 2017/1132/UE permettono, tuttavia, agli Stati membri di disciplinare la c.d. “fusione mediante acquisizione”, in cui, da un lato il voto (per l’incorporante) è deciso dal c.d.a. e, dall’altro, ai soci può essere assegnato denaro al posto di azioni della società post-fusione (se è consentito loro di cedere tutte le loro azioni nell’ambito dell’operazione)⁶.

Il diritto italiano ha attuato solo gli artt. 89 e 90 (e non ha recepito le soluzioni previste dagli artt. 94 e 116) e, pertanto, la disciplina nazionale ri-

⁵Per un commento in ordine all’origine storica e alla *ratio* della norma cfr. spec. J.P. BROSIUS, in AA.VV., *European corporate law. Article-by-article commentary*, a cura di P. Kindler e J. Lieder, München, 2021, p. 346 ss.

⁶Per una disamina delle due disposizioni cfr. per tutti T. DE RAET, in AA.VV., *European*, cit., p. 552 ss. e p. 572 ss.

chiede il voto di tutti i soci e non ammette l’attribuzione di un conguaglio (o di un pagamento) in denaro sopra il tetto del 10% delle azioni assegnate; tale conguaglio (sotto il tetto del 10%) viene, inoltre, inteso tradizionalmente dalla dottrina nazionale come somma di denaro che deve essere attribuito a tutti i soci su base paritaria e si ritiene, pertanto, che non sia permesso “monetizzare” (anche solo nel limite del 10%) alcuni soci soltanto.

3. *Efficienza dei mercati e del mercato del controllo societario: l’art. 91 del t.u.f.*

Per trovare nel diritto domestico una “vera” attenzione alla parola “efficienza” si deve guardare a quel grande momento di legislazione che ha segnato un’epoca che è stato il “testo unico della finanza” (il t.u.f.) del 1998.

In quell’occasione sono state introdotte alcune norme importanti anche in tema di efficienza – norme di principio – e, in particolare, il noto art. 91 t.u.f. che stabilisce che “la Consob esercita i poteri previsti dalla presente parte [del t.u.f.] avendo riguardo alla tutela degli investitori nonché all’efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali”.

La norma è importante perché colloca sullo stesso piano, quale *ratio* della disciplina, da un lato, l’esigenza di “tutela degli investitori” e, dall’altro, l’efficienza “del mercato dei capitali” e l’efficienza “del mercato del controllo societario”: assicurare l’efficienza del mercato equivale a permettere alle imprese di approvvigionarsi agevolmente; garantire l’efficienza del mercato del controllo societario significa consentire alle stesse imprese di investire facilmente acquisendo il controllo di altre. Era stato, dunque, a quel tempo molto interessante (e moderno) prospettare una sorta di “parificazione” tra gli obiettivi legislativi (tutela dei soci, efficienza del mercato, efficienza del mercato del controllo societario).

Tale parificazione non ha avuto, però, molto seguito. Se vogliamo, anzi, lo slancio in avanti del t.u.f. (e, in particolare, il richiamo all’efficienza del “mercato del controllo”) ha subito uno “stop” (per vero non inaspettato) quando, nel 2004, è stata approvata la già citata direttiva sull’o.p.a., che ha confermato l’inserimento nella disciplina dello strumento più formidabile per la tutela dei soci di minoranza (e più problematico per il mercato del controllo societario, se non dei capitali): il diritto dei soci di essere “massimamente” tutelati in caso di operazioni di acquisizione per il tramite sia del diritto a vendere tutte le loro azioni al *bidder*, sia della facoltà di votare sulle decisioni gestorie che possono avere un impatto sull’offerta (mi riferi-

sco alle regole dell'o.p.a. totalitaria e della c.d. *passivity rule*).

Il *bidder* che intende acquistare il 25% o il 30% della società (a seconda delle dimensioni) deve offrire di acquistare le azioni di tutti i soci (il 100%) e lasciare che siano gli azionisti a votare sulle operazioni gestorie della società dopo l'offerta: il costo economico per il *bidder* è, però, di 100 anziché di 25 o 30 e il "pallino" completo sull'operazione è in mano ai soci.

Nello stesso senso è stata anche introdotta successivamente – nel diritto italiano – una norma in tema di recesso nelle società (non quotate, ma) "chiuse" che determina anche per queste ultime un effetto del tutto analogo a quello generato dall'o.p.a. totalitaria: mi riferisco all'art. 2497-*quater*, lett. c, c.c. per cui, in caso cambio del controllo (con inizio dell'attività di direzione e coordinamento: vendita del pacchetto di maggioranza, fusione, etc.) i soci della *target* hanno diritto di recesso (in questo caso, a carico della società e non del *bidder*, ma l'effetto non è poi molto diverso)⁷.

⁷ Questo effetto è stato riconosciuto anche da taluni studiosi europei: cfr. ad es. M. WYCKAERT, K. GEENS, *Cross-border mergers and minority protection. An open-ended harmonization*, in *Utrecht I. rev.*, 2008, p. 51, sia pure con riferimento al recesso nella fusione transfrontaliera: "l'approccio italiano" in tema di recesso "è in certa misura paragonabile a quello adottato nella direttiva sulle offerte pubbliche di acquisto; in altri termini, si rischia che ad originare il diritto di recesso sia l'operazione di per sé, come avviene per l'o.p.a.".

Con riferimento ai rapporti tra diritto di recesso e operazione di fusione, segnala su base statistica A. SERETAKIS, *Appraisal rights in the US and the EU*, in AA.VV., *Cross-border mergers. EU perspectives and national experiences*, a cura di T. Papadopoulos, Cham, 2019, p. 71 ss. – con riferimento all'esperienza statunitense – che mentre nei primi anni 2000 le operazioni di fusione che legittimavano il recesso "registravano l'esercizio del diritto da parte degli azionisti solo nel 2-3% dei casi", già dieci anni dopo "richieste di recesso sono state presentate circa nel 20% delle operazioni": il recesso è stato azionato, dunque, in un'operazione ogni cinque (ripeto: senza che in tale ordimento esista una norma analoga all'art. 2497-*quater* c.c.: v. sopra la nota 10). Prosegue l'A.: "al fine di superare il 'rischio recesso', le società acquirenti (incorporanti) pretendono l'inserimento nei documenti relativi alla fusione di una clausola che conferisce loro il diritto di ritirarsi dall'operazione se un certo numero di azionisti, normalmente il 10/15%, esercita il diritto di recesso. Lo scopo di tale clausola è di proteggere l'acquirente da un incremento sostanziale del costo dell'operazione nel caso in cui un grande numero di azionisti eserciti il diritto". Per un'interpretazione particolarmente critica rispetto alla possibilità di riconoscere in termini ampi il diritto di recesso in caso di fusione v., pertanto, ad es. F.A. GEVURTZ, C.M. SAUTTER, *Mergers and acquisition law*, St. Paul MN, 2019, p. 108 s., secondo i quali non dovrebbe essere permesso ad una minoranza, che non può bloccare la fusione con il voto, di bloccarla con la minaccia del recesso.

Che il recesso abbia spesso un effetto equivalente all'esercizio di un diritto veto è riconosciuto, più generalmente, anche nella letteratura europea v. ad es., da ultimo, O. ROODHOOF, *The impact of appraisal remedies on the financial position of the private company*, in *ECL*, 2023, p. 20 ss.

4. *Efficienza dei mercati, efficienza del mercato del controllo societario e diritto dei soci a “restare tali”*

Evidentemente l'efficienza dei mercati mal si concilia con il diritto dei soci “a restare tali”, che comporta di frequente una sorta di diritto di veto dei soci di minoranza (e/o un allungamento dei tempi dell'operazione) rispetto ad operazioni straordinarie di crescita.

Pensiamo al caso sopra richiamato del diritto di opzione nell'ambito dell'aumento di capitale: i soci vanno coinvolti, si deve attendere l'esercizio dell'opzione, della prelazione sull'inputato, etc., prima che un terzo (il mercato) possa essere coinvolto nell'aumento di capitale. Anche l'esclusione dell'opzione richiede tempi lunghi (si consideri il coinvolgimento dei sindaci che devono esprimersi sull'operazione, il voto dell'assemblea straordinaria, che deve eventualmente delegare gli amministratori, etc.).

Consideriamo anche al caso della fusione: la delibera va assunta dall'assemblea straordinaria e a tutti i soci di minoranza deve essere garantita una partecipazione, con una minima possibilità di assegnazione di denaro o altri titoli al posto di azioni.

Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, come noto, efficienza significa – per i partecipanti al contratto – non avere necessariamente il diritto a mantenere la stessa “fetta di torta” (i.e. lo stesso “numero di azioni”), ma semmai di avere anche una fetta più piccola ma in una torta più ampia (i.e.: è meglio avere il 10% di una società che vale 100, oppure il 5% della stessa società, ma che vale 1.000)⁸?

Altro aspetto è poi se quella fetta più piccola debba anche essere garantita dello “stesso gusto” (si pensi, ad esempio, al noto problema della tutela delle azioni di categoria e alla questione se ai detentori di tali titoli debbano essere necessariamente assegnate solo azioni della medesima categoria)

⁸E ciò anche senza giungere agli estremi delle teorie sull'efficienza economica secondo gli insegnamenti di N. Kaldor e J. Hicks, i quali – come noto – tentano di superare la ristrettezza del criterio paretiano, che raccomanda solo quei cambiamenti del contratto nei quali almeno un partecipante viene a trovarsi in una situazione migliore senza che nessuno dei partecipanti venga a trovarsi in una condizione peggiore (va evidenziato, peraltro, che anche le situazioni di ottimo paretiano ammettono la compensazione e, quindi, comunque una modifica dell'equilibrio precedente). Se non vi è tale compenso, chi subisce svantaggi ha un potere di veto su ogni cambiamento; ciò presenta – secondo questa impostazione – chiari problemi quale linea direttrice di politica economica. Di contro, un miglioramento secondo Kaldor-Hicks permette cambiamenti nei quali vi sono sia vincitori che vinti, ma richiede che chi vince guadagni più di quanto ci rimette chi perde (cfr. per tutti R. COOTER, T. ULEN, *Law and economics*, 6ª ed., Berkeley, 2016, p. 42 ss.).

oppure se la fetta possa essere consegnata con un gusto diverso (ad es. altri titoli, denaro). In un mercato più grande ed efficiente, è più facile trovare occasioni alternative⁹.

Un terzo punto riguarda poi anche le informazioni che vanno rese sulla “torta” e come si possa assistere alla sua “cottura” (si tratta dei classici temi dell’“informazione” e delle garanzie procedimentali che vanno riconosciute ai soci).

5. *Verso nuove forme di garanzia per i soci coerenti con l'obiettivo dell'efficienza dei mercati e del mercato del controllo societario?*

Ritengo allora che uno dei temi più attuali del diritto societario (nazionale, ma anche europeo) sia proprio questo. È corretto tendenzialmente assicurare ai soci il diritto “a restare tali” (i.e.: concedere loro sempre e comunque la facoltà di mantenere la “stessa fetta di torta” e “con lo stesso gusto”) oppure è necessario valutare – al fine di favorire tematiche di efficienza e di mercato (dei capitali e del controllo) – se gli stessi non possano e non debbano essere protetti in forme diverse?

La novità – a mio avviso – è che il diritto societario europeo inizia a muoversi verso un sistema dove è importante che la torta aumenti, anche a discapito delle dimensioni delle fette (e, forse, anche del loro sapore e delle informazioni e degli aspetti procedimentali).

Quali sono gli indici che dimostrano che si sta andando in questa direzione, anche a discapito delle forme di tutela “classiche” dei soci?

Credo che una spinta molto forte stia derivando e deriverà dall’*Action Plan* della Commissione UE del 2020. Questo programma, al di là di varie affermazioni generiche e di mero principio, stabilisce chiaramente che “è l’ora di portare a compimento l’Unione dei mercati dei capitali” ed è necessario “far convergere i mercati nazionali in un vero mercato unico”, an-

⁹Questa linea di pensiero è stata notoriamente sviluppata, tra gli studiosi di diritto societario e con stretto riferimento alle operazioni straordinarie (in specie la fusione), da F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *The economic structure of corporate law*, Cambridge, MA, 1991, p. 110 ss., secondo i quali “se una distribuzione ineguale è necessaria al fine di rendere la posta in palio maggiore, allora il dovere impone la disparità”; “nonostante il fatto che alcuni investitori usciranno dall’attività [...] in condizioni peggiori”, essi avrebbero comunque una “soluzione di tutela autonoma a portata di mano: la diversificazione” del proprio portafoglio di investimenti: ad esempio, “se la società D si fonde con la società E (sua controllata da lungo tempo) ed esclude gli azionisti di minoranza della società E, questi azionisti possono partecipare ai guadagni acquistando azioni della società D”.

che mediante la facilitazione di operazioni *cross-border*; il documento rileva che “l’approfondimento dell’Unione dei mercati dei capitali è un lavoro complesso che non può essere portato a termine tramite un’unica misura. Di conseguenza l’unico percorso da seguire per compiere progressi consiste nel procedere costantemente in tutti i settori nei quali continuano a persistere ostacoli alla libera circolazione di capitali. Le attività ancora da compiere sono moltissime ed è giunto il momento di innalzare il livello di ambizione”. I diritti dei soci “in quanto tali” non possono divenire un ostacolo al completamento di questo mercato, che presuppone la facilità di accesso delle imprese allo stesso, o, comunque, devono essere bilanciati con l’esigenza di favorire la crescita del mercato e delle imprese. Un mercato efficiente richiede, inoltre, la facilitazione di quel “sottomercato” che è il mercato del controllo societario (e, dunque, un *favor* per le operazioni straordinarie)¹⁰.

Seguendo questa direzione, segnalo allora l’impatto che questa nuova “filosofia” può avere – e sta già avendo – sui tre diritti dei soci cui ho fatto riferimento in precedenza, che sono tradizionalmente tutelati in modo “forte”: il diritto di opzione, il diritto dei soci a restare tali in caso di fusione e il diritto a cedere le azioni in caso di o.p.a.

6. Tendenze ricavabili dalla direttiva 2019/2121/UE sulle operazioni cross-border: il “cash payment” per i soci

Inizio dal secondo profilo, ove si è recentemente registrato un chiaro intervento normativo a livello europeo. Mi riferisco alla direttiva sulle operazioni *cross-border* (fusioni, scissioni e trasformazioni), la numero 2019/2121/UE, attuata in Italia con il d.lgs. n. 19/2023.

Menziono alcune disposizioni molto significative di tale direttiva (che modifica i corrispondenti articoli della direttiva 2017/1132/UE; i riferimenti che seguono sono effettuati agli articoli di quest’ultima direttiva come modificati dalla direttiva *cross-border*)¹¹.

¹⁰ Per una recente analisi dello sviluppo del mercato del controllo societario nell’UE v. ad es. B. CLARKE, *The market for corporate control in EU*, in *Instruments of EU corporate governance. Effecting changes in the management of companies in a changing world*, a cura di H. Birkmose, M. Neville e K. E. Sørensen, Alphen aan den Rijn, 2023, p. 285 ss.

¹¹ V. l’art. 1 rubricato “modifiche alla direttiva 2017/1132/UE”; cfr. in argomento per tutti T. PAPADOPOULOS, *Protection of shareholders in cross-border mergers: the new harmonized rules*, in *ECFR*, 2021, p. 989 ss.

A) La prima norma a cui prestare attenzione è l'art. 126-*bis*, comma 4, che non richiama più il limite del 10% per il conguaglio in denaro e impone in caso di fusione alla società italiana di accettare che i suoi soci possano essere liquidati in denaro anche oltre tale limite se la legge dello Stato di appartenenza dell'altra società che si fonde lo permette (a fronte della possibilità di cedere tutte le azioni nell'ambito dell'operazione).

La norma è ora recepita a livello nazionale dall'art. 19 del d.lgs. n. 19/2023 che stabilisce che “il conguaglio in danaro di cui all'art. 2501-*ter* [c.c.] non può essere superiore al dieci per cento del valore nominale delle azioni o delle quote assegnate [...] salvo che la legge applicabile ad almeno una delle società partecipanti alla fusione [...] consenta il conguaglio in danaro in misura superiore”¹². Ciò comporta che il limite del 10% può essere superato per le fusioni *cross-border*. I soci, se lo consentono, possono essere monetizzati in operazioni di fusione¹³.

Si tratta di una disposizione che estende su base generalizzata un principio analogo a quello già previsto per il caso di scissione non proporzionale dall'art. 2506-*bis* c.c. (mi riferisco alla norma per cui, in caso di una scissione che non riservi a tutti i soci il diritto “a restare tali” e nelle stesse proporzioni in ciascuna delle società post-scissione, i soci dissenzienti possono pretendere di vendere tutte le loro partecipazioni alla società e/o agli altri soci, norma che sinora è stata giudicata dalla dottrina italiana come relativamente “estranea” al corpo delle norme sulle operazioni straordinarie¹⁴).

B) La seconda disposizione è l'art. 126, comma 4, modificato dalla direttiva *cross-border* – e recepito dall'art. 24 del d.lgs. n. 19/2023 – per cui “l'incongruità del rapporto di cambio [o] la non correttezza delle relative

¹² Per un primo commento v. F. MAGLIULO, *L'attuazione della direttiva (UE) 2019/2121 nell'ordinamento italiano*, in *Riv. not.*, 2023, p. 481 ss.

¹³ Questa operazione non configura una vera e propria *cash merger* che, al contrario, presuppone un modello in cui è la società ad avere il diritto di obbligare gli azionisti di minoranza ad accettare contanti anziché azioni. Tuttavia, è possibile che accada che gli azionisti di una società A provenienti da uno Stato membro che non prevede tale possibilità (di un pagamento superiore al 10%) si vedano costretti ad accettare la liquidazione degli azionisti dell'altra società B che hanno richiesto di essere rimborsati (gli azionisti A subiscono, quindi, in questo caso effettivamente una *cash merger* a favore degli altri soci), oppure che gli stessi azionisti A scelgano di venire interamente liquidati a fronte, ad esempio, della complessità dell'operazione e/o del calcolo del rapporto di cambio (in tal caso una *cash merger* si verifica in via di fatto).

¹⁴ Ricordo che all'atto della sua introduzione con il d.lgs. n. 6/2003, la norma era stata criticata da molti perché derogava alla regola dell'unanimità del voto dei soci prevista, invece, dall'art. 2506, comma 4, c.c. per la scissione asimmetrica.

informazioni contenute nelle relazioni [degli amministratori e degli esperti] non costituisce motivo sufficiente per la sospensione dell’efficacia o l’annullamento della decisione” dei soci sulla fusione.

La possibilità di impugnare la delibera di fusione per incongruità del rapporto di cambio e informazione insufficiente o non corretta è, dunque, esclusa e i soci possono solo essere “indennizzati in denaro”. Anche questa disposizione permette, di fatto, di realizzare con maggiore facilità le fusioni senza incorrere nel rischio di veti o blocchi da parte dei soci (e ciò – si osservi – addirittura nel caso in cui l’operazione sia avvenuta in violazione della legge).

C) Segnalo, infine, che l’art. 126-*bis*, comma 7, modificato dalla direttiva 2019/2021/UE, per cui il pagamento da effettuare in caso di rapporto di cambio incongruo (e di informazioni non corrette riguardo al rapporto) può essere effettuato sotto forma di “attribuzione di azioni o altro indennizzo anziché in denaro”. È possibile, dunque, assegnare ai soci, al posto di azioni, strumenti finanziari (azioni di altre società, obbligazioni, ecc.).

Anche solo queste norme della Direttiva *cross-border* determinano – come anticipato – un enorme effetto facilitativo per le fusioni (nell’ottica dello sviluppo del mercato, in particolare del controllo) e spostano la tutela dei soci sul piano meramente obbligatorio della “monetizzazione”.

Sono norme, direi, che mirano a generare efficienza e a “sostituire” le forme di tutela dei soci (nella direzione di: “torta più ampia, fetta più piccola, gusto diverso”), anche attraverso l’effetto di monitoraggio sull’azione del *management* realizzato da un migliore funzionamento del mercato del controllo. Il complesso di queste disposizioni conduce esattamente al risultato favorito dalle interpretazioni di una certa ala degli studiosi di analisi economica del diritto societario (“se una distribuzione ineguale è necessaria al fine di rendere la posta in palio maggiore, allora il dovere impone la disparità”, “nonostante il fatto che alcuni soci usciranno dall’attività [...] in condizioni peggiori”: con denaro anziché azioni, dovendo pretendere un indennizzo, etc.)¹⁵.

Seguendo di fatto questa impostazione teorica il diritto europeo e nazionale ammette ora un “peggioramento” (per richiamare il passo appena citato) delle condizioni degli azionisti nelle fusioni *cross-border*: esso è permesso – dall’art. 126-*bis*, comma 4, e dalla disciplina domestica – a fronte di una compensazione (attribuzione di denaro o strumenti finanziari

¹⁵ Cfr. di nuovo F.H. EASTERBROOK, D.R. FISCHER, *The economic*, cit., p. 110 ss. (l’azione risarcitoria, peraltro, non è esclusa nemmeno nel modello dei due studiosi citati, per cui il risultato realizzato, in particolare, dall’art. 126, comma 4, è pressoché identico a quello illustrato dagli stessi).

contro azioni, con il solo correttivo che sia concessa ai soci la possibilità di cedere tutte le azioni nell'ambito dell'operazione); esso è in altri casi autorizzato – dall'art. 126, comma 4, e dalla disciplina domestica – anche senza tale “automatica” compensazione: come detto, nelle ipotesi più estreme (concambio incongruo, informazione viziata) la compensazione è subordinata all'avvio da parte degli azionisti (e all'accoglimento da parte del Tribunale) di un'azione diretta ad ottenere un indennizzo in denaro.

7. *Tendenze ricavabili dall'esame comparatistico della disciplina dell'aumento di capitale: la limitazione del diritto di opzione, quantomeno in relazione al diritto di prelazione sull'inoptato*

Il secondo profilo che voglio segnalare riguarda il diritto di opzione in caso di aumento di capitale.

Ricordo che in altri ordinamenti il sistema normativo ha progressivamente abbandonato la regolamentazione del diritto di opzione, lasciandolo alla libertà contrattuale.

Un diritto di opzione obbligatorio viene reputato problematico per la raccolta di capitale da parte della società e per l'efficienza del mercato. È essenziale – si ritiene – che gli amministratori mantengano un certo grado di flessibilità nella progettazione della struttura finanziaria della società. La concessione del diritto di opzione agli azionisti richiede molto tempo, perché le azioni devono essere prima offerte agli azionisti esistenti, e può ostacolare la capacità della società di ottenere rapidamente nuove risorse finanziarie quando le condizioni di mercato sono favorevoli. La regola di *default* – ad esempio negli Stati Uniti – è allora che gli azionisti non devono necessariamente vedersi riconosciuto il diritto in caso di emissione di nuove azioni, a meno che lo statuto non lo preveda espressamente (è questo, cioè, un sistema di c.d. “*opt in*”) ¹⁶.

Anche in Europa alcuni Stati sono più liberali nel consentire l'esclusione del diritto di opzione. Talune legislazioni non prevedono un secondo turno (e cioè il diritto di c.d. “prelazione sull'inoptato”): ad esempio le leggi

¹⁶ Cfr. con riferimento al diritto statunitense spec. M. VENTORUZZO, *Issuing new shares and preemptive rights: a comparative analysis*, 12 *Rich. j. global l. & bus.*, 2013, p. 517 ss. Riporta S. M. BAINBRIDGE, *Corporate law*, 4^a ed., St. Paul, MN, 2020, p. 48, che circa due terzi degli Stati nord-americani seguono l'approccio *opt in* proposto dal § 6.30 del MBCA e che “virtualmente tutte le società quotate hanno scelto di eliminare il diritto di opzione, a causa delle complicazioni che questo comporta quando le società vogliono emettere nuove azioni”.

dei Paesi nordici permettono alla società di vendere immediatamente i diritti di sottoscrizione a terzi (cfr. per tutti il Cap. 11, Sez. 9, del diritto societario svedese). Questa alternativa, che non prevede un secondo *round*, consente alla società di vendere velocemente i diritti di sottoscrizione sul mercato. Queste legislazioni sono, dunque, più inclini ad aprire la società a nuovi investitori: il diritto di opzione è importante, ma è anche opportuno che l'impresa possa procedere rapidamente alla raccolta di capitale da terzi.

Ovviamente non è possibile allo stato superare il contenuto minimo delle norme della direttiva; come si è detto, però, l'art. 72 lascia aperte varie opzioni interpretative a livello nazionale, come, appunto, in tema di prelazione sull'inoptato, che non è regolato dalla direttiva 2017/1132/UE.

Faccio un altro esempio, ponendo un quesito: da un lato, l'art. 72 stabilisce che, in caso di esclusione o limitazione dell'opzione, “l'organo di amministrazione è tenuto a presentare a tale assemblea una relazione scritta che precisi i motivi per limitare o sopprimere il diritto di opzione e giustifichi il prezzo di emissione proposto”; dall'altro, l'art. 2441, comma 6, c.c. (con una norma più severa) richiede il necessario coinvolgimento dei sindaci (la relazione degli amministratori va “comunicata” al collegio sindacale e al soggetto incaricato della revisione legale dei conti almeno trenta giorni prima di quello fissato per l'assemblea). Questa norma nazionale è derogabile? È possibile – per accorciare i tempi dell'operazione – che lo statuto della società preveda che sull'operazione devono esprimersi solo gli amministratori e non i sindaci (fermo restando il loro generale dovere di vigilanza)?

Ora anche nel nostro Paese il tema dell'opzione sembra acquistare interesse. Come detto, l'art. 2441 c.c. dispone che nelle società con azioni quotate lo statuto può escludere il diritto di opzione nei limiti del dieci per cento del capitale sociale preesistente, a condizione che il prezzo di emissione corrisponda al valore di mercato delle azioni¹⁷. Lo schema originario di “Disegno di Legge Capitali” dell'aprile 2023 aveva proposto (all'art. 8) di incrementare dal 10% al 20% la soglia massima di azioni che può essere collocata a terzi. Una norma in questo senso era già stata introdotta dalla legislazione emergenziale c.d. “COVID”.

Questa disposizione (art. 8) è stata eliminata nell'ultima versione dello schema, ma è certo che – nell'ambito dei lavori – il tema è stato sollevato e ampiamente discusso. Si è suggerito di rimuovere l'art. 8 al fine di riponderare a breve “in modo organico tutta la disciplina”.

¹⁷ Cfr. in argomento per tutti G. BALP, *Sulla clausola statutaria di esclusione del diritto di opzione ai sensi del secondo periodo del quarto comma dell'art. 2441 c.c. e sul suo utilizzo*, in AGE, 2017, p. 255 ss.

Nell'ambito degli stessi lavori si è poi proposto di ridurre il *quorum* per introdurre la clausola sulla possibilità di escludere l'opzione sino al 10% dell'ammontare delle azioni emesse per le società quotate (51% come *quorum* deliberativo, al posto del 66,6%): anche questa norma non è passata.

Quale è stato il ragionamento in chiave critica rispetto a queste soluzioni più permissive, che sono state comunque ampiamente prospettate e discusse? Nell'ambito dei lavori si è affermato quanto segue: “la maggioranza dei 2/3 del capitale presente in assemblea dà ai soci che detengono complessivamente 1/3 del capitale un potere di «blocco» e rappresenta quindi uno strumento di controllo sull'operato della maggioranza: ridurre alla metà del capitale presente in assemblea il *quorum* per deliberare gli aumenti di capitale rende certo più semplice assumere la delibera, ma elimina al contempo una protezione [per i soci], consentendo a un socio che detenga il 50% più una azione di deliberare da solo operazioni che possono trasformare significativamente la società”¹⁸. Ancora una volta a prevalere è stato, probabilmente, il timore della possibile “trasformazione” della società, considerata come dato negativo da evitare, a fronte dell'esigenza prevalente di “proteggere i soci”.

8. Tendenze ricavabili dall'esame de iure condendo della disciplina dell'o.p.a.: tecniche di esonero dall'obbligo di acquisto

Veniamo all'ultimo tema: l'o.p.a.

Durante i lavori inerenti al “Disegno di Legge Capitali” si è chiaramente rilevato (da parte di alcuni pratici) che “l'obbligo di o.p.a. sorge quando vi sia un cambio di controllo nel capitale di una società quotata, cioè quando venga superata una certa soglia di partecipazione predeterminata dalla legge (il 25% e/o il 30%, a seconda delle dimensioni della società), con la conseguenza di dover perciò garantire a tutti gli altri soci la possibilità di disinvestire, cioè di vendere le proprie azioni in modo ordinato e a parità di condizioni [...]. Il che rende l'obbligo di o.p.a. particolarmente oneroso – tanto da diventare esso stesso il più formidabile deterrente al rischio di scalate (e così rendersi uno strumento più utile a proteggere gli interessi dei gruppi di comando che quelli delle minoranze azionarie per i quali era stato originariamente concepito)”¹⁹.

¹⁸ Cfr. “Interventi a sostegno della competitività dei capitali”, Senato della Repubblica – Commissione Finanze e Tesoro – Audizione dell'avv. Sergio Erede, 11 luglio 2023.

¹⁹ Cfr. sempre “Interventi a sostegno della competitività dei capitali”, Senato della Repubblica – Commissione Finanze e Tesoro – Audizione dell'avv. Sergio Erede, 11 luglio 2023.

Questa visione tendenzialmente critica – per cui l’o.p.a. è contraria all’efficienza del mercato del controllo (se non anche del mercato in generale) – si sta diffondendo (sia pure con varie cautele)²⁰ e anche nel nostro Paese si cerca di trovare un punto di equilibrio. Segnalo nell’ordine:

1) la proposta (di vari autori) di estendere su base generalizzata la disciplina dell’o.p.a. parziale: se gli azionisti di minoranza sono d’accordo, quantomeno dovrebbe essere concesso uno “sconto” al *bidder* (l’art. 106 stabilisce infatti che, se c’è il consenso della *majority of the minority*, il *bidder* è tenuto ad offrire di acquistare solo il 60% delle azioni)²¹;

2) la proposta di sostituire, quantomeno per le società di maggiori dimensioni, la disciplina dell’o.p.a. con quella dell’o.p.s., per permettere di realizzare – di fatto – fusioni “acquisitive”, senz’altro meno onerose per l’acquirente²²;

3) la proposta (avanzata nell’ambito dei lavori per il Disegno di Legge Capitali) di aumentare i casi di esonero dall’o.p.a., estendendolo ad esempio – oltre al caso della fusione – a quello del conferimento in natura [“l’ordinamento francese tratta il conferimento in natura allo stesso modo della fusione con una previsione ‘*ad hoc*’ (art. 234-9 del Règlement Général della AMF). Grazie ad essa, nel 2017, è stato possibile realizzare l’operazione di concentrazione tra Essilor e Luxottica, attraverso il conferimento della partecipazione di controllo detenuta in Luxottica da Delfin nel capitale della società francese Essilor (che è poi diventata EssilorLuxottica). A fronte di ciò, Delfin ha ricevuto una partecipazione nel capitale di Essilor superiore alla soglia del 30% fruendo della esenzione dall’obbligo di promuovere l’OPA obbligatoria disposta dall’AMF”]²³.

Mi pare che tutti questi ragionamenti vadano nel senso di ripensare il meccanismo dell’o.p.a., rivitalizzare il ruolo del mercato del controllo (e

²⁰ Cfr. per tutti, in chiave critica, J.L. HANSEN, *The mandatory bid rule: unnecessary, unjustifiable and inefficient*, Nordic & European company law working paper No. 18-01, in University of Copenhagen faculty of law research paper No. 2018-54 (che richiama, tra l’altro, la “paura irrazionale del nuovo azionista di controllo”, p. 11).

²¹ Tenuto anche conto del carattere di disciplina di armonizzazione minima della direttiva, dei vari modi in cui essa è stata implementata a livello nazionale e delle varie deroghe (assai diverse da Stato a Stato) che vengono concesse rispetto all’obbligo di offerta totalitaria: su questo punto specifico v. da ultimi R. SKOG, E. SJÖMAN, *Derogations from the mandatory bid rule*, su www.ecgi.it, 2024, ove una ricostruzione.

²² Cfr. M. LAMANDINI, *L’OPA nel quadro degli strumenti per il consolidamento transfrontaliero dell’industria europea*, in *Riv. soc.*, 2022, p. 922 ss.

²³ Cfr. sempre “Interventi a sostegno della competitività dei capitali”, Senato della Repubblica – Commissione Finanze e Tesoro – Audizione dell’avv. Sergio Erede, 11 luglio 2023.

dei capitali) e di ripensare le forme di tutela dei soci, quantomeno nell'ambito delle operazioni straordinarie.

9. Conclusione

Ritengo, dunque, di poter concludere – parafrasando il titolo del Convegno – che nel diritto societario ci troviamo di fronte ad un'epoca storica dove torna ad assumere importanza il tema dell'“efficienza” e, insieme ad esso, quello (non delle “garanzie” a prescindere, ma delle) “nuove garanzie” per i soci.

La sfida che abbiamo davanti – nel recepire ed interpretare le attuali e le nuove soluzioni normative che vengono e verranno prospettate – è complessa, ma sicuramente affascinante.

ANDREA BOLLANI

GIUSTIZIA E CERTEZZA NEL DIRITTO DEL LAVORO

1. Per il giuslavorista non è certo cosa nuova, né infrequente, affrontare questioni che – per la loro portata di carattere generale – attraversano l'intera materia, in relazione a gran parte dei suoi istituti, sino al punto di assurgere al rango di veri e propri *driver* di molte indagini dottrinali.

Discutere di certezza e giustizia nel diritto del lavoro in certo senso riassume e condensa questo tipo di approccio, interrogandoci sul modo in cui il diritto del lavoro concretamente vive ed opera nella sua attitudine all'applicazione pratica, a valle dei suoi costrutti teorici, intersecando una vasta pluralità di temi.

A mero titolo di ricognizione introduttiva, si pensi alla peculiarità delle tecniche normative proprie della materia, in relazione ai suoi scopi di tutela; al ruolo assunto dalle norme elastiche o a fattispecie aperta; al modo in cui l'ordinamento intende governare il grado, relativamente maggiore, di incertezza originato da tali norme; agli strumenti di mediazione tra gli interessi utilizzati dall'ordinamento giuridico, nell'alternativo ricorso, tipico della materia, tra la mediazione giudiziaria (che affida al giudice il compito di declinare il contenuto delle norme a fattispecie aperta, se del caso adattandolo anche allo *Zeitgeist*) e la mediazione collettiva (che affida al sindacato il compito di modellare il portato dei precetti di fonte legale sui bisogni del bacino professionale volta per volta considerato, talvolta ammettendo la potestà normativa collettiva anche a derogarli).

Quelli appena evocati sono profili problematici tali anzitutto da interrogarci sui limiti che incontra, nell'apportare il proprio contributo allo sviluppo della materia, il formante giurisprudenziale, in termini di controllabilità e possibilità di confutazione degli *itinerari* argomentativi attraverso cui si dispiegano i processi decisionali. Il che, in altri termini, ci pone la questione del rapporto esistente tra il livello di vincolatività della norma legale ed il perseguimento di fini di giustizia sostanziale per via giurisdizionale o,

per dirla altrimenti, ci sospinge ad indagare quale rapporto tra legislazione e giurisdizione ci consegna oggi il diritto del lavoro.

Si tratta, evidentemente, di questioni – quelle poc’anzi richiamate – idonee ad evidenziare una cornice di manifesta complessità¹, entro cui si debbono collocare i temi che di seguito si affronteranno.

Potremmo forse ritenere che quelle evocate siano questioni metodologiche, peraltro non tutte specificamente giuslavoristiche. O forse anche potremmo considerarle – almeno ciò vale per alcune di esse – questioni sostanziali che attengono allo stesso statuto epistemologico della materia, al suo fondamento ed alle sue *rationes*. Di certo non risulterà troppo difficile comprendere che dal modo in cui si maneggia questo insieme di profili problematici dipendono le sembianze di quell'*output* che convenzionalmente, per comodità, chiamiamo certezza giuridica e che – credo valga la pena di precisarlo – dovremmo intendere, se non come prevedibilità esatta delle conseguenze giuridiche dei comportamenti, piuttosto come possibilità di sottoporre l’interpretazione e l’applicazione del diritto ad un controllo basato su strumenti e criteri razionali, oltre che sul rispetto del dato normativo positivo.

L’angolazione a partire dalla quale si affronterà il tema è dunque, in primo luogo, quella del rapporto tra legislazione e giurisdizione. Poi, in secondo luogo, si affronterà il piano del rapporto tra mediazione giudiziaria e mediazione collettiva nel componimento degli interessi.

2. L’abbandono di ogni residua scoria veteropositivistica, per il diritto del lavoro, è divenuto scontato molto prima che per altre discipline.

In fin dei conti, è rinvenibile nella stessa *ratio* fondativa della materia – e nei suoi fini di tutela della persona che lavora, anche al netto di ogni sovrastruttura e/o sovraccarico ideologici – che i precetti normativi del diritto del lavoro assumano significato in quanto capaci di adattarsi al substrato sociale sul quale si proiettano, sino al punto da non poter non risentire dei mutamenti, appunto, del contesto sociale. Il che vale, come ovvio, per l’azione del legislatore tesa a modificare e adeguare il dato positivo; ma vale certamente anche, con le avvertenze di cui si dirà, per l’opera dell’interprete, abilitato ad adattare e far evolvere il significato dei precetti normativi, entro i limiti che gli vengono consentiti dalle regole dell’interpretazione.

¹Senza però che la complessità debba indurre all’inazione e a rinunciare preventivamente alla migliore comprensione dei fenomeni sociali, in vista della ricerca di soluzioni razionali: cfr. S. CHASSAT, *Complexité. Critique d'une idéologie contemporaine*, Fondation pour l’innovation politique, www.fondapol.org/etude/complexite-critique-dune-ideologie-contemporaine.

Dopotutto, appartiene alla fisiologia del diritto del lavoro che l'interpretazione delle sue norme tragga alimento dal fine di erigere – in concreto e non solo in astratto, in un contesto sociale che è dinamico e non statico – efficaci forme di protezione e componimento degli interessi, che risultino realmente aderenti alle fattispecie concrete volta per volta affrontate.

Il terreno su cui si muove il giurista del lavoro (ed in particolar modo il giudice, cui l'ordinamento attribuisce il compito di incidere in modo effettivo sulle vicende umane) è però, per sua stessa natura, assai delicato, a motivo del tipo di interessi coinvolti e della natura dei suoi portatori.

E lo è al punto tale che la tensione verso le esigenze di tutela delle persone che lavorano non ha mai potuto fare a meno di tenere in considerazione, quale sorta di contro-limite, quel vero e proprio criterio-guida della legislazione lavoristica che potremmo descrivere (con un termine oggi molto in voga, ancorché correntemente usato in altri contesti e con diverso significato) come limite della sostenibilità, qui declinata nella sua accezione di sostenibilità economica².

Anche a tacere del potenziale rischio di cortocircuiti con gli interessi, eventualmente contrari, dei cd. *outsiders*³, la costruzione del reticolo di tutele del lavoro non ha potuto disinteressarsi degli interessi datoriali. Se solo si pensa al modo in cui la nostra legislazione – e non certo da oggi, ma da tempo assai risalente – si avvale di regole che dispensano selettivamente le tutele, non già in ragione del solo bisogno di tutela del lavoratore, bensì anche di elementi inerenti a tratti soggettivi del datore di lavoro (quale ad es. la dimensione dell'impresa)⁴, risulta evidente come la stessa calibratura delle norme sconti già – negli atti di esercizio della discrezionalità politica del legislatore – quelle esigenze di bilanciamento di cui, a valle, è tenuto a farsi carico, come vedremo, anche l'interprete.

Allo stesso modo, si pensi al variegato insieme delle forme di riparazio-

² Sulla sostenibilità – nella sua varietà di possibili accezioni: sociale, economica ed ambientale (quest'ultima costituente frontiera nuova per il diritto del lavoro) – cfr. B. CARUSO, R. DEL PUNTA, T. TREU, *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, Centro Studi di Diritto del lavoro "Massimo D'Antona", 2020, ove viene offerta al dibattito scientifico, in chiave progettuale, una prospettiva variamente articolata di ripensamento e rifondazione della materia. Accenti critici rispetto a tale impostazione si colgono in A. PERULLI, V. SPEZIALE, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, 2022, p. 117.

³ Cfr. la prospettazione di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996.

⁴ Emblematico è il caso delle tutele apprestate dall'ordinamento per il caso di licenziamento illegittimo, ove l'applicazione dei rimedi più forti – con particolare riguardo, anche se non solo, all'istituto della reintegrazione – viene esclusa nei confronti delle imprese che non superano i requisiti occupazionali indicati dall'art. 18 St. lav.

ne del pregiudizio patrimoniale patito dal lavoratore che l'ordinamento giuridico allestisce su base squisitamente indennitaria, e non risarcitoria, secondo misure predeterminate e forfettizzate, spesso inadeguate a ristorare integralmente il lavoratore del danno (anche solo di quello patrimoniale) patito⁵.

È l'intera materia, in definitiva, ad essere attraversata da una costante tensione dialettica tra i suoi scopi di giustizia e di protezione dei diritti (o, se si preferisce, di sostenibilità sociale), da un lato, e quelle esigenze, cui si faceva cenno, di sostenibilità economica (oggi spesso declinata anche come certezza o predeterminabilità delle conseguenze e dei costi derivanti dall'eventuale violazione della disciplina vigente⁶), dall'altro; una sostenibilità, quest'ultima, ovviamente da intendersi non già riferita alla situazione soggettiva, caso per caso, della singola impresa, quanto semmai riferibile agli equilibri del sistema produttivo complessivamente considerato, riguardato cioè alla stregua di fattore di utilità sociale in quanto generatore di ricchezza.

Il che ci conduce ad uno snodo cruciale del nostro discorso, che va dritto al cuore del problema da collocare sotto al cappello del titolo "Giustizia e certezza nel diritto del lavoro": a chi compete, ed in quali forme e/o con quali modalità, realizzare il componimento degli interessi?

3. È su questo sfondo che nelle linee di tendenza più recenti della giurisprudenza del lavoro vanno emergendo – come meglio si dirà più avanti – quelli che in certo senso potremmo chiamare *faux amis* del diritto del lavoro.

Se in molte altre branche dell'ordinamento è stata storicamente avverti-

⁵ Si pensi alle numerose norme in cui la riparazione patrimoniale forfettizzata del danno è ispirata ad una logica squisitamente indennitaria, come quella prevista dall'art. 8, l. n. 604/1966 ovvero dall'art. 18, comma 5, St. lav., in caso di licenziamento illegittimo; o, ancora, al disposto degli artt. 28 e 39, d.lgs. n. 81/2015 in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro e di irregolarità della somministrazione. Allo stesso modo, anzi in termini ancora più paradigmatici, ciò può dirsi per le norme che circoscrivono il risarcimento del danno entro il limite di un ammontare massimo predeterminato *ex lege*, come nel novellato art. 18, comma 4, St. lav.

⁶ Come nel caso, davvero paradigmatico, del licenziamento per ragioni oggettive, in relazione al quale – pur senza avere mai seriamente considerato di fare propria la teorica del *cd. firing cost*, con cui si sarebbe voluto prestabilire un costo di scioglimento del rapporto di lavoro a fronte del venir meno del sindacato giudiziale sulle sue motivazioni – le principali legislazioni nazionali europee, e non solo quella italiana, si sono orientate verso l'applicabilità di rimedi, in caso di accertata carenza delle ragioni legittimanti il recesso, di stampo obbligatorio e non reale, oltre che di misura ragionevolmente prevedibile *ex ante*: cfr. M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 3 ss.

ta l'esigenza di superare gli eccessi di formalismo giuridico, riconoscendo maggiori spazi al contributo del formante giurisprudenziale, questo problema non è mai stato percepito come acuto nel diritto del lavoro.

D'altronde, sarebbe stato singolare se ciò fosse accaduto nell'ambito di una materia la cui trama è andata formandosi, nelle sue origini, anche grazie al significativo apporto della giurisprudenza probivirale, la quale – ordinata in un pionieristico studio⁷ – contribuì a modellare e adattare la disciplina civilistica ai rapporti di lavoro, preparando il terreno per il successivo avvento della legislazione speciale; sicché il diritto del lavoro ha costituito un autentico terreno elettivo, dopo l'avvento della Costituzione, per lo sviluppo di una concezione schiettamente antiformalista⁸, non insensibile ai richiami del realismo giuridico.

Ciò si è potuto dispiegare senza tensioni sino a quando la parabola della legislazione e l'apporto della giurisprudenza si sono univocamente mosse nella direzione del progressivo irrobustimento delle tutele del lavoro, salvo entrare in crisi allorché è iniziata – non da ieri – la cd. stagione della flessibilità, costellata da innovazioni legislative nel segno di una maggiore considerazione degli interessi dell'impresa⁹.

Vi è chi, con il consueto uso di schiettezza ed eterodossia che lo contraddistingue, ha rilevato che, a fronte di una tale virata nelle politiche del lavoro, *“una parte della giurisprudenza del lavoro si è in effetti messa di traverso, cercando di sterilizzare o quanto meno di minimizzare le conseguenze delle innovazioni normative che riscrivevano al ribasso diritti e tutele”*¹⁰.

Alla tradizionale allergia verso il dogmatismo ed i tecnicismi fine a sé stessi si sono dunque sovente affiancati schematismi ideologici tali da esporre al rischio di determinare, in una sorta di nemesi, una sclerotizzazione del pensiero lavoristico, come sarebbe poi stato eloquentemente testimoniato dall'enfatica drammatizzazione del dibattito italiano sulle recenti riforme in materia di licenziamento.

⁷ Cfr. E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Torino, 1992 (I ed. Roma, 1906).

⁸ È un percorso che si ritrova sinteticamente descritto da F. ROSELLI, *Il declino del formalismo giuridico e la giurisprudenza del lavoro*, Milano, 2021.

⁹ Sul punto, cfr. R. DEL PUNTA, Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 468, ove l'A. evidenziava – prima che il fenomeno si manifestasse in termini ancor più evidenti a seguito delle riforme del 2021 e del 2015 in materia di licenziamento – la tendenza di buona parte della giurisprudenza del lavoro ad arginare gli effetti della legislazione sopravvenuta.

¹⁰ L. CAVALLARO, *Il giudice del lavoro tra interpretazione “creativa” e fedeltà alla legge*, in www.giustiziainsieme.it, 2021.

È così accaduto che nel diritto del lavoro abbia iniziato in tempi relativamente più recenti ad essere avvertito il problema opposto: ossia quello consistente nel ravvisato timore – secondo una certa linea di pensiero, che ha anche trovato ascolto in specifici interventi legislativi – di un eccessivo ed incontrollato soggettivismo giudiziario.

Costituiscono chiaro indice di questa impostazione culturale norme quali quella contenuta nell'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010, a mente del quale, ove le disposizioni di legge contengano “*clausole generali*”, così impropriamente descritte dal legislatore (quando invero il richiamo si indirizza, piuttosto, a norme generali a fattispecie elastica), incluse quelle in tema di licenziamento, “*il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro*”.

Si tratta, va detto, di una previsione normativa piuttosto ingenua, se non velleitaria, che fa il paio con quella contenuta nel successivo comma 3 dello stesso art. 30, secondo cui “*nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi*”.

Si tratta di norme ingenua e velleitarie¹¹, poiché non sembra davvero possibile trascurare come il tratto costitutivo delle norme a fattispecie aperta, quali quelle inerenti la giustificazione del licenziamento (“*giusta causa*” e “*giustificato motivo*”), risieda proprio nell'attribuire alla mediazione giudiziaria, senza rigide predeterminazioni, il compito di calibrare la regola di giudizio, e dunque la decisione, sulle specificità del caso concreto e, prima ancora, su criteri, per loro natura cangianti, di normalità sociale, ai quali la norma elastica consente di adattarsi. Cosicché non sembrerebbe razionale – nemmeno per via contrattuale collettiva e, quindi, a mezzo di una disciplina comunque generale ed astratta – comprimere questa attività valutativa della giurisprudenza (perlomeno non con un grado di vincolatività forte, ferma restando l'attitudine delle eventuali tipizzazioni contrattual-collettive a fungere da parametro di cui il giudice possa ovviamente tenere conto per ascoltare, dalla carne viva del corpo sociale, una valutazione condivisa dai contraenti collettivi e dunque, presumibilmente, aderente alla corrente coscienza sociale).

¹¹ Cfr., se vuoi, A. BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare*, Torino, 2012, spec. § 14, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

4. Ad uno sguardo un poco più attento, ci si avvede peraltro che la discrezionalità valutativa della giurisprudenza, con i suoi effetti di accresciuta incertezza del diritto e di incrementata alea delle decisioni, non viene in concreto esercitata sempre secondo il medesimo modello di ragionamento e/o con il medesimo grado di consapevolezza della cornice normativa in cui essa si dispiega.

Da un lato, vi è infatti un ambito in cui certamente le valutazioni della giurisprudenza – in applicazione di fonti legali a precetto generico – tendono ad approssimarsi, più o meno consciamente, e del resto quasi inevitabilmente, a schemi concettuali prossimi al procedere del *case law*, nel senso che la stratificazione dei precedenti giudiziari non può esimersi dal contribuire – anche virtuosamente, purché si svolga nel quadro di un’interpretazione della legge rispettosa del criterio sistematico e di quello dello scopo – a precisare e declinare il significato di nozioni elastiche quali ad es., come detto, quelle che attengono alle ragioni giustificative del licenziamento.

Su questo terreno l’elaborazione giurisprudenziale ha saputo contribuire a mettere a fuoco, indipendentemente dalla condivisibilità dei singoli specifici approdi interpretativi, questioni quali la rilevanza da assegnare – in funzione della valutazione di giustificatezza del licenziamento disciplinare – alla consistenza del danno patito dal datore di lavoro, all’intensità dell’elemento soggettivo nell’agire antigiuridico del lavoratore, alle circostanze esterne all’illecito disciplinare che possono fungere da esimente o da circostanza attenuante in vista del giudizio di proporzionalità tra infrazione e sanzione.

Ed in questa prospettiva non vi è dubbio che la casistica giudiziaria concorra apprezzabilmente ad alimentare un maggior grado di prevedibilità delle decisioni, favorendo un’equilibrata convivenza dei fini di giustizia con la ricerca, per dirla *à la* Luhmann¹², della minore incertezza del diritto possibile. Qui, cioè, la giurisprudenza, nel travasare il dato normativo nei contesti della realtà sociale, contribuisce a dare utilmente forma ed essenza vitale, concreta, alla disciplina generale ed astratta.

Vi sono però, di contro, ambiti normativi in cui le curvature di significato della legislazione ad opera della giurisdizione non appaiono allo stesso modo necessarie e, forse, nemmeno utili.

Ed è su questo distinto terreno, che cercherò ora di meglio precisare, che tendono talvolta ad affacciarsi, come anticipato, due falsi amici del diritto del lavoro.

¹² N. LUHMANN, *La funzione del diritto: sicurezza delle aspettative o guida del comportamento?*, in ID., *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990, p. 81 ss.

5. Il primo falso amico del diritto del lavoro porta il nome di bilanciamento.

Sempre più frequentemente risuona, nei percorsi argomentativi della giurisprudenza, il richiamo alla necessità di operare un bilanciamento tra contrapposti interessi, traendo le mosse, *in apicibus*, da principi di portata del tutto generale, spesso estratti dal testo di fonti gerarchicamente sovraordinate.

Menziono a tal proposito un esempio concreto.

La Corte di cassazione ci dice sin dal 2021¹³ che il termine decadenziale di cui all'art. 32, comma 4, lett. d), l. n. 183/2010, gravante sul lavoratore che intenda far imputare il rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal formale datore di lavoro, non decorre in carenza di un atto formale dell'interponente il quale neghi, anche senza che alcuno glielo abbia mai chiesto, la titolarità del rapporto.

Il giudice di legittimità argomenta tale conclusione a partire dal fatto, *inter alia*, che nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo è affermato, all'art. 6, il principio del diritto ad un equo processo; il che, secondo la Cassazione, risulterebbe frustrato dalla previsione legale di un termine decadenziale ritenuto troppo severo ed oneroso.

Ci potremmo divertire, se fossimo dei *jongleur des mots*, nel discettare se questa giurisprudenza meriti più di essere definita anomica (nel senso che prescinde dalla legge e dal suo testo) o, piuttosto, ipernomica (nel senso che finisce così per creare una nuova norma).

Di certo, quel che si può più pianamente e semplicemente osservare è che il bilanciamento tra i contrapposti interessi, nel solco dei principi additati dalle fonti sovraordinate, dovrebbe competere anzitutto al legislatore (fatto salvo, come ovvio, l'eventuale scrutinio di costituzionalità), proiettandosi tale bilanciamento sulla mediazione giudiziaria soltanto nei limiti in cui ciò sia imposto dal carattere aperto ed elastico della fattispecie legale.

Solo in tal caso la giurisprudenza, completando ed integrando la norma vivente, favorisce la certezza del diritto e facilita il suo saldarsi al perseguimento di fini di giustizia. Quando invece il giudice operi il bilanciamento (non già riempiendo di contenuto una norma astratta a fattispecie aperta in relazione al caso concreto, bensì) deformando ovvero obliterando una norma positiva puntuale, attingendo da principi generalissimi enunciati in fonti di rango sovraordinato una diversa regola di giudizio (per intero figlia del suo modo di intendere quei principi e valori secondo la propria sensi-

¹³ Cass., 17 dicembre 2021, n. 40652.

bilità soggettiva), ecco che per tale via la certezza del diritto esce gravemente menomata, cedendo per intero il passo al perseguimento di fini di giustizia percepiti semplicemente in base alla *conscientia iudicis*.

6. Il secondo falso amico del diritto del lavoro porta il nome di prospettiva (o approccio) rimediale.

Non si intende qui ovviamente soffermarsi approfonditamente sulla discussione teorica, assai pregnante di tratti problematici, che va impegnando da tempo gli studi di teoria generale e di diritto civile. Ma non vi è dubbio che accostarsi al diritto del lavoro ponendo anzitutto attenzione, in modo dogmaticamente più o meno consapevole, al sistema delle tutele ed al problema della loro effettività, prima ancora che alle fattispecie che ne fondano il bacino di applicazione, appare suadente o perlomeno suggestivo a non trascurabili strati della dottrina giuridica¹⁴, oltre che alla stessa giurisprudenza.

Sennonché, altro è mettere in evidenza l'innegabile affanno della fattispecie fondamentale del diritto del lavoro – ossia la subordinazione descritta dall'art. 2094 c.c. – a cagione della sua sempre più evanescente pregnanza qualificatoria, oltre che in considerazione della sua sempre minore capacità di distinguere gli effettivi bisogni di tutela, così da invocare la prospettiva rimediale come mezzo per pervenire al riconoscimento di protezioni e tutele avvertite come necessarie in relazione ad ambiti esterni all'area della subordinazione¹⁵; ed altro è, invece, deformare il senso di tale approccio, trasmodando in operazioni interpretative con le quali – in una sorta di procedimento logico invertito, ancorché spesso surrettizio e non apertamente enunciato – si muove a partire dalla considerazione dello spessore delle tutele previste da specifiche norme di legge, per poi sussu-

¹⁴ Sul tema, per un'accurata e complessivamente condivisibile ricostruzione del dibattito, cfr. A. ZOPPOLI, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, in AIDLISS, *Le tecniche di tutela nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio di Torino, 16-17 giugno 2022, Piacenza, 2023, p. 111 ss. Qui ci si può limitare incidentalmente ad osservare che la fattispecie deve continuare a ritenersi *medium* indispensabile per la costruzione e l'allocatione delle tutele, se non altro per il fatto che consente anzitutto di graduare in modo proporzionato i trattamenti normativi riconosciuti dall'ordinamento. Che poi le fattispecie risultino talvolta di complessa e difficile ricostruzione, ed i relativi confini non troppo nitidi o persino mobili, può ovviamente finire per affaticare gli interpreti, ma di per sé non può essere circostanza sufficiente ad inficiare la persistente necessità di ancorare la disciplina ad una fattispecie.

¹⁵ T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *Lav. dir.*, 2017, p. 367 ss.

mere il caso concreto in questa o quella fattispecie legale astratta in ragione della tutela che si ravvisi più adeguata.

Da questo punto di vista, il caso dei rimedi avverso il licenziamento illegittimo nel novellato art. 18 St. lav. è eclatante, avendo indotto ripensamenti in ordine a portata e significato dell'art. 3, l. n. 604/1966 in materia di giustificato motivo oggettivo, sia con riguardo al *repêchage*, discutibilmente attratto all'interno della nozione di "*fatto posto a base del giustificato motivo oggettivo*" (si da riconnettervi, in caso di sua violazione, la tutela reale)¹⁶, sia con riguardo al venir meno, in questo caso con esito maggiormente condivisibile, degli oneri di allegazione del lavoratore sempre in punto di *repêchage* e, più specificamente, di indicazione delle posizioni di possibile utile ricollocazione¹⁷.

Altrettanto potrebbe dirsi – quanto ad influenza che la selezione della tutela applicabile fa rifluire sulla stessa portata delle fattispecie – in ordine a quella giurisprudenza di legittimità che sussume nella disposizione di cui al comma 4 dell'art. 18 St. lav. (in funzione dell'accesso alla tutela reale) l'irrogazione di licenziamenti disciplinari originati da comportamenti del lavoratore, non tipizzati né nominati, che possano però essere ricondotti a clausole generiche, se non talvolta addirittura di stile o vuote, del contratto collettivo implicanti l'applicazione di sanzioni conservative¹⁸.

Si tratta, in tutti questi casi, di operazioni interpretative ispirate – assai più che dall'aderenza alla *ratio legis*, essendo l'impianto dell'intervento legislativo votato semmai ad un rapporto regola-eccezione esattamente inverso tra tutela reale e tutela obbligatoria – da una finalità di riconoscimento di tutela, dunque da un approccio prettamente rimediale, in cui ancora una volta il perseguimento di fini di giustizia sostanziale fa premio sulla certezza, in aperta tensione dialettica con le scelte operate dal legislatore.

Potremmo anche menzionare, sotto altro profilo, il fascino esercitato dalla teorica della natura polifunzionale del risarcimento del danno, rispetto alla quale tende a farsi strada nella giurisprudenza di merito – ma incontrando ancora riserve in quella di legittimità¹⁹ – il riconoscimento di risar-

¹⁶ Cass., 2 maggio 2018, n. 10435.

¹⁷ Cass., 20 ottobre 2017, n. 24882.

¹⁸ Cass., 11 aprile 2022, n. 11665.

¹⁹ Cass., 21 luglio 2021, n. 20819, con cui è stata corretta la motivazione della sentenza impugnata, la quale aveva liquidato un risarcimento di danni espressamente qualificati come punitivi. Sulla vicenda v. se vuoi, A. BOLLANI, *Il danno alla persona nel diritto del lavoro, tra influssi della civilistica e necessari adattamenti*, in *Giornale dir. Lav. rel. ind.*, 2022, p. 601 ss. Al tema, in termini più generali, è stato dedicato di recente anche un lavoro monografico: M. BIASI, *Studio*

cimenti a carattere ultracompensativo, anche al di là della barriera derivante dal principio di legalità *ex art. 23 Cost.* evidenziato dalla stessa giurisprudenza di Cassazione a sezioni unite che, con una storica sentenza del 2017, ha ammesso la delibazione di sentenze straniere nelle quali siano liquidati *punitive damages*, al contempo tuttavia precisando che, per ammettere nel nostro ordinamento la configurabilità di cd. danni punitivi, occorrerebbe uno specifico intervento del legislatore²⁰.

Ma il discorso, in termini generali, ci pare già sufficientemente chiaro.

È del resto evidente che, in un sistema che contempla pur sempre la soggezione del giudice alla legge, ogni adesione o anche solo ogni avvicinamento ad un metodo casistico – che pure potrebbe dischiudere prospettive feconde – richiede di essere governato con sapienza, avvalendosi dell'uso sorvegliato di criteri razionalmente fondati, onde non sconfinare nel soggettivismo giudiziario.

In fondo, si deve ritenere sempre valido l'ammonimento che “*a fonti fluide corrispondono giudici potenti*”²¹; sicché occorre evitare di esporre il magistrato al rischio di operare come il giudice Bridoye rappresentato satiricamente da Rabelais, il quale, dopo uno studio minuzioso del caso devolutogli, lo risolveva con un lancio di dadi, mostrando così di utilizzare i propri studi giuridici come mero ornamento di una decisione altrimenti fondata.

7. Alla luce delle emergenti linee di tendenza di cui si è sin qui dato conto, vale a questo punto la pena di chiedersi quali tecniche normative, alla luce dell'incidenza che esse producono sulle tecniche di esercizio della giurisdizione, appaiano maggiormente funzionali a consentire un equilibrato componimento delle esigenze di certezza (funzionali ad inverare, dopotutto, il principio di eguaglianza) e di giustizia nel diritto del lavoro.

Il che, pressoché inevitabilmente, interroga il giuslavorista sul rapporto tra mediazione giudiziaria e mediazione collettiva degli interessi.

Un terreno sul quale condurre un'utile riflessione ci viene offerto – sempre alla luce degli approdi della giurisprudenza più recente – dalle previsioni normative che allestiscono tutele rafforzate per i lavoratori affetti da disabilità, intesa nella sua amplificata accezione, ormai radicatasi, di disabilità biopsicosociale.

sulla polifunzionalità del risarcimento del danno nel diritto del lavoro: compensazione, sanzione, deterrenza, Milano, 2022.

²⁰ Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601.

²¹ F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1981, p. 763.

L'ordinamento, come sanno i giuslavoristi, esige che il datore compia "*accomodamenti ragionevoli*" (art. 3, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 216/2003) prima di poter procedere al licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore, oltre che in relazione ad altri atti di gestione del rapporto di lavoro. E prevede altresì il diritto *ex art.* 33, l. n. 104/1992 di scegliere la sede di lavoro più vicina al domicilio "*ove possibile*".

Si tratta in questi casi, all'evidenza, di norme a fattispecie aperta che mettono il giuslavorista di fronte alla necessità di elaborare criteri idonei a riempire la norma di contenuto in relazione al singolo caso concreto. Il che pone il ruolo del giudice al centro della scena e ne esalta la discrezionalità valutativa.

Nella disciplina dei cd. accomodamenti ragionevoli è dunque l'ordinamento, con l'uso di questa tecnica normativa, ad affidare alla giurisprudenza il compito cruciale di far vivere i costrutti normativi nei contesti della realtà sociale. Dopodiché, proprio per questo diviene ancor più avvertito il bisogno di condividere criteri razionali, verificabili e controllabili, attraverso cui riempire di contenuto il bilanciamento dei contrapposti interessi (un bilanciamento, si ripete, che compete al legislatore e che il legislatore in effetti ha effettuato, per quanto con formula normativa aperta e assai generale).

Sul punto, vanno recentemente consolidandosi in giurisprudenza massime secondo le quali deve ritenersi ragionevole l'accomodamento consistente nel compimento di uno sforzo diligente, da ritenere esigibile secondo criteri di comune valutazione sociale e tale da non imporre oneri sproporzionati o eccessivi²². Dopodiché la casistica giudiziaria, nella stratificazione dei precedenti, consentirà presumibilmente di affinare questa elaborazione concettuale, soprattutto con riguardo all'esigibilità di accomodamenti non implicanti solo oneri finanziari, ma anche mutamenti organizzativi, sì da generare, accanto al conflitto con i contrapposti interessi del datore di lavoro, quello – meno immediatamente percepibile ma non meno importante – con gli interessi di altri lavoratori e, quindi, con la necessità di salvaguardare questi ultimi, le loro mansioni, l'articolazione dei loro turni, e così via.

Nei termini appena descritti, dunque, ci si trova al cospetto di ordinarie modalità di specificazione giurisprudenziale di norme legali di portata generale.

Il canone dei cd. accomodamenti ragionevoli ha però generato un vero

²² Cass., 9 marzo 2021, n. 6497.

e proprio *crash* di sistema nel momento in cui è stato utilizzato, anche da una recente giurisprudenza di legittimità, in relazione al distinto, ancorché contiguo, problema del licenziamento per superamento del periodo di comportamento.

Su questo terreno, infatti, come noto, il legislatore ha tradizionalmente scelto di percorrere un'altra via, devolvendo *ex art.* 2110 c.c. all'autonomia collettiva il compito di comporre i contrapposti interessi. Cioè, per dirla altrimenti, ha scelto di privilegiare il controllo sindacale rispetto a quello giudiziario.

Ebbene, in un proprio recente arresto la Corte di cassazione²³ ha ritenuto discriminatorio il licenziamento del disabile intimato per superamento del periodo di comportamento, sulla base di clausole contrattual-collettive che prevedano una quantificazione uniforme della durata del comportamento per tutti i lavoratori, disabili e no.

Nulla quaestio, chiaramente, circa il fatto che la validità dei negozi, anche di quelli collettivi, richieda conformità alla disciplina legale imperativa. Ma ha senso, per l'ordinato assetto del sistema, estrarre da una norma legale a contenuto indeterminato ed aperto – quella legale in tema di accomodamenti ragionevoli – una regola nuova e diversa rispetto a quella posta da una “fonte” (il contratto collettivo) che lo stesso ordinamento ha investito del compito di disciplinare la durata del periodo di comportamento?

Affidarsi, da parte dell'ordinamento, alla mediazione collettiva significa affidare alle organizzazioni sindacali il compito di modellare il portato dei precetti di fonte legale sui bisogni del bacino professionale volta per volta considerato. Nel caso specifico della ravvisata necessità di un comportamento differenziato per i disabili, da parte di alcuni osservatori è stata imputata ai contratti collettivi, anche prima del recente intervento della S.C., una tendenziale loro inadeguatezza a farsi carico delle esigenze di tutela speciale dei disabili, sebbene, a dire il vero, almeno alcuni contratti siano muniti di previsioni che contemplano la possibilità di accedere a permessi per sottoporsi a speciali trattamenti terapeutici, il diritto a trasformazioni anche transitorie del contratto di lavoro a tempo parziale, il diritto a congedi per i portatori di determinate patologie, il diritto ad aspettative (ancorché non retribuite) che di fatto prolungano oltre il comportamento il periodo di conservazione del posto, o che, proprio in relazione al comportamento, escludono ad es. la computabilità dei periodi di ricovero ospedaliero.

Ma il quesito di fondo è ovviamente un altro e attiene al piano, più ge-

²³ Cass., 31 marzo 2023, n. 9095.

nerale, del metodo: fino a che punto il giudice si può spingere, sulla sola base di previsioni normative a fattispecie aperta e per il tramite del diritto antidiscriminatorio, a vincolare le scelte dell'autonomia collettiva, sovvertondo l'assetto di interessi complessivamente realizzato dal contratto collettivo, nonostante la presenza di un rinvio legale alla stessa autonomia collettiva e di un principio di inscindibilità delle clausole contrattuali?

Se in fondo una certa tensione dialettica tra legislatore e giurisprudenza tende a caratterizzare fisiologicamente la nostra materia, un poco più preoccupante appare la faglia che rischia di aprirsi tra composizione giudiziaria e composizione collettiva degli interessi confliggenti, perché questo impatta direttamente sulla nostra *koinè*, cioè, metaforicamente, sulla lingua condivisa dei giuslavoristi, esponendo al rischio di tradursi in manifestazioni di sfiducia nella capacità della contrattazione collettiva di regolare talune materie; il che equivarrebbe, a ben vedere, ad una forma di sfiducia verso il *proprium* del diritto del lavoro.

Ne sono un segno anche le recenti pronunce in materia di retribuzione²⁴, con cui la Cassazione ha di fatto confutato il ruolo di autorità salariale tradizionalmente riconosciuto alla contrattazione collettiva, negando il ruolo di contratto collettivo parametro persino al contratto collettivo designato come tale dalla legge ordinaria (nel caso specifico, la legge in materia di lavoro in cooperativa²⁵), senza nemmeno sollevare, eventualmente, una questione di legittimità costituzionale di quella legge rinviante.

Certo, non può sfuggire che il sistema delle fonti vada alimentando questa tendenza, soprattutto per il tramite del diritto sovranazionale e delle sue formulazioni di principio a precetto generico. Sennonché, un diritto del lavoro in cui la composizione collettiva degli interessi si ritragga, a vantaggio della sola composizione giudiziaria, oltre ad essere meno certo, rischia anche di essere meno giusto.

²⁴ Di cui è stata capostipite Cass., 2 ottobre 2023, n. 27711.

²⁵ Cfr. il disposto dell'art. 7, comma 4, d.l. n. 248/2007.

ARMANDO TURSI

L'INCERTEZZA DELLA NORMA GIUSLAVORISTICA E LA MALINTESA DISCREZIONALITÀ DEL GIUDICE

1. *La prevedibilità non si addice alla sanzione*

Le riflessioni che seguono mirano a supportare l'idea che l'incertezza delle norme giuslavoristiche nella fase storica attuale sia da ricollegarsi non meno alla presenza di una componente ideologico-culturale che a una fisiologia ermeneutica alimentata dal trapasso dai codici alle leggi. È accaduto con la riforma Biagi (accusata contemporaneamente di aver aumentato la flessibilità in entrata, e di averla ridotta col lavoro a progetto), poi con la “legge Fornero” e il *Jobs Act* (che invece è ancora sotto attacco): accolto, quest'ultimo, con un *fin de non recevoir* prima teorizzato e poi anche praticato, tradottosi nel vaglio reiterato e severissimo cui la giurisprudenza remittente e poi la Corte costituzionale hanno sottoposto la complessiva riforma dei licenziamenti esitata nella l. n. 92/2012 e nel d.lgs. n. 23/2015.

Secondo la Corte costituzionale, la disciplina sanzionatoria del licenziamento individuale ingiustificato, introdotta dal *Jobs Act*, è incostituzionale “nella parte in cui determina l'indennità in un importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione ... per ogni anno di servizio”.

Il *vulnus* costituzionale starebbe nell'essere l'indennità basata sull'“unico criterio dell'anzianità di servizio”, anziché aperto ad una “pluralità di fattori”; e nel suo essere “automatica” – ossia, calcolabile aritmeticamente –, mentre avrebbe dovuto essere aperto alla “discrezionalità valutativa del giudice”.

Colpisce come ciò sia l'esatto contrario di quanto affermato dal *Conseil constitutionnel* con la sentenza 5 agosto 2015, n. 715.

Chiamata a scrutinare la *validité* (*inter alia*) della norma francese gemella di quella italiana scrutinata dalla Consulta, i *Sages* hanno giudicato “legittima la norma che correla l'indennizzo all'anzianità del lavoratore licenziato”: una norma, cioè, in cui l'anzianità di servizio viene a costituire l'unico criterio al quale è correlata l'indennità di licenziamento, risultan-

done così legittimato oltralpe un assetto legislativo giudicato incostituzionale in Italia.

Due anni dopo il *Conseil Constitutionnel* ha avuto modo di affermare che il legislatore francese, “rafforzando la prevedibilità delle conseguenze della *rupture du contrat de travail*”, ha legittimamente perseguito “*un objectif d'intérêt général*”.

Una così drastica differenza di vedute dei giudici costituzionali di due Paesi con una comune storia giuridica, entrambi membri dell'Unione Europea, e con analogo tasso di garantismo, è segno di divaricazioni culturali nella lettura di norme e principi pressoché identici.

In questa sede, il punto di maggiore interesse riguarda il diverso approccio con cui la Consulta ha affrontato la questione della “prevedibilità” dei costi del licenziamento: insistendo molto sulla “discrezionalità” che dovrebbe necessariamente connotare la funzione giusdicente, quasi che la “dissuasività” (per il datore di lavoro) della sanzione indennitaria riposi (non tanto sull'ammontare, quanto) sull'imprevedibilità e non misurabilità *ex ante* degli effetti (anche economici) della norma.

Il Governo francese, nella memoria depositata nell'ambito del procedimento intentato con reclamo collettivo dalla CGIL contro l'Italia davanti al Comitato europeo dei diritti sociali, in relazione alla presunta violazione da parte dell'Italia dell'art. 24 della Carta Sociale Europea, ha osservato che la “sanzione per il datore di lavoro non consiste nell'incertezza intorno alla misura dell'indennità da corrispondere, ma nel dovere di corrisponderla”.

È soprattutto sotto questo profilo che la sentenza della Consulta italiana tradisce un'eccedenza del discorso politico (o se si vuole, dell'attitudine giusdicente) sull'interpretazione costituzionale: ciò si riflette in un regime sanzionatorio dei licenziamenti ingiustificati, irrazionale e instabile, che altrove ho definito “stocastico”, per i suoi ingovernati riflessi sulla complessiva disciplina, quali la sconsiderata latitudine (tra sei e trentasei mensilità) del perimetro della discrezionalità del giudice, e l'abnorme differenza tra la forchetta del *Jobs Act* e quella statutaria (tra dodici e ventiquattro mesi).

2. La manifesta insussistenza non sussiste

Era stata la legge Fornero a immettere nel corpo dello statuto dei lavoratori il principio – rivoluzionario per l'ordinamento italiano – per cui la sanzione reintegratoria, lungi dall'essere il rimedio universale e tipico per i licenziamenti illegittimi nelle imprese non piccole, dovesse essere confinata a casi di illegittimità qualificata.

Uno dei casi in cui si registrava una diversità di approccio tra la norma statutaria novellata e il *Jobs Act*, era quello del licenziamento ingiustificato intimato per motivo oggettivo. Mentre il regime delle “tutele crescenti” generalizza il rimedio indennitario in tutti i casi di ingiustificatezza oggettiva, quello statutario novellato prevedeva che la sanzione reintegratoria sopravvivesse nel caso in cui il “fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo” fosse “manifestamente insussistente”.

Ancora una volta la Consulta esibisce una sorta di *fin de non recevoir* operante già sul piano logico-linguistico, negandosi la stessa astratta possibilità di concepire una insussistenza “manifesta”. La norma legale viene linguisticamente delegittimata ricorrendo al paralogismo per cui “la sussistenza di un fatto non si presta a controvertibili graduazioni in chiave di evidenza fenomenica, ma evoca piuttosto una alternativa netta, che l'accertamento del giudice è chiamato a sciogliere in termini positivi o negativi”.

A questo argomento si è condivisibilmente ribattuto che “L’alternativa secca basata sul binomio sussiste/non sussiste, cui la Corte costituzionale semplicisticamente riconduce il proprio ragionamento, se può valere relativamente alla legittimità del licenziamento, ... non è certo riferibile al fatto posto a base del licenziamento” (N. DE MARINIS, 2022).

Eppure, soluzioni meno invasive della *voluntas legis*, ma di taglio comunque garantista, sarebbero state possibili: per es., considerare il mancato assolvimento dell’onere di ripescaggio come ipotesi di insussistenza “non manifesta” del fatto. Soluzione che avrebbe offerto una *interpretatio utilis*, e non *abrogans*, del sintagma dell’“insussistenza manifesta”.

3. “Può” (non) significa “deve”?

L’ennesima censura di costituzionalità della riforma dei licenziamenti realizzata nel triennio 2012-2015 punta l’attenzione su un altro segmento dello stesso comma 7 dell’art. 18, nella parte in cui, alla lettera, attribuiva al giudice il “potere” e non il “dovere” di applicare la sanzione reintegratoria al licenziamento per giustificato motivo oggettivo affetto da insussistenza manifesta del fatto posto a suo fondamento. La Corte costituzionale, sulla base della costatazione ovvia per cui al giudice non è dato il potere di applicare a suo piacimento la tutela indennitaria ovvero quella reintegratoria (Corte cost. n. 59/2021).

Invero, la questione non avrebbe dovuto nemmeno esser posta, perché, salvo invocare prospettive estreme di neo-costituzionalismo o di neo-

pandettismo sconfinante nel realismo giuridico (salvo, cioè, indulgere nell'affermazione semplicistica che il potere del giudice sarebbe sempre discrezionale e la giurisdizione sempre "creativa"), va tenuto fermo che (anche) il potere del giudice va riferito a una funzione, che implica un diritto-dovere. Pertanto, quando si dice che il giudice "può" fare qualcosa, si dice sempre che il giudice ha il potere, ma anche il dovere di farlo.

A conferma di ciò, si consideri come il solo codice civile fornisca decine di esempi in cui la norma afferma che il giudice "può disporre" un provvedimento o un risarcimento, "ordinare" una condotta, "attribuire" un diritto, "applicare" una disciplina.

Sicché la Corte avrebbe potuto spazzare via (con una ordinanza di manifesta infondatezza), la questione della (malintesa) discrezionalità del giudice, osservando, che il giudice gode di "libertà" (*ex art. 116 c.p.c.*) nel valutare le prove del carattere "manifesto" dell'insussistenza, e non di discrezionalità nel somministrare la sanzione: questo sul piano giuridico; altro e non giuridico il discorso che potrebbe farsi sul piano cognitivo ed epistemologico. Invece la Consulta ha preso sul serio la questione, avendo poi gioco facilissimo nel colpire il "falso bersaglio" dell'irragionevole attribuzione al giudice di un potere (non discrezionale, ma) arbitrario.

4. *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro "destabilizzati": l'insostenibile leggerezza del metus*

La riformulazione dell'art. 18 dello s.l. ad opera della legge Fornero ha generato un ingente contenzioso sulla decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro.

Si contrappongono due orientamenti.

Secondo il primo, poiché "il testo attualmente vigente dell'art. 18 L. n. 300 del 1970 prevede ... la tutela reintegratoria solo per talune ipotesi di illegittimità del licenziamento ..., mentre per altre fattispecie prevede unicamente una tutela indennitaria", deve ritenersi ancora sussistente il cd. *metus* in capo al lavoratore, legato alla circostanza che "nel corso del rapporto, il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo" (da ult. Cass. n. 26246/2022).

L'altro orientamento giurisprudenziale afferma che "L'entrata in vigore della l. n. 92/2012 non ha alcun effetto sospensivo della prescrizione del diritto alla retribuzione, restando comunque confermate le garanzie di stabilità del rapporto di lavoro pur nella diversa previsione normativa della di-

stinzione delle tutele applicabili". Tale arresto si pone in linea di continuità con precedenti decisioni di merito per cui "la previsione della tutela reale nei casi di licenziamento c.d. ritorsivo, nonché discriminatorio", escludesse "il timore del recesso anticipato dal rapporto per il lavoratore che faccia valere i propri crediti retributivi" (da ult., Trib. Bari n. 2179/23).

In effetti, anche dopo la novellazione dell'art. 18, la reintegrazione nel posto di lavoro continua a operare, tra l'altro, nei casi di licenziamento discriminatorio e ritorsivo – ossia, proprio quando ricorre la tipologia di recesso cui è letteralmente e logicamente riconducibile il recesso "odioso" causato dalla circostanza che il lavoratore intenda esercitare un suo diritto.

La verità è che la valutazione in merito a quale sia il grado di "stabilità" del rapporto di lavoro idoneo a paralizzare il decorso della prescrizione, è di ordine politico, e non tecnico. Non esiste una nozione astratta o di teoria generale, di "stabilità" contrapposta alla "instabilità"; esiste invece, anche nell'esperienza comparata, una pluralità (potenziale e attuale) di discipline protettive contro i licenziamenti illegittimi, nel cui ambito, non solo è dubbio che possa tracciarsi una netta biforcazione concettuale tra tutela obbligatorio-indennitaria e tutela reale, ma nemmeno sussiste uniformità di tutele nell'interno degli idealizzati poli sanzionatori: potendo darsi in astratto, ed essendosi date in concreto, reintegrazioni cdd. "di diritto comune" e "di diritto speciale", reintegrazioni irrinunciabili o assolute e reintegrazioni opzionali o relative, reintegrazioni cumulabili o meno col pieno risarcimento di diritto comune, reintegrazioni "piene" o "semipiene", ecc. ...; così come una indennità di importo oscillante (dopo l'intervento della Corte costituzionale del 2018, addirittura) tra 2, 5 e 36 mensilità.

Nel merito va ricordato che la fattispecie cui la sentenza costituzionale del 1966 ricollegò un effetto estintivo analogo a quello della rinuncia invalida, era di natura inerziale e non abdicativa: essa constava, in effetti, di due elementi, quali il non esercizio del diritto, e la situazione psicologica che va sotto il nome di *metus*; e non a caso fu definita come una *inventio* del Giudice delle Leggi.

Orbene, se l'inerenza del *metus* alla carenza di "stabilità reale" del rapporto di lavoro va stigmatizzata sotto il profilo oggettivo, dubbi ancora più marcati solleva la dimensione inevitabilmente soggettiva del *metus*, se è vero che esso consiste, nelle parole della Corte costituzionale e della massima giurisprudenziale tralatizia, nella "paura di essere licenziati" senza adeguate tutele, a causa della rivendicazione del diritto.

Il fatto è che "il timore ... non può assurgere a situazione socialmente tipica ... idonea a costituire la giustificazione di una regola che sia di gene-

rale applicazione e, al tempo, stesso, situazione determinante del comportamento di tutti i lavoratori”.

A ben vedere, il *metus* assume una duplice valenza: non solo psicologica, ma anche cognitiva, fondandosi esso sulla conoscenza, o meno, della disciplina applicabile al rapporto di lavoro; così asseverandosi l'opinione secondo cui anche l'ignoranza attuale della disciplina che sarà concretamente applicabile al futuro ed eventuale licenziamento illegittimo, determinata dalla frammentazione delle fattispecie sanzionatorie prodotta dalle riforme del 2012 e del 2015, sarebbe sufficiente a inibire il decorso della prescrizione.

A ogni modo, ci pare che l'interpretazione “situazionale” del *metus* induca a rimeditare il quadro normativo scaturente dalle sentenze costituzionali del 1966 e 1974, e delle sezioni unite della Cassazione del 1976, anche sotto il profilo della sua coerenza interna.

Ma è dubbio che possa suonare persuasivo alle orecchie dei più, oggi, il giudizio di coesistenzialità dell'istituto della prescrizione, allo Stato di diritto, imperante tra i più autorevoli commentatori dei codici ottocenteschi; ché anzi, oggi, almeno con riferimento alla prescrizione estintiva dei crediti retributivi, la valutazione tardo romana-giustiniana della prescrizione estintiva come *impium praesidium* troverebbe certamente più spazio rispetto a quella romano-classica di *finis sollecitudinis ac periculi litium* (Cicerone), o addirittura di *patrona generis humani* (Cassiodoro).

JACOPO ALBERTI

LE UDIENZE DIBATTIMENTALI NEI PREGIUDIZIALI ITALIANI, DA LISBONA A OGGI

1. *Introduzione*

Il presente contributo intende declinare il tema generale del bilanciamento tra efficienza decisionale e garanzie per le parti, a cui questo *Volume* è dedicato, guardando alla gestione della fase orale nei giudizi dinanzi ai giudici dell'Unione europea analizzando, in particolare, la fissazione di un'udienza dibattimentale nelle cause che la Corte di giustizia, e a breve anche il Tribunale dell'Unione europea¹, conosce in via pregiudiziale su rinvii di giudici italiani.

Le tensioni tra efficienza e garanzia che l'udienza dibattimentale è in grado di alimentare sono già ben note ed oggetto di ricerca in diversi ordinamenti e rispetto a distinte discipline processuali, come dimostrato da altri contributi di questo *Volume*; il rinvio pregiudiziale presso i giudici dell'Unione offre, però, una prospettiva piuttosto particolare per osservare questo fenomeno, per almeno tre ordini di ragioni.

In primo luogo, nell'ambito delle cause pregiudiziali queste tensioni risultano ulteriormente esacerbate dalla circostanza per cui, nella fase scritta, esse non conoscono alcuno scambio di memorie, ma un deposito contemporaneo delle medesime da parte di tutte le parti processuali, sì da rendere l'udienza l'unico momento in cui sia possibile replicare alle controparti. In secondo luogo, con la modifica del Regolamento di procedura della Corte

¹ Il regolamento di modifica dello Statuto della Corte di giustizia è già stato approvato in sede di quadrilogo ed in corso di pubblicazione sulla *GUUE*. Il testo consolidato è rinvenibile nella Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 27 febbraio 2024 sul progetto di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (P9_TA(2024)0086 e nel documento di lavoro del Consiglio del 6 marzo 2024, PE-CONS 85/23.

di giustizia (in seguito, “RPCG”) entrata in vigore il 1° novembre 2012, il pregiudiziale è diventato un processo «a oralità solo eventuale»², perché – salvo poche eccezioni – viene lasciata grande discrezionalità alla Corte di giustizia nel scegliere se organizzare un’udienza dibattimentale o meno; con la conseguenza, dunque, di rendere quantomai opportuna, soprattutto ora che il lasso di tempo intercorso lo permette, una valutazione della prassi applicativa della nuova disciplina e, dunque, del suo reale impatto sulle garanzie offerte alle parti. Infine, il rinvio pregiudiziale è, notoriamente, la «chiave di volta del sistema di tutela giurisdizionale dell’Unione europea»³; ovvero, lo strumento che da sempre permette l’effettività del diritto dell’Unione negli ordinamenti nazionali e all’interno del quale avviene l’incontro (e, talvolta, lo scontro) tra questi ultimi e quello “comunitario”⁴. Ciò, dunque, rende ancor più interessante valutare come certe scelte processuali, che *prima facie* parrebbero di arida politica giudiziaria, siano in realtà in grado di incidere sulla stessa autorevolezza del rinvio pregiudiziale come strumento giurisdizionale e, quindi, sulla sua capacità di risolvere o, comunque, gestire i conflitti tra ordinamenti.

La ricerca segue, a tal fine, una metodologia che aggiunge alle consuete analisi di tipo normativo, dottrinale e giurisprudenziale anche una dimensione più propriamente quantitativa, basata su un più ampio lavoro⁵ di catalogazione di tutti i rinvii pregiudiziali sollevati da giudici italiani secondo i seguenti criteri: *i*) il numero e le parti della causa; *ii*) la data di rinvio della causa in Corte di giustizia ad opera del giudice italiano e quella di adozione della sentenza/ordinanza da parte della Corte di giustizia e, di riflesso, la durata dell’incidente processuale; *iii*) l’organo rimettente; *iv*) le disposizioni nazionali e dell’Unione della cui interpretazione o validità è stata in-

²C. AMALFITANO, *Articolo 20 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell’Unione europea – Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, in particolare p. 98.

³Come noto, la Corte di giustizia conia quest’espressione nel parere 2/13, 18 dicembre 2014, *Adesione dell’UE alla CEDU*, ECLI:EU:C:2014:2454, in particolare punto 176; per la sua più recente citazione, si veda la sentenza del 21 dicembre 2023, causa C-718/21, *Krajowa Rada Sądowictwa*, ECLI:EU:C:2023:1015, punto 43.

⁴Il lettore perdonerà lo (sporadico) utilizzo che, nel presente contributo, si farà di questo aggettivo arcaico e, tecnicamente, ormai errato. Per ogni valutazione su questi profili, nonché sulla perdurante tensione a un suo (affettuoso) utilizzo, si veda M. CONDINANZI, *Da comunitario a unionale. La difficile ricerca di un aggettivo adatto*, in *Eurojus*, 10 aprile 2017.

⁵J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022: uno studio sulla prassi e sulle prospettive del dialogo tra giudici italiani e giudici dell’Unione*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2023, p. 135 ss.

terrogata la Corte; *v*) la presenza o meno delle conclusioni dell'Avvocato generale; *vi*) la Sezione della Corte di giustizia che ha deciso la causa e *vii*) la procedura con cui ciò è avvenuto; *viii*) la tipologia di atto con cui la Corte di giustizia si è pronunciata; *ix*) la presenza, o meno, di un intervento in giudizio del governo italiano o di quello di altri Stati membri.

Tutti questi criteri sono stati incrociati con il dato relativo alla sussistenza o meno di un'udienza dibattimentale, al fine di valutare, in concreto, il grado di *eventualità* che ha effettivamente raggiunto l'oralità nei processi pregiudiziali dinanzi ai giudici dell'Unione, nonché di comprendere più precisamente i confini di tale fenomeno, analizzandone le cause ed evidenziandone le conseguenze. Il periodo di tempo considerato nella presente ricerca concerne le cause introdotte tra l'entrata in vigore del trattato di Lisbona (1° dicembre 2009) e il 31 dicembre 2023 e concluse al 1° aprile 2024. Per i motivi sopra anticipati, e su cui ulteriormente si tornerà, attenzione particolare verrà dedicata alle cause sottoposte alla disciplina attualmente in vigore in materia di fissazione dell'udienza dibattimentale e, pertanto, a quelle introdotte a partire dal 1° novembre 2012⁶.

⁶La data di entrata in vigore del Regolamento di procedura meriterebbe un'analisi autonoma che, però, evidentemente esula dalle finalità della presente ricerca. Per quanto qui rilevante, si noti che il *database* di pregiudiziali italiani catalogati per analizzare la prassi relativa all'organizzazione di un'udienza dibattimentale è stato costruito prendendo tutti i pregiudiziali sollevati da giudici italiani a partire dal 1 novembre 2012, al fine di avere certamente delle cause sottoposte alla nuova disciplina processuale. Infatti, il Regolamento modificativo del Regolamento di procedura della Corte di giustizia (Regolamento del 25 settembre 2012, in *GUUE* L 265 del 29 settembre 2012), incredibilmente, circa la propria efficacia afferma laconicamente, al proprio Art. 210, che «entra in vigore il primo giorno del secondo mese successivo alla sua pubblicazione» (*ergo*, il 1 novembre 2012), lasciando dunque aperto l'interrogativo se il medesimo si dovesse applicare solo ai procedimenti introdotti a partire da quella data o anche, retroattivamente, ai procedimenti già pendenti. Curiosamente, anche la dottrina più qualificata che ha commentato l'entrata in vigore del nuovo RPCG non ha trattato questo punto (si veda M.-A. GAUDISSART, *La refonte du règlement de procédure de la Cour de justice*, in *Cabiers de droit européen*, 2012, p. 603 ss.; P. IANNUCELLI, *La réforme des règles de procédure de la Cour de justice*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 107 ss.; S. CRESPI, *Articolo 210 RPCG*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 974); e, parimenti, lo stesso rimane aperto anche guardando alla giurisprudenza della Corte, che si è espressa per l'applicabilità delle regole processuali secondo un principio del *tempus regit actum* per quanto concerne la definizione del termine di presentazione di un ricorso (si veda, *inter alia*, la sentenza non impugnata del Tribunale di primo grado, 28 gennaio 2004, cause riunite T-142/01 e T-283/01, *OPTUC c. Commissione*, ECLI:EU:T:2004:25, punti 41 e 42; ordinanza del Tribunale, 17 marzo 2021, causa T-160/20, *3M Belgium c. ECHA*, ECLI:EU:T:2021:149, punti 45 ss.) ma che non si è espressa – per lo meno, in atti pubblicati in Raccolta – sul principio da applicare non già agli atti introduttivi del ricorso, su istanza di parte, ma a quelli adottati dalla Corte stessa, nella gestione della procedura. Di fronte a tale quadro, non può non notarsi come l'unico contributo dottrinale (ma di Autore proveniente

La dimensione puramente italiana della ricerca evoca una prospettiva che può apparire, almeno *prima facie*, parziale. Essa, però, sarebbe una parzialità solo relativa: sia perché l'Italia è saldamente il secondo Paese per rinvii pregiudiziali, dietro solo alla Germania⁷ (con i pregiudiziali, è bene ricordarlo, che costituiscono il 63 % del carico di lavoro della Corte di giustizia)⁸; sia perché la limitazione geografica viene, almeno in parte, compensata da comparazioni mirate con taluni Stati membri, sui punti maggiormente rilevanti⁹. Inoltre, da altra prospettiva, una dimensione pura-

dalla Corte stessa: si veda A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, p. 596 ss.) relativo al numero di udienze dibattimentali organizzate dalla Corte dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina analizza, nel 2014, la prassi registratasi tra il 1 gennaio 2013 il 30 giugno 2014 che ha generato un *corpus* di circa 700 pronunce (ivi, p. 606). Da ciò consegue che, evidentemente, la Corte ha applicato la nuova disciplina relativa alla fase orale a partire dal 1 novembre 2012 anche a quei procedimenti che, in quel momento, risultavano già instaurati, perché sarebbe altrimenti impensabile che la Corte, nei primi mesi del 2013, stesse già organizzando udienze dibattimentali per rinvii pregiudiziali depositati presso la propria Cancelleria foss'anche il 1 novembre 2012. Certo, non è dato sapersi se l'applicazione della nuova disciplina sia avvenuta solo per quei rinvii per i quali le parti non avevano già presentato una richiesta di fissazione udienza o se, addirittura, ciò sia avvenuto anche per quelli per i quali siffatta istanza fosse già stata presentata (il primo scenario pare, di gran lunga, il più sicuro, nonché auspicabile, perché già l'applicazione retroattiva di un istituto processuale incide sulle garanzie delle parti che avevano iniziato una procedura, e depositato le relative memorie scritte, riportando un legittimo affidamento a che ci sarebbe stata un'udienza, perché così permettevano le norme in vigore al momento di instaurazione della causa; se, per giunta, si dovesse gestire un'istanza di parte non sulla base delle norme in vigore al momento della presentazione della stessa, ma di quelle sopraggiunte nelle more della procedura, la lesione per le garanzie delle parti sarebbe, oggettivamente, poco giustificabile). Pertanto, non potendo sapere la logica di applicazione della *refonte* del RPCG (né, anche sapendola, se e quando le parti delle cause oggetto di analisi nella presente ricerca avessero depositato la richiesta di fissazione udienza), per essere sicuri di avere un *corpus* di pronunce sicuramente sottoposto all'impero della nuova disciplina la presente ricerca ha deciso di catalogare le cause pregiudiziali sollevate dai giudici italiani a partire dal 1 novembre 2012.

⁷J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., p. 139.

⁸Si veda, in relazione al periodo 2019-2023, la *Relazione annuale 2023 – Statistiche giudiziarie della Corte di giustizia*, reperibile online all'indirizzo https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7032/it/, in particolare p. 6.

⁹Si noti che un'analogia ricerca capace di incrociare, con riguardo a tutti gli Stati membri, tutti i criteri evidenziati *supra*, nel corpo del testo, con la sussistenza o meno di un'udienza dibattimentale non è allo stato conducibile, mancando un *database* di riferimento come quello, al contrario, creato per la presente ricerca. I dati relativi a tali elementi sono, infatti, tutti pubblici e rinvenibili nei documenti pubblicati nella Raccolta della giurisprudenza curata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea; ma né il motore di ricerca di quest'ultima, né altri, catalogano le cause secondo tutti i criteri anzidetti e permettono di identificare risultati incrociando gli stessi.

mente italiana offre allo studio un più immediato respiro interdisciplinare, permettendo una comparazione sull'applicazione di un medesimo istituto processuale, il rinvio pregiudiziale, in diverse branche del diritto interno – elemento, quest'ultimo, che ogni lettore potrà scegliere se apprezzare o meno, ma che risulta certamente opportuno con la sede editoriale propria di questo *Volume* e con l'occasione convegnistica che lo stesso ha generato.

Dopo un breve inquadramento sulla disciplina della fase orale e, segnatamente, della fissazione di un'udienza di dibattimento nei rinvii pregiudiziali, soprattutto alla luce delle modifiche apportate con la riforma del RPCG nel 2012 (§ 2), il contributo passerà ad analizzare la prassi relativa agli ultimi 11 anni, focalizzandosi in particolare sulla situazione generata dalle norme attualmente in vigore (§ 3). Successivamente, la ricerca esaminerà la giurisprudenza più recente con riguardo alla fattispecie, estremamente rara e “ancillare” al cuore della presente ricerca, ovvero l'apertura e la riapertura della fase orale (§ 4), per poi chiudere con alcune riflessioni sull'impatto dell'attuale disciplina in materia di udienza dibattimentale nei rinvii pregiudiziali sui diritti delle parti e sull'efficienza generale del processo dinanzi ai giudici dell'Unione (§ 5).

2. *La fase orale nei rinvii pregiudiziali e, in particolare, la disciplina relativa all'udienza di dibattimento*

La disciplina della fase orale dinanzi ai giudici dell'Unione, con particolare ma di certo non esclusivo riguardo alle cause pregiudiziali, è oggetto di indagini dottrinali certamente non copiose – i temi di diritto processuale comunitario sono, notoriamente, appannaggio di una ristretta cerchia di studiosi¹⁰ – ma pienamente esaustive e ben radicate nei dibattiti dottrinali¹¹.

¹⁰ Come già notavano C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Prefazione*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018, «meno frequenti [...] sono gli studi dedicati specificatamente a tematiche di diritto processuale dell'Unione europea, inteso come descrizione e studio delle regole, e della loro prassi applicativa, che disciplinano lo svolgimento del processo dinanzi ai giudici dell'Unione, e regolano la dialettica delle parti tra di loro e con il giudice, quale che sia il rimedio invocato» (pp. vii-viii).

¹¹ Si veda, *ex multis* e oltre ai contributi citati nelle note successive, P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, pp. 239-268; R. BARENTS, *Remedies and Procedures before the EU Courts*, Alphen aan den Rijn, 2020, p. 1947 ss.; K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2023, p. 797 ss.; K.P.E. LASOK, *Lasok's European Court Practice and Procedure*, Londra, 2022, § 9.

In questa sede, tale disciplina verrà dunque ripresa solo limitatamente a quanto necessario per introdurre la presente ricerca.

La fase orale si compone, in linea di principio, di due momenti distinti: l'udienza di dibattimento, in cui avviene l'audizione, da parte della Corte, degli avvocati, dei rappresentanti, dei consulenti delle parti e, se del caso, di testimoni e periti; nonché la presentazione delle conclusioni dell'Avvocato generale, che sono sì un testo scritto ma che, a mente dell'art. 252 TFUE, vengono presentate pubblicamente – i primissimi anni lette integralmente in pubblica udienza, ora solamente nel loro dispositivo, solitamente prima dell'inizio dell'udienza dibattimentale di altra causa.

Poco vi è da dire su questo secondo elemento della fase orale, dal momento che il combinato disposto dell'art. 252 TFUE e dell'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (in seguito, "Statuto") stabiliscono chiaramente, ormai dal trattato di Nizza, che le conclusioni dell'Avvocato generale possono essere omesse, allorquando la causa non presenti nuove questioni di diritto. Occorre, beninteso, sempre sentire il parere di quest'ultimo, che dunque viene sempre e comunque nominato in ogni causa instaurata dinanzi alla Corte; ma è possibile omettere la presentazione delle sue conclusioni nei casi sopra indicati e nelle altre ipotesi espressamente previste dalle regole di procedura. È noto a tutti il valore di questi atti nel processo "comunitario" e per lo sviluppo del processo di integrazione europea¹²; ma la loro omissione, per quelle cause meno innovative, non può dirsi capace di incidere, sensibilmente, sui diritti delle parti. Un'analisi (anche) quantitativa sulla presentazione delle conclusioni degli Avvocati generali nei pregiudiziali italiani da Lisbona ad oggi, nonché sulla relazione tra tale eventualità e tutti gli altri *benchmark* di ricerca sopra evidenziati, è stata oggetto di pubblicazione in altra sede e, dunque, non verrà qui ripercorsa¹³.

Assai più delicata è invece la questione relativa al primo elemento della fase orale, ovvero l'udienza dibattimentale.

Infatti, dal 2012 in poi e, segnatamente, dal 1° novembre 2012, momento di entrata in vigore della *refonte* del RPCG, il processo dinanzi alla Cor-

¹² Si veda, *ex multis* e oltre ai contributi citati nelle note successive, E. SHARPSTON, *The Changing Role of the Advocate General*, in A. ARNULL, P. ECKHOUT, T. TRIDIMAS (a cura di), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford, 2008, p. 20 ss.; M. BORRACCETTI, *L'avvocato generale nella giurisdizione dell'Unione europea*, Napoli, 2011; L. CLEMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat general pres de la Cour de Justice*, Bruxelles, 2011.

¹³ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., pp. 156-159.

te di giustizia, sia nei ricorsi diretti che pregiudiziali, si connota – secondo una felice espressione già usata in dottrina¹⁴ – per essere *a oralità eventuale*. E non solo per la possibilità, appena accennata, di omissione delle conclusioni dell'Avvocato generale, ma anche e soprattutto per la possibilità della Corte di giustizia di non concedere (*lapsus*: organizzare) l'udienza dibattimentale.

L'art. 20 dello Statuto – ovvero la fonte di rango primario che detta i principi cardine del contenzioso “comunitario” – afferma che «*la procedura davanti alla Corte di giustizia comprende due fasi: l'una scritta, l'altra orale*»; e ammette la possibilità di omettere le conclusioni dell'Avvocato generale, ma non l'udienza. Eppure, l'art. 53, par. 1, RPCG aggiunge – con un cortocircuito tra norme di rango derivato e primario già evidenziato e criticato in dottrina¹⁵ – un inciso a questa frase, affermando che la procedura dinanzi alla Corte implica una fase scritta e una fase orale «... *salvo quanto disposto da norme specifiche dello Statuto o del presente regolamento*». E il successivo art. 76 RPCG dà attuazione a tale eccezione, prevedendo che i) le parti debbano presentare domanda motivata di udienza di discussione entro tre settimane dalla notifica della chiusura della fase scritta (par. 1); ma anche che ii) su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, la Corte possa decidere di non tenere l'udienza di discussione, qualora essa giudichi di essere sufficientemente edotta per statuire (par. 2).

Il testo dell'art. 76 RPCG potrebbe lasciare qualche margine interpretativo circa l'effettiva discrezionalità della CG nel negare udienza anche successivamente alla richiesta delle parti; tra il primo e il secondo paragrafo, infatti, non c'è alcun avverbio a specificare che il secondo costituisce una regola generale, a cui il primo non può derogare. Ma ogni dubbio è fugato dalle Istruzioni pratiche alle parti (atto adottato dalla Corte *ex art.* 208 RPCG, della cui natura è lecito discutere¹⁶, ma comunque pubblicato nella sezione L della Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, *ergo* capace di produrre effetti giuridici vincolanti), il cui punto 45, invece, introduce proprio quella locuzione avversativa che l'art. 76 RPCG lascia solamente intendere (forse perché, altrimenti, il contrasto con la norma dello St. sarebbe stato

¹⁴ C. AMALFITANO, *Articolo 20 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 98.

¹⁵ *Ivi*, p. 99.

¹⁶ Le Istruzioni pratiche alle parti sono pubblicate in GUUE L 42 del 14 febbraio 2020, p. 1. Per alcuni dubbi sulla loro natura, si veda C. AMALFITANO, *Articolo 20 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., in particolare p. 93, che lo definisce atto di *soft law*.

troppo palese?»), affermando che «un'udienza è organizzata dalla Corte ogni volta che essa possa contribuire a una migliore comprensione della causa e delle sue implicazioni, a prescindere dal fatto che una domanda in tal senso sia stata o meno formulata dalle parti o dagli interessati menzionati dall'articolo 23 dello Statuto».

Se si escludono i casi di fatti nuovi o l'emersione di argomenti non discussi dalle parti o dagli interessati al dialogo pregiudiziale (ovvero, quelle fattispecie la cui ricorrenza permette l'applicazione del diverso istituto processuale dell'apertura o della riapertura della fase orale, su cui si tornerà diffusamente in seguito)¹⁷, la parte è, dunque, chiamata a una *probatio diabolica* per dimostrare, a mente del punto 46 delle già citate Istruzioni pratiche alle parti, non la mera importanza della causa o delle questioni che la Corte deve risolvere, ma la sussistenza di elementi del fascicolo o dell'argomentazione che essa ritiene necessario sviluppare ulteriormente o confutare più ampiamente in sede di udienza, al fine di rendere pienamente edotta la Corte sul caso.

A ciò si aggiunga, peraltro, che la Corte di giustizia può statuire con ordinanza motivata «in qualsiasi momento, senza proseguire il procedimento», quando si ritiene manifestamente incompetente a conoscere di una causa o quando una domanda o un atto introduttivo è manifestamente irricevibile (art. 53, par. 2, RPCG), nonché quando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la medesima ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pregiudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio (art. 99 RPCG). Il che significa che, nell'occorrenza di queste ipotesi, la Corte può sempre omettere l'udienza (così come, teoricamente, la stessa fase scritta, posto che le norme affermano «in qualsiasi momento»), a prescindere, quindi, da ogni richiesta delle parti e di ogni valutazione sull'essere sufficientemente edotta¹⁸.

L'unica eccezione alla generale discrezionalità della Corte di giustizia nella gestione dell'udienza dibattimentale è data dalla peculiare previsione del par. 3 del già menzionato art. 76 RPCG, a mente del quale la Corte è tenuta a concedere udienza allorquando la richiesta provenga da una delle parti/dei soggetti abilitati ad intervenire che non ha partecipato alla fase scritta. Questa clausola, come evidenziato da chi all'epoca presiedeva il

¹⁷ Si veda *infra*, § 4.

¹⁸ Si veda, sul punto, anche M. COURNOT, *Articolo 76 RPCG*, in C. AMALFITANO, M. CONDI-NANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 546.

Comitato permanente per la stesura del Regolamento di procedura, costituì il compromesso tra la posizione della Corte, desiderosa di aumentare la propria discrezionalità nella gestione delle udienze di discussione, e «*the concerns of many Member States in particular, which wanted the discretion of the Court to be circumscribed*»¹⁹. Ma scalfendo la discrezionalità della Corte, essa ha permesso – come evidenziato per tempo in dottrina²⁰ – anche di eludere quell’oralità solo eventuale, perché se le parti con interessi comuni (si pensi al ricorrente nazionale, che lamenta ad esempio il mancato recepimento di una direttiva, e la Commissione europea; ma anche un interveniente *ad adiuvandum* del ricorrente o del convenuto nel processo nazionale; o, banalmente, la società controllata, parte del giudizio nazionale, e la *holding* europea che controlla la prima, parimenti intervenuta nel processo nazionale) si mettono d’accordo, possono far sì che una non presenti osservazioni scritte, così poi da richiedere l’udienza dibattimentale e avere la certezza di ottenerla – per tutti, perché a quel punto tutte le parti, anche quella che ha presentato memorie, potranno prendere parola.

La Corte di giustizia ha mostrato attenzione verso questo fenomeno, sin da prima della *refonte* del RPCG, specificando nella nota pronuncia nel caso *Football Association Premier League* che l’assunzione della qualifica di parte nel processo nazionale non può avvenire unicamente «*qu’aux fins de participer à la procédure devant la Cour*»²¹, dovendo essere innanzitutto mirata ad assumere un ruolo attivo nella prosecuzione dell’azione dinanzi al giudice nazionale. Eppure, tale principio – peraltro non unanimemente accettato in dottrina²² – è rimasto piuttosto isolato nella giurisprudenza della Corte, che l’ha confermato successivamente in *Orizzonte Salute*²³ (ma in

¹⁹ A. ROSAS, *Oral Hearings before the European Court of Justice*, cit., in particolare pp. 600-601.

²⁰ M. CONDINANZI, *Le nouveau cadre réglementaire de la Cour de justice de l’Union européenne. Un moyen suffisant pour répondre aux défis? Des défis suffisamment importants pour justifier une réponse?*, in *Scritti in onore di G. Tesaurò*, tomo II, Napoli, 2014, in particolare p. 954 ss.

²¹ Corte di giustizia, ordinanza 16 dicembre 2009, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League*, ECLI:EU:C:2009:789, punto 9 (non tradotta in italiano).

²² Si veda M. CONDINANZI, *Articolo 97 RPCG*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell’Unione europea*, cit., in particolare pp. 615-617, posizione poi ulteriormente (e recentemente) sviluppata in M. CONDINANZI, *La partecipazione al pregiudiziale: tertium non datur*, in *Rivista del contenzioso europeo | Revue du contentieux européen | Review of European Litigation*, fasc. 1, 2023, p. 1, in particolare p. 9.

²³ Corte di giustizia, 6 ottobre 2015, causa C-61/14, *Orizzonte Salute*, ECLI:EU:C:2015:655, punto 35.

linea di principio, senza poi concretamente impedire la partecipazione di nuovi soggetti alla causa pregiudiziale) e poi parzialmente superato in *Western Sahara Campaign UK*²⁴, probabilmente anche perché l'art. 97 RPCG, come novellato con la già citata *refonte* entrata in vigore nel 2012, ha chiaramente sancito che la nozione di “parte” nel giudizio pregiudiziale dipende dalla qualificazione data ad essa dall'ordinamento processuale nazionale²⁵.

Il risultato netto, dunque, è che le rigide maglie per la concessione di un'udienza dibattimentale nei rinvii pregiudiziali possono essere forzate tramite questa prassi, oggettivamente poco ortodossa, il cui ammontare quantitativo è pressoché impossibile da ricostruire e che, certamente, dimostra l'esistenza di una tensione tra le esigenze del sistema giudiziario e quelle delle parti.

Peraltro, nei procedimenti pregiudiziali che, nell'immediato futuro, verranno celebrati dinanzi al Tribunale, in forza dell'ultima modifica allo Statuto che a brevissimo verrà pubblicata in *GUUE* (divenendo operativa, con ogni probabilità, dal 1° ottobre 2024)²⁶, tutte le regole sin qui analizzate troveranno analoga applicazione, dal momento che il nuovo art. 213 del Regolamento di procedura del Tribunale (in seguito, “RP Trib”) risulterà – da quanto emerge all'attuale stato dei negoziati²⁷ – del tutto identico

²⁴ Corte di giustizia, 27 febbraio 2018, causa C-266/16, *Western Sahara Campaign UK c. HM Revenue and Customs*, ECLI:EU:C:2018:118. Circa il rapporto – di difficile ricostruzione – tra questa pronuncia e *Football Association Premier League*, v. J. KROMMENDIJK, K. VAN DER PAS, *To intervene or not to intervene: intervention before the court of justice of the european union in environmental and migration law*, in *The International Journal of Human Rights*, 2022, p. 1394 ss., in particolare pp. 1398-1399.

²⁵ M. CONDINANZI, *Articolo 97 RPCG*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., in particolare p. 615.

²⁶ Sul trasferimento dei pregiudiziali al Tribunale, si veda, *ex multis*, C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in J. ALBERTI, G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*, 2023, Pisa, p. 27; M. BOBEK, *Preliminary rulings before the General Court: what judicial architecture for the European Union?*, in *Common Market Law Review*, 2023, p. 1515; D. SARMIENTO, *On the road to a Constitutional Court of the European Union: the Court of Justice after the transfer of the preliminary reference jurisdiction to the General Court*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2023, p. V; J. ALBERTI, *Il trasferimento del rinvio pregiudiziale al Tribunale, all'alba della sua entrata in vigore*, in *Quaderni AISDUE – Rivista quadrimestrale*, Fascicolo speciale n. 1/2024 per gli Atti del V Convegno nazionale AISDUE, 2024, p. 1.

²⁷ I progetti di motivi dei Regolamenti di procedura della Corte di giustizia e del Tribunale (che, beninteso, costituiscono formalmente solo gli atti iniziali della procedura, ma che è ragionevole ipotizzare che non cambieranno sensibilmente nel corso dei negoziati), sono rinvenibili rispettivamente come documento di lavoro del Consiglio del 1° marzo 2024 n. 7225/24 (Corte) e 7226/24 (Tribunale).

all'art. 76 RPCG. E se ciò potrebbe non stupire lo studioso meno attento al processo dell'Unione (un grado di coerenza tra Corte e Tribunale nella gestione del medesimo istituto processuale è, d'altronde, del tutto comprensibile e opportuno), è però degno di nota sottolineare come il Tribunale ben avrebbe potuto farsi portatore di un minimo grado di innovazione e diversità, per lo meno nella gestione della fase orale: da un lato, perché le cause che gestirà saranno quelle nelle materie più specializzate²⁸, che dunque più potrebbero necessitare di una maggiore attenzione al contraddittorio, per far emergere aspetti fattuali o tecnici; dall'altro, perché l'attuale art. 106 RPTrib, che d'altronde non pare subirà modifiche nel processo di riforma ora pendente, per i ricorsi diretti lascia al Tribunale una discrezionalità assai minore nella concessione dell'udienza dibattimentale²⁹. E se è vero che ricorsi diretti e indiretti costituiscono strumenti ben distinti di tutela giurisdizionale, è parimenti vero che le tradizioni di organo giudiziario hanno un peso importante; e se un giudice è abituato a una certa gestione delle udienze dibattimentali (e continuerà ad esserlo: le sezioni che conosceranno le cause pregiudiziali continueranno a decidere anche i ricorsi diretti)³⁰, ben si sarebbe potuto mantenere quella medesima impostazione.

Sia come sia, da tutto ciò emerge chiaramente l'*oralità solo eventuale*

²⁸ È giocoforza sottolineare, ancorché solo in nota poiché il tema esula dalle finalità della presente ricerca, che la più recente modifica allo Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea ha, in realtà, previsto un sistema per cui il Tribunale sarà il giudice dei rinvii pregiudiziali nelle cause meno importanti e con una giurisprudenza molto consolidata e di facile applicazione (si veda, in proposito, i commenti riportati nella nota 26). Però ciò è una precisa scelta politica, peraltro non del tutto in linea con la lettera dei trattati, che prevede al contrario che il Tribunale sia un giudice *specializzato* nell'alveo dei rinvii pregiudiziali, potendoli conoscere «in materie specifiche previste dallo Statuto», come affermato all'art. 256 TFUE. E, d'altronde, proprio questa natura specializzata del futuro Tribunale è stata quella fortemente rivendicata dal Presidente della Corte di giustizia nell'audizione dinanzi al Parlamento europeo, durante i negoziati (si veda, sul punto J. ALBERTI, *Il trasferimento del rinvio pregiudiziale al Tribunale, all'alba della sua entrata in vigore*, cit., p. 15). Ma se, dunque, il Tribunale dovrebbe porsi nei giudizi pregiudiziali come un giudice specializzato, ancorché probabilmente in un prossimo futuro, allora ben ci si potrebbe chiedere come mai questo giudice non possa sperimentare regole processuali diverse da quelle proprie del giudice generalista, come una minor discrezionalità nella concessione dell'udienza dibattimentale; e ciò tanto più se le materie si connotano (*rectius*, connoteranno, forse, in futuro) con una rilevanza tecnico-scientifica e se una siffatta modalità di gestione delle udienze appartiene già alla tradizione di quell'organo.

²⁹ P. ZIOTTI, *Articolo 106 RPTrib*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 1216.

³⁰ Si veda il progetto di motivi, citato *supra* alla nota 27, p. 11. Per un commento a tale scelta, sia consentito rimandare a J. ALBERTI, *Il trasferimento del rinvio pregiudiziale al Tribunale, all'alba della sua entrata in vigore*, cit., p. 13.

accennata sin dall'introduzione: perché ormai il procedimento pregiudiziale, con buona pace di quanto sancito nello Statuto, può anche essere del tutto privo di una fase orale.

E da qui anche lo scontro tra le ragioni dell'efficienza e quelle della garanzia, care a questo *Volume* e al convegno da cui il medesimo prende le mosse, con le prime che evidenziano i costi, tanto in termini di durata del processo, quanto economici (perché la fase orale dinanzi alla Corte necessita di interpreti simultanei!) ³¹ soprattutto dell'udienza dibattimentale; e le seconde che sottolineano che in un processo quale quello pregiudiziale, connotato da un unico e contestuale scambio di osservazioni scritte, con un unico termine uguale per tutti, senza possibilità di replica, l'udienza dibattimentale è l'unico momento per replicare a quanto statuito sia da controparte, sia dai soggetti istituzionali che intervengono nel procedimento (ovvero la Commissione, che interviene sempre; il governo nazionale o di altri Stati membri, meno frequenti ma parimenti regolari ³²; un domani, grazie alla modifica dello Statuto che fra poco entrerà in vigore, anche il Parlamento europeo) ³³.

Le ragioni dell'efficienza fanno valere anche l'argomento per cui il pregiudiziale non è uno strumento contenzioso, ma di dialogo tra giudice a giudice; in cui dunque la dimensione del contraddittorio può e deve declinarsi anche nel senso della pura fornitura al giudice sovranazionale delle informazioni necessarie per l'inquadramento giuridico e fattuale del caso, prescindendo dalla replica a controparte. Eppure, l'argomento appare ormai un po' *naïf*, stante l'assoluta centralità che il pregiudiziale ha acquisito, soprattutto negli ultimi anni, erodendo funzioni storicamente attribuite ai ricorsi diretti (si pensi – e il tema è particolarmente caro agli studiosi di diritto bancario e finanziario – la discutibile possibilità di contestare la validità di un atto di *soft law* europeo tramite rinvio pregiudiziale e non tramite azione diretta di annullamento) ³⁴ e alla procedura di infrazione, che or-

³¹ Sull'impatto del linguaggio e della traduzione sul processo dinanzi alla Corte di giustizia, si veda, *ex multis*, E. PAUNIO, *Legal Certainty in Multilingual EU Law – Language, Discourse and Reasoning at the European Court of Justice*, Londra, 2013.

³² J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., pp. 161-166.

³³ Si veda il nuovo art. 23 St., come verrà modificato con la riforma a breve pubblicata in GUUE, cit., *supra* nota 1.

³⁴ Corte di giustizia, 15 luglio 2021, causa C-911/19, *FBF*, ECLI:EU:C:2021:599. Per un commento su tali profili, sia consentito rinviare a J. ALBERTI, *Un atto non vincolante può essere dichiarato invalido? Le Guidelines di EBA dinanzi alla Corte di giustizia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2022, p. 425.

mai è oggettivamente secondaria nel garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione³⁵ – funzione esercitata dal rinvio pregiudiziale, che permette poi di attivare primato, effetto diretto, disapplicazione, interpretazione conforme.

Ma se questo è il quadro, è evidente che pensare che la dimensione contenziosa possa racchiudersi unicamente dinanzi ai giudici nazionali, con l'incidente pregiudiziale che può rimanere lontano da logiche contraddittorie, benché sia sovente il luogo che definisce le sorti della controversia, pare parzialmente anacronistico³⁶.

3. *L'udienza dibattimentale nei pregiudiziali italiani, dall'entrata in vigore della refonte del RPCG ad oggi*

Un'analisi della prassi applicativa della nuova disciplina dell'udienza dibattimentale nei rinvii pregiudiziali è, dunque, quantomai opportuna per portare una nuova linfa ai dibattiti dottrinali e, in definitiva, per individuare compiutamente come affronta la Corte di giustizia il tema al cuore del presente *Volume*, ovvero il bilanciamento tra efficienza decisionale e garanzie per le parti; perché esso tenderà verso una dimensione maggiormente efficientista o garantista a seconda di come, in concreto, la Corte declini il “considerarsi sufficientemente edotta per statuire”.

I dati ufficiali, in tal senso, non sono molto ricchi; parimenti scarni sono i contributi dottrinali con questo taglio³⁷. La catalogazione dei pregiudiziali italiani – che, come si ricorderà, copre i rinvii introdotti³⁸ dal 1° novem-

³⁵ Nella vastità della bibliografia sul punto, si veda, di recentissima pubblicazione, C. BURELLI, *La discrezionalità della Commissione europea nelle procedure di infrazione*, Torino, 2024.

³⁶ Si veda, *ex multis*, M. BROBERG, *Preliminary References as a Means for Enforcing EU Law*, in A. JAKAB, D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, 2017, Oxford, p. 99.

³⁷ Si veda, a titolo di eccezione, A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., pp. 606-607, i cui dati vengono poi ripresi in C. AMALFITANO, *Articolo 20 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 100 e O. TAMBOU, *Les audiences de plaidoiries à la Cour de Justice de l'Union européenne*, in *Blogdroiteuropéen*, 16 gennaio 2019, rinvenibile online all'indirizzo <https://blogdroiteuropeen.com/2019/01/16/les-audiences-de-plaidoiries-a-la-cour-par-olivier-tambou/>.

³⁸ Si noti che, con il termine “introdotti”, si intende la data in cui il giudice nazionale ha deciso di sollevare il rinvio, sospendendo il giudizio dinanzi a sé pendente; non quella – sovente distante di, massimo, una o due settimane – in cui l'ordinanza di rinvio viene depositata presso la Cancelleria della Corte di giustizia.

bre 2012 al 31 dicembre 2023, decisi entro il 1° aprile 2024 – permette, invece, di ricostruire la prassi seguente.

3.1. *Quanto è “eventuale” l’oralità nei pregiudiziali italiani? Numeri, percentuali e comparazioni con altri Stati membri*

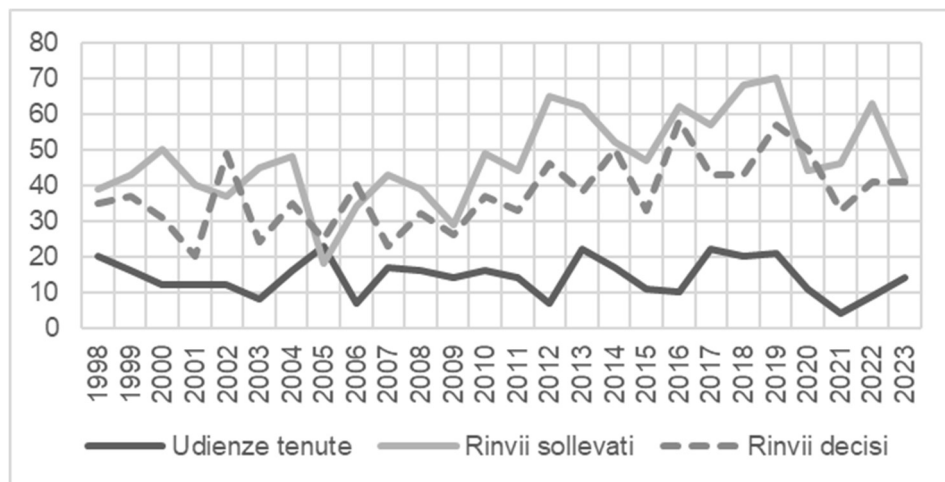
Da un punto di vista prettamente quantitativo, il quadro si dipana come segue:

Gli scenari della fase orale	Numero assoluto di cause	Percentuale
Completa (udienza dibattimentale e conclusioni AG)	116	26%
Solo udienza dibattimentale	21	5%
Solo conclusioni AG	47	10%
Totalmente assente (solo fase scritta)	264	59%
<i>Totale complessivo</i> (NB: tutti i dati sono al netto delle riunioni delle cause)	448	100%

Il dato non può che destare qualche stupore: sia perché oggettivamente rimanda a un’oralità veramente ormai fortemente eventuale, per lo meno nei pregiudiziali italiani; sia perché molto distante da quello – beninteso relativo a un diverso campione d’indagine, quindi non direttamente comparabile³⁹ – riportato nei dibattiti dottrinali sin qui intercorsi⁴⁰.

³⁹ Nel 2014, A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., in particolare p. 606, riportava che, nei primi mesi di applicazione della riforma del RPCG e, segnatamente, dal 1 gennaio 2013 al 30 giugno 2014, a fronte di circa 600 sentenze adottate dalla Corte di giustizia, erano state organizzate circa 350 udienze; con un’incidenza di queste ultime che, dunque, raggiungeva circa il 60% dei casi. Ciò aveva, comprensibilmente, portato la dottrina a salutare con favore il fatto che «la prassi ad oggi sviluppatasi pare comunque confermare l’auspicato uso prudente» della discrezionalità riconosciuta alla Corte di giustizia con la modifica del RPCG (C. AMALFITANO, *Articolo 20 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell’Unione europea*, cit., p. 100). Per quanto concerne la diversità dei campioni a base d’indagine, si noti che lo studio di Rosas copriva un lasso temporale (1 gennaio 2013-30 giugno 2014) diverso da quello della presente ricerca (1 novembre 2012-31 dicembre 2023); inoltre, quella prima indagine empirica dichiaratamente non ricomprendeva le cause decise con ordinanza, anche motivata, che venivano quindi espunte dal totale delle cause decise – approccio in parte condivisibile, in parte meno, ma su cui si tornerà *infra* § 3.2; infine, il

Inoltre, una prospettiva diacronica evidenzia il consolidamento di un approccio più restrittivo, da parte della Corte, nella concessione dell'udienza dibattimentale nei rinvii pregiudiziali italiani, in particolare in seguito all'entrata in vigore della modifica al RPCG.



Nel suo dipanarsi nel tempo, infatti, il dato relativo al numero assoluto di udienze risulta abbastanza coerente, rimanendo sempre tra le 10 e le 20 unità: precisamente, una media di 14 udienze all'anno, tra il 1998 e il 2012; 15 udienze all'anno, tra il 2013 il 2023. Tuttavia, gli anni successivi all'entrata in vigore della riforma del RPCG hanno visto, a fronte di un numero di udienze sostanzialmente immutato, un aumento sia dei rinvii depositati presso la Cancelleria della Corte stessa (che sono passati da una media di 42 rinvii l'anno nel periodo 1998-2012 a una media di 56 rinvii tra il 2013 e il 2023), sia dei rinvii decisi dalla Corte (da una media di 33 pronunce all'anno *pre-refonte*, a 44 pronunce all'anno *post-refonte*): con il risultato netto, dunque, di una diminuzione percentuale delle udienze organizzate

dato del 60% di cause decise con udienza dibattimentale era riferito a tutte le possibili tipologie di contenzioso sollevabili dinanzi alla Corte di giustizia: e, quindi, non solo i rinvii pregiudiziali ma anche, e soprattutto, i ricorsi diretti che, notoriamente e per stessa ammissione dell'Autore (A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., pp. 604-605), sono di natura più contraddittoria ed in cui, quindi, la Corte tende comprensibilmente a concedere più udienze.

⁴⁰ Si vedano C. AMALFITANO, *Articolo 20 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 100 e O. TAMBOU, *Les audiences de plaidoiries à la Cour de Justice de l'Union européenne*, cit., che riprendono entrambi i dati forniti nel contributo di A. ROSAS citato alla nota precedente.

nei pregiudiziali italiani, a tutta dimostrazione dello sfruttamento, da parte della Corte, della maggior discrezionalità concessagli dal nuovo RPCG.

Questa tendenza viene confermata anche ampliando lo sguardo e abbandonando i soli pregiudiziali italiani. Come anticipato, la Corte non fornisce analisi di dettaglio circa il numero di udienze; tuttavia, dal 2015 (pur troppo, non da prima della *refonte*) essa fornisce nella propria relazione annuale sulle statistiche giudiziarie il dato relativo al numero di udienze dibattimentali convocate e organizzate. Da ciò si evince che dal 2015 al 2023 si sono tenute 1984 udienze di discussione, a fronte di 7518 cause definite, pari dunque al 26,4% delle volte⁴¹. Il dato è generale e concerne, dunque, qualsiasi Stato membro e qualsiasi tipologia di ricorso; in ogni caso, risulta certamente in coerenza con quanto rinvenuto nella prassi italiana.

Tuttavia, un'analisi comparata con quanto avviene nei rinvii pregiudiziali sollevati da altri Stati membri rimette il dato italiano su un piano non pienamente coerente. Prendendo come campione quegli Stati membri che, come l'Italia, si trovano storicamente nelle prime posizioni per numero di rinvii annui⁴², emerge quanto segue⁴³:

Udienza / SM	UK	Paesi bassi	Francia	Belgio	Germania	Italia	Spagna
Sì	85	152	107	110	298	137	101
<i>Sì (percentuale)</i>	65%	56%	47%	39%	32%	31%	30%
No	46	118	123	169	632	311	239
<i>No (percentuale)</i>	35%	44%	53%	61%	68%	69%	70%
Totale	131	270	230	279	930	448	340

⁴¹ Si veda, per il periodo 2015-2018, la Relazione annuale sull'attività giudiziaria 2018, pp. 152 (numero udienze) e 125 (cause definite); per il periodo 2019-2023, le Statistiche giudiziarie 2023, pp. 37 (numero udienze) e 5 (cause definite). *Ca va sans dire*, poi, che nell'assenza di informazioni da parte della Corte, anche il dato relativo alle cause definite non è poi totalmente indicativo, perché talune cause potrebbero essere state riunite, anche solo per la fase orale o per la sola udienza di discussione e, quindi, aver legittimamente avuto un'unica udienza, "inquinando" il dato percentuale – benché, si badi bene, i casi di cui sopra sono così poco frequenti da non poter incidere significativamente sul punto.

⁴² Per le statistiche sul numero di pregiudiziali di ogni Paese membro, si vedano le *Statistiche giudiziarie*, 2023, pp. 31 e 32.

⁴³ In assenza di dati ufficiali, la ricerca è stata compiuta sul *database* ufficiale della Corte di giustizia, tenendo i medesimi criteri di ricerca utilizzati per l'analisi dei pregiudiziali italiani, e quindi catalogando i pregiudiziali introdotti dal 1 novembre 2012 al 31 dicembre 2023 che risultavano decisi, con sentenza o con ordinanza, al 1 aprile 2024.

Poco vi è da dire sul 65% di cause decise con ordinanza su rinvio di giudici britannici. Il dato è certamente sorprendente, ma non può stupire gli studiosi più attenti: sia per la nota attenzione della Corte all'oralità a cui è da sempre improntato il processo anglosassone (non a caso, ai *barristers* britannici venivano sovente accolte le richieste di ampliamento dei tempi di intervento); sia perché i giudici britannici avevano sollevato pochi rinvii dall'apertura della saga *Brexit* in poi (non sollevandone proprio più dal 2021)⁴⁴ e, quindi, il loro dato è più fortemente influenzato da una prassi consolidatasi in un momento più vicino all'entrata in vigore della nuova disciplina, in cui la Corte applicava la medesima con maggior moderazione.

Viceversa, piuttosto distonico con la media generale della Corte (come si ricorderà, pari al 26,4%) e con quella italiana (31%) è il dato relativo alle udienze concesse dalla Corte nei pregiudiziali sollevati da giudici olandesi, francesi e belgi, posto che, in tali casi, l'incidenza delle udienze si pone, rispettivamente, al 56%, al 47% e al 39% (con Germania e Spagna, invece, in linea con la media italiana). Si tornerà sul tema, proponendo una possibile spiegazione, più avanti nel testo.

3.2. Udienze dibattimentali e atto conclusivo della causa

Per quanto concerne la relazione tra udienza dibattimentale ed atto conclusivo del procedimento, la prassi italiana oggetto della presente ricerca riporta il quadro seguente.

Tipologia di atto conclusivo / Udienza	Sì	No
<i>Ordinanze</i>		
“CILFIT” (Ordinanza <i>ex art.</i> 99 RPCG)	0	75
Scarsa chiarezza del quesito (Ordinanza <i>ex art.</i> 53, par. 2, e art. 94 RPCG)	0	28
Incompetenza generica (Ordinanza <i>ex art.</i> 53, par. 2, RPCG)	0	24
Ritiro “indotto” (Ordinanza <i>ex art.</i> 100 RPCG cancellazione a seguito dell'invio di una sentenza)	0	23

⁴⁴ *Statistiche giudiziarie*, cit., p. 32; il dato relativo all'assenza di rinvii dal 2021, d'altronde, rispecchia la fine del periodo di transizione (notoriamente fissato al 31 dicembre 2020) in cui ancora i giudici britannici avevano tale possibilità, ai sensi dell'art. 158 dell'Accordo di recesso (in *GUUE* C 384I del 12 novembre 2019, p. 1). Si noti che, tutt'oggi, potrebbero giungere richieste di rinvio da parte del tribunale arbitrale competente a risolvere le controversie sull'applicazione dell'Accordo di recesso, a mente dell'art. 174 del medesimo; ma il giudice del rinvio non sarebbe britannico essendo, appunto, un tribunale arbitrale formato anche da membri nominati dal Regno Unito.

Tipologia di atto conclusivo / Udienza	Sì	No
Ritiro spontaneo (Ordinanza <i>ex art.</i> 100 RPCG cancellazione su richiesta del giudice a quo)	1	11
Irricevibilità “varia” ⁴⁵	0	2
<i>Totale ordinanze</i>	<i>1</i>	<i>163</i>
<i>Sentenze</i>		
Sentenza di inammissibilità	1	6
Sentenza di merito (di validità)	3	1
Sentenza di merito (di interpretazione)	130	139
Sentenza di merito (sia di interpretazione che di validità)	2	2
<i>Totale sentenze</i>	<i>136</i>	<i>148</i>
<i>Totale generale</i>	<i>137</i>	<i>311</i>

L’analisi della relazione tra la sussistenza di un’udienza dibattimentale e la tipologia di atto conclusivo del procedimento potrebbe sembrare, *prima facie*, poco rilevante.

Non a caso, le precedenti analisi della prassi tenuta dalla Corte muovevano anzi dal presupposto di escludere del tutto le cause decise con ordinanza, anche motivata, dal momento che «*with some smaller exceptions, [they] never involve the organization of an oral hearing*»⁴⁶.

E sotto diversi punti di vista tale approccio è certamente comprensibile e, in parte, anche condivisibile: l’ordinanza è sempre indicativa di una questione di diritto poco rilevante, già discussa, oppure ancora di un’incompe-

⁴⁵ Fatta la dovuta premessa per cui le categorie di cui alla tabella nel corpo del testo rispecchiano la necessità di illustrare e, quindi, semplificare la pluralità di diverse ordinanze che adotta la Corte di giustizia (riconducibili alle basi giuridiche ivi riportate ma, talvolta, fondate anche sulla somma di due distinte di esse; e quindi, per non andare a detrimento della semplicità espositiva, in tali limitati casi queste ordinanze “ibride” sono state catalogate sotto la base giuridica principale, fatta salva la categoria, tipica, della scarsa chiarezza del quesito, affrontata dalla Corte con il combinato disposto dell’art. 53, par. 2, e dell’art. 94 RPCG), con “inammissibilità varie” devono intendersi due ordinanze, adottate nelle cause C-524/16 e C-161/21. La prima, che non cita alcuna base giuridica, ha portato ad un’inammissibilità per sopravvenuto carattere teorico delle questioni; la seconda, che pure avrebbe come base giuridica quella nota, generica, data dall’art. 53, par. 2, RPCG, in realtà motiva l’inammissibilità sulla base del ben più peculiare argomento dell’insussistenza dei requisiti di “organo giurisdizionale” ai sensi dell’art. 267 TFUE, sufficienti ad attribuirle una categoria autonoma.

⁴⁶ A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., p. 606.

tenza della Corte o di una generale inammissibilità del rinvio. Certo, esso non riuscirebbe a spiegare del tutto la discrasia tra i primi dati osservati in dottrina circa l'applicazione del nuovo RPCG all'udienza dibattimentale, perché – almeno osservando il tema dal microcosmo italiano – se anche si decidesse di non considerare le ordinanze, le cause decise con udienza sarebbero circa il 48%: un dato che rimarrebbe ben lontano dal 60% osservato dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del nuovo RPCG e che, pur con i *caveat* anzidetti sulla diversità del campione alla base della ricerca⁴⁷, comunque dimostrerebbe un inasprimento importante nella concessione di udienze dibattimentali da parte della Corte.

Ma, soprattutto, pare interessante interrogarsi sull'argomento *a contrario*: quanti di quei casi – magari relativi a un'inammissibilità del rinvio, o a un'(asserita?) incompetenza della Corte di giustizia o semplicemente a casi che, ad avviso della Corte, rientrerebbero in una giurisprudenza consolidata – sarebbero potuti terminare diversamente se le parti avessero potuto sviluppare meglio i propri argomenti in udienza? Benché sia evidente che il deposito di memorie scritte (ed, eventualmente, la richiesta di chiarimenti alle parti) già permetta alla Corte di rendersi edotta della questione, e quindi di inquadrare come innovativa o ripetitiva una causa, o come rientrante od esorbitante le competenze della Corte di giustizia, è parimenti vero che l'impossibilità di replicare alle memorie di controparte potrebbe anche creare una situazione da “profezia autoavverantesi”, ovvero un contesto che inevitabilmente porta la Corte a ritenere inutile un'udienza e, quindi, decidibile tramite ordinanza una causa, che invece, a seguito di un ulteriore ascolto delle parti, avrebbe potuto meritare una diversa sorte.

Questa ricerca, evidentemente, non può esprimersi dettagliatamente sulla circostanza che una tale dinamica si sia effettivamente innescata in tutte le 448 cause prese in considerazione; ma conferma su base quantitativa l'assoluta coerenza, fatta salva un'unica e irrilevante eccezione⁴⁸, tra l'assenza di udienza dibattimentale e la decisione della causa tramite ordinanza.

⁴⁷ V. *supra*, nota 39.

⁴⁸ Si tratta dell'ordinanza del 9 settembre 2021, causa C-705/19, *Axpo Trading Ag contro Gestore dei Servizi Energetici SpA – GSE*, ECLI:EU:C:2021:755, che però altro non fa se non confermare la regola, perché si tratta di un'ordinanza adottata solo perché lo stesso giudice del rinvio (il Consiglio di Stato) aveva ritirato il proprio quesito pregiudiziale, dopo l'avvenuta udienza dibattimentale dinanzi alla Corte di giustizia, semplicemente perché l'appellante aveva rinunciato al gravame e l'appellante aveva aderito a tale richiesta, con il risultato che il Consiglio di Stato ha dovuto prendere atto della rinuncia, dichiarare estinto il giudizio e, contestualmente, comunicare alla Corte di giustizia il ritiro del proprio quesito (si veda la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 luglio 2021, n. 5389, R.G. 2512/2018).

L'analisi in dettaglio delle categorie in cui queste ordinanze sono state suddivise, nonché il loro significato sulla relazione tra giudici italiani e Corte di giustizia, è già stata compiuta in altra sede e ad essa si rimanda⁴⁹. Ai fini che ora ci occupano, due elementi, però, meritano di essere richiamati. Da un lato, le cause decise con ordinanza costituiscono circa il 37% dei pregiudiziali italiani introdotti dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona al 31 dicembre 2023: un quantitativo, dunque, non indifferente, che merita l'attenzione di chiunque voglia analizzare lo stato di salute del dialogo tra giudici italiani e Corte di giustizia. Dall'altro, dalle analisi già condotte⁵⁰ emerge come, tendenzialmente, circa il 91% di queste ordinanze può effettivamente ritenersi indicativo di un dialogo... di scarso respiro (vuoi perché il quesito era effettivamente incomprensibile e, magari, lo stesso rinvio rispondeva a logiche dilatorie del processo nazionale; vuoi perché effettivamente il punto di diritto esulava dalla competenza della Corte di giustizia o poteva già essere risolto sulla base della giurisprudenza esistente); ma che, parallelamente, circa il 9% delle medesime presenta elementi come la decisione tramite collegio a cinque giudici, l'intervento del governo italiano o di altri Stati membri, la presentazione di conclusioni da parte dell'Avvocato generale che, dunque, sono indicativi di una questione non propriamente di basso profilo – ma a cui, ciò nonostante, non è mai stata concessa udienza.

Ma se, quindi, negli ultimi 11 anni nemmeno una delle cause appartenente a quel 9% di dialogo deciso con ordinanza, ma connotato da indicatori che ne lasciano trapelare una qual certa rilevanza, ha visto l'organizzazione di un'udienza dibattimentale, pare lecito sollevare un tema circa il rapporto causa-effetto tra l'assenza di udienza e la decisione della causa tramite ordinanza; ovvero, in altri termini, evidenziare che i sintomi di un'inversione del medesimo (la Corte decide con ordinanza *perché* non fissa udienza, e non già viceversa) siano ormai già ben emersi e bisognosi di un intervento.

Pertanto, si potrebbe pensare che lo scarso numero di udienze dibattimentali sia bilanciato da un più marcato uso degli altri mezzi di cui la Corte dispone, in forza degli artt. 61 e 62 RPCG, per raccogliere le informazioni che essa considera necessarie o per sentire le parti su determinati argomenti – ovvero, la richiesta di rispondere per iscritto a taluni quesiti o di fornire informazioni fattuali, documenti o qualsiasi altro elemento che la

⁴⁹ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., pp. 166-173.

⁵⁰ *Ibidem*.

Corte in quanto tale, il giudice relatore o l'Avvocato generale ritengono rilevanti. Non a caso, nell'analisi empirica già citata in precedenza, si ammoniva a leggere la percentuale delle udienze organizzata dalla Corte tenendo conto anche di questi fattori e osservando che «*nowadays, it is the rule rather than the exception that some measures of organization of procedure are addressed to the parties or interested persons in advance*»⁵¹. Ed invece, la prassi italiana fornisce – almeno stando ai dati disponibili pubblicamente – dati diametralmente opposti. Infatti, tali strumenti sono stati utilizzati, con riguardo al *corpus* di pronunce oggetto del presente studio, unicamente in un singolo caso⁵², in cui l'udienza di discussione era stata annullata a seguito dei rischi connessi alla pandemia da coronavirus; e le voci provenienti dal mondo forense sembrano confermare la ritrosia della Corte di avvalersi di tali strumenti⁵³.

Un'ultima riflessione va dedicata ai rinvii pregiudiziali di validità, per i quali da più parti, in dottrina, si era evocata la necessità di concedere sempre udienza⁵⁴, data la loro natura intrinsecamente contraddittoria.

Anche da tale punto di vista, invece, la prassi italiana disegna un quadro piuttosto distonico con tale approccio. I numeri, molto bassi, dei pregiudiziali di validità certamente impediscono il raggiungimento di conclusioni aventi carattere sistemico (solo 8 cause nel periodo di tempo qui considerato, come emerge dalla tabella riportata in apertura di paragrafo, dati dalla somma di 4 cause di pura validità e altre 4 dove i quesiti di validità si accompagnavano ad altri di interpretazione); al tempo stesso, un'analisi compiuta del fenomeno è ostacolata dall'assenza di informazioni circa l'effettiva richiesta delle parti di tenere un'udienza – informazione che, come anticipato, la Corte non divulga pubblicamente. Eppure, dai dati disponibili emerge che, financo con riguardo a quesiti di validità, nel 37,5% dei casi la sentenza viene pronunciata senza udienza dibattimentale.

⁵¹ A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., p. 609.

⁵² Corte di giustizia, 20 maggio 2021, causa C-128/19, *Azienda Sanitaria Provinciale di Catania*, ECLI:EU:C:2021:401, in particolare punto 24.

⁵³ C. RIZZA, *Riflessioni a sostegno di una proposta "scandalosa": tenere l'udienza di discussione dopo la presentazione delle conclusioni dell'Avvocato generale*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea oltre i trattati*, cit., in particolare p. 186.

⁵⁴ A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., pp. 605-606 e M. BROBERG, N. FENBERG, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford, 2014, pp. 359, 370, 384, 385.

3.3. *Giudice del rinvio, sezione giudicante, intervento governativo: quale relazione con l'organizzazione dell'udienza dibattimentale?*

Osservando il tema da altra prospettiva, è interessante analizzare – da un punto di vista che potremmo definire “soggettivo” – il rapporto che intercorre tra l'organizzazione dell'udienza dibattimentale e il giudice che ha formulato il rinvio; tra essa e il collegio giudicante della stessa Corte di giustizia; infine, tra la concessione dell'udienza e l'intervento nel procedimento del governo italiano. I risultati, benché in parte intuibili, aprono infatti alcuni scenari piuttosto interessanti.

Per quanto attiene all'origine del rinvio pregiudiziale, la tabella che segue riporta l'incidenza delle cause decise con udienza dibattimentale, divise per giudice del rinvio.

Giudice / Udienza dibattimentale	Si	No	Percentuale cause decise con udienza
Giudice di pace	1	10	9%
Commissione tributaria	4	30	12%
CGARS	1	4	20%
Tribunale	21	75	22%
TAR	26	57	31%
Consiglio di Stato	48	90	35%
Corte d'appello	4	7	36%
Corte dei Conti	2	3	40%
Corte di cassazione	25	34	42%
Corte costituzionale	5	1	83%

A dispetto di quanto si potrebbe pensare, il rapporto tra il grado gerarchico dell'organo giurisdizionale che opera il rinvio e la concessione dell'udienza dibattimentale non è sempre coerente e direttamente proporzionale: certo, ai due estremi del tasso di organizzazione di un'udienza dibattimentale troviamo il Giudice di pace e la Consulta; ma nemmeno quest'ultima ha sempre visto un'udienza pubblica per discutere i quesiti da essa sollevati⁵⁵. Inoltre, giudici supremi come il Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia o lo stesso Consiglio di Stato registrano

⁵⁵ Si veda, in particolare, Corte di giustizia, 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e altri c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, ECLI:EU:C:2021:659.

dei tassi di concessione di udienza dibattimentale ai quesiti dagli stessi sollevati pari, rispettivamente, al 20% e al 35%, *ergo* ben sotto o di poco sopra la media generale (che, come si ricorderà, si attesta sul 31%) e, comunque, inferiore a quanto si registra per le Corti d'appello (36%). Su questi dati pesa, certamente, il tema già esaminato della conclusione del procedimento tramite ordinanza, anche motivata, nella misura in cui i giudici i cui rinvii più raramente vengono discussi in udienza sono anche quelli che più spesso si vedono rispondere dalla Corte tramite un'ordinanza⁵⁶.

Un rapporto di chiara proporzionalità diretta si rinviene, invece, guardando all'altro interlocutore del dialogo pregiudiziale, ovvero la Corte di giustizia. In seno ad essa, infatti, il tasso di concessione dell'udienza dibattimentale è sempre direttamente proporzionale all'importanza del collegio giudicante, come emerge dalla tabella che segue.

Sezione giudicante / Udienza	Sì	No	Percentuale cause decise con udienza
Grande Sezione	20	1 ⁵⁷	95%
Sezione a 5 giudici	97	85	53%
Sezione a 3 giudici	19	191	9%
Causa cancellata dal ruolo	1 ⁵⁸	34	3%

Particolarmente interessante è, infine, il rapporto tra l'intervento del governo italiano e la fissazione dell'udienza dibattimentale. I dati che emergono dalla prassi italiana sono i seguenti:

Come incide l'intervento del governo italiano?	Sì udienza	No udienza
Se il governo interviene...	126	166
Se il governo non interviene...	11	145
<i>Incidenza dell'intervento governativo sulla concessione dell'udienza</i>	92%	

⁵⁶ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., p. 171.

⁵⁷ Si veda, per la precisione, la già citata Corte di giustizia, 2 settembre 2021, causa C-350/20, *O.D. e altri c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, cit.

⁵⁸ Questo caso, che *prima facie* potrebbe destare curiosità, non costituisce invece un'eccezione, essendo il già citato Corte di giustizia, 9 settembre 2021, causa C-705/19, *Axpo Trading Ag contro Gestore dei Servizi Energetici SpA – GSE*, cit., analizzato *supra* alla nota 48.

L'intervento governativo, quindi, non costituisce certezza di ottenimento dell'udienza (e il dato non stupisce, visto che la partecipazione governativa, in quanto tale, non può incidere sul fatto che la Corte si ritenga sufficientemente edotta per statuire); ma è vero anche il contrario, ovvero che nel 92% dei casi in cui la Corte concede l'udienza dibattimentale si tratta di cause in cui è intervenuto il governo italiano. Si noti, peraltro, che nelle 11 cause in cui c'è stata udienza, ma senza intervento del governo italiano, in 5 di esse erano comunque intervenuti i governi di uno o più altri Stati membri⁵⁹, con il risultato netto di portare solo a 6 casi su 137 (pari a circa il 4%) le udienze dibattimentali fissate in procedimenti che hanno visto la partecipazione unicamente di parti private – oltre che della Commissione, beninteso, che come noto interviene in tutti i pregiudiziali.

Da questi dati derivano due ordini di considerazioni.

Da un lato, pare lecito chiedersi se i parametri rispetto ai quali la Corte valuti il proprio grado di informazione sulla causa non siano la delicatezza e le implicazioni della stessa, più che un astratto grado di erudizione sul quadro sostanziale o fattuale della medesima. In altri termini, se il governo italiano e/o di altri Stati membri è intervenuto a giudizio, la Corte certamente non garantisce l'udienza (non a caso, vi sono 166 cause in cui il governo italiano è intervenuto, ma non si è tenuta udienza: *ergo*, nel 57% dei casi il governo non ottiene udienza); ma, al tempo stesso, pare evidente che essa metta maggiormente in discussione il suo considerarsi sufficientemente edotta per statuire (e da qui, infatti, il dato per cui nel 92% dei casi in cui la Corte ha organizzato un'udienza per trattare cause pregiudiziali italiane, era intervenuto il governo). Ciò è certamente comprensibile, su un piano pratico, ma non del tutto in linea con la lettera del RPCG; e, di nuovo, indicatore di un approccio particolarmente restrittivo nell'applicazione della nuova disciplina in materia di udienza dibattimentale.

Dall'altro lato, il dato relativo al rapporto tra intervento governativo ed organizzazione dell'udienza dibattimentale permette di spiegare, almeno in parte, il tasso di concessione di queste ultime nell'alveo dei pregiudiziali italiani, che come si ricorderà si fissa attorno al 31% dei casi, contro – a tacer del Regno Unito, per i motivi anzidetti – il 56% olandese, il 47% francese, il 39% belga.

Come emerge dalle più recenti analisi⁶⁰, infatti, tutti questi Paesi inter-

⁵⁹ Si tratta delle cause C-641/18 (con intervento della Francia), C-395/18 (Austria), C-219/17 (Spagna), cause riunite C-191/14, C-192/14, C-295/14, C-389/14, C-391/14, C-392/14, C-393/14 (Germania, Paesi Bassi, Spagna), C-95/14 (Germania, Paesi Bassi, Repubblica Ceca, Svezia).

⁶⁰ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., p. 165.

vengono nei rinvii pregiudiziali molto (Paesi Bassi, Francia) o poco (Belgio) di più dell'Italia: e se l'incidenza dell'intervento governativo è così importante nella concessione dell'udienza dibattimentale, maggiori saranno le cause in cui partecipa il governo, maggiori saranno le *chances* di avere udienza.

3.4. *I settori e gli atti giuridici coinvolti nelle udienze dibattimentali*

I settori e gli atti maggiormente dibattuti nelle udienze che si celebrano nei rinvii pregiudiziali sono tra i temi più difficili da mappare. Definire i settori in cui si esplica il dialogo pregiudiziale, in particolare, è un esercizio con una rilevanza scientifica fortemente ambigua, perché il risultato che tale analisi può produrre è strettamente connesso alla definizione, a monte, di cosa debba ascriversi a quale settore. E definire tale parametro è, salvo pochissimi settori ancora (relativamente) facili da delimitare, attività altamente discrezionale. Ad esempio, una serie di rinvii pregiudiziali sollevati in relazione a un'occupazione abusiva di suolo pubblico da parte di operatori economici la cui concessione demaniale era da considerarsi, secondo l'accusa, incompatibile con il diritto dell'Unione europea, possono afferire tanto al settore del diritto penale, quanto a quello del diritto amministrativo, a seconda della prospettiva e dei temi di ricerca che si intende mettere in evidenza⁶¹.

Per offrire un quadro più "neutro" possibile, la presente ricerca propone una catalogazione degli specifici atti dell'Unione europea invocati dal giudice del rinvio per delineare il perimetro giuridico del quesito – analoga classificazione per le fonti nazionali oggetto di rinvio è, purtroppo, ancora scientificamente poco rilevante in relazione al lasso di tempo considerato per la presente ricerca, perché la banca dati della Corte di giustizia raccoglie sistematicamente le ordinanze di rinvio solamente dal 2019, con la conseguenza di rendere assai difficile, in tutto il periodo antecedente, inquadrare con precisione la normativa nazionale rilevante.

Eppure, anche così definito, l'obiettivo di ricerca risulta particolarmente complesso da perseguire, perché – e forse ciò è proprio quello che rende il tema così affascinante per tante, diverse, branche giuridiche – il contenzioso pregiudiziale è estremamente variegato e conosce solo in circa un terzo dei casi un novero di atti che potremmo definire come "ricorrenti".

La tabella che segue offre dei dati quantitativi per inquadrare il fenomeno.

⁶¹ Circa i limiti e le implicazioni di qualsivoglia catalogazione *ratione materiae* dell'oggetto della presente analisi, si vedano le considerazioni svolte in passato in M.C. REALE, M. BORRACETTI, *Da giudice a giudice – Il dialogo tra giudice italiano e Corte di giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008, in particolare p. 141 ss.

Atto ⁶²	Percentuale cause decise con udienza
Direttiva “ricorsi in materia di appalti”	50%
Direttiva “non discriminazione sui posti di lavoro”	44%
Direttiva “Bolkenstein”	38%
Direttiva “energie rinnovabili”	38%
Direttive “reti e comunicazioni”	36%
Direttiva “IVA”	32%
Direttive “appalti”	31%
Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato	27%

⁶² Per la precisione, si riportano qui gli estremi degli atti giuridici che sono da intendersi dietro le rubriche con cui sono indicati i singoli atti nella tabella che segue, *infra*, nel corpo del testo. Si noti che di seguito vengono riportati gli atti di base, con le eventuali fonti che li hanno sostituiti; la ricorrenza di ognuno di tali atti è stata controllata anche ricercando gli estremi degli atti che, senza sostituire l'atto di base, vi hanno apportato modifiche.

Direttiva “energie rinnovabili”: Direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, in *GUUE* L 140 del 5 giugno 2009, p. 16; Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 11 dicembre 2018, in *GUUE* L 328 del 21 dicembre 2018, p. 82.

Direttiva “non discriminazione sui posti di lavoro”: Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, in *GUUE* L 303 del 2 dicembre 2000 p. 16.

Direttive “ricorsi in materia di appalti”: Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, in *GUUE* L 395 del 30 dicembre 1989, p. 33, e ss.mm.ii.

Direttive “reti e comunicazioni”: Direttiva 2002/19/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 in *GUUE* L 108 del 24 aprile 2002, p. 7; Direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 in *GUUE* L 108 del 24 aprile 2002, p. 21; Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 in *GUUE* L 108 del 24 aprile 2002, p. 33; Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002 in *GUUE* L 108 del 24 aprile 2002, p. 51; Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 11 dicembre 2018, in *GUUE* L 321 del 17 dicembre 2018, p. 36.

Direttiva “Bolkenstein”: Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, in *GUUE* L 376 del 27 dicembre 2006, p. 36.

Direttive “IVA”: Sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in *GUUE* L 145 del 13 giugno 1977, p. 1; Direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, in *GUUE* L 347 del 11 dicembre 2006, p. 1.

Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato: Direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, in *GUUE* L 175 del 10 luglio 1999, p. 43.

Direttive “appalti”: Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, in *GUUE* L 134 del 30 aprile 2004, p. 1; Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, in *GUUE* L 134 del 30 aprile 2004, p. 114; Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, in *GUUE* L 94 del 28 marzo 2014, p. 1; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, *ivi*, p. 65; Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, *ivi*, p. 243.

I dati rimangono tutti tendenzialmente nella media generale italiana, dal momento che alcuni *atout* come quello del dialogo sull'applicazione della direttiva ricorsi in materia di appalti e sulla non discriminazione sui posti di lavoro vengono bilanciati dai dati, assai più moderati, di altri atti del medesimo settore (le direttive appalti, nel primo caso, e l'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, nel secondo). Perciò, al netto dei *caveat* anzidetti circa la difficoltà di inquadrare il dialogo pregiudiziale in settori dai confini netti, non pare che in taluni settori si registri una tendenza ad organizzare più udienze che in altri.

Non si ravvisano dati in controtendenza nemmeno guardando alla tipologia di fonte giuridica invocata dal giudice nazionale nel proprio quesito. L'utilizzo, ad esempio, della Carta (talvolta accompagnata dalla CEDU; mai quest'ultima viene, invece, invocata autonomamente) o dei principi generali del diritto dell'Unione europea hanno un impatto non troppo marcato sull'organizzazione di un'udienza dibattimentale. Certo, come emerge dalla tabella che segue, il 40% delle udienze organizzate nei pregiudiziali italiani discute anche di queste fonti; ma è parimenti vero che le indagini più recenti riportano che le medesime vengono, a monte, invocate in circa il 30% dei quesiti depositati presso la Cancelleria della Corte di giustizia⁶³ ed è quindi del tutto naturale ritrovarle in udienza.

Fonti invocate nel quesito pregiudiziale / Udienza	Si	No
Carta (eventualmente con CEDU)	30	54
Principi generali	25	76
Totale parziale	55	130
In percentuale	40%	

3.5. L'impatto della fase orale sulla durata dei procedimenti

Infine, è fondamentale volgere lo sguardo al rapporto tra l'organizzazione dell'udienza dibattimentale e la durata totale dell'incidente pregiudiziale. Infatti, il rispetto del principio della ragionevole durata dei procedimenti è sempre stato la stella polare – per lo meno formalmente⁶⁴ – di ogni modifica

⁶³ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., p. 176.

⁶⁴ Si veda, *ex multis*, K. LENAERTS, *The Unity of European Law and the Overload of the ECJ – The System of Preliminary Rulings Revisited*, in I. PERNICE, J. KOKOTT, C. SAUNDERS (a cura di), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Baden-Baden, 2006, p. 211

sinora occorsa all'ordinamento giudiziario dell'Unione; e, d'altronde, abbreviare la durata dei procedimenti era l'obiettivo che esplicitamente la Corte di giustizia addusse al Consiglio, nella propria proposta di modifica del RPCG, per motivare la scelta di rendere meramente eventuale, e a discrezionalità della Corte stessa, l'organizzazione dell'udienza di dibattimento⁶⁵. Non a caso, peraltro, la dottrina che si è occupata negli anni dell'impatto della riforma della fase orale sull'efficienza del processo "comunitario" e sulle garanzie che lo stesso offre alle parti ha valutato la «bontà [di tale] scelta»⁶⁶ anche guardando a quanto tempo tale assenza avrebbe permesso di risparmiare, stimando il vantaggio in circa un mese e mezzo o due mesi⁶⁷.

L'analisi dei pregiudiziali italiani degli ultimi 11 anni, invece, riporta dei dati sensibilmente differenti e che, seppur con i *caveat* di una ricerca che muove da una prospettiva specifica, chiamano a un ripensamento della disciplina – o anche solo della sua applicazione, foss'anche solo *in subiecta materia* – in materia di fissazione dell'udienza dibattimentale.

Durata media della causa (in mesi)	Da Lisbona alla <i>refonte</i>	Post- <i>refonte</i>
Con fase orale completa	19,4	20,1
Solo udienza dibattimentale	19,2	16,8
Solo conclusioni AG	21,1	20,2
Solo fase scritta	10,5	13,4
<i>Media generale</i>	14,4	16

ss. Si vedano, inoltre, i contributi citati alla nota 26, nonché F. DEHOUSSE, *The Reform of the EU Courts (II). Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court*, in *Egmont Papers*, 2016, Paper n. 83; A. ALEMANN, L. PECH, *Thinking justice outside the docket: A critical assessment of the reform of the EU's court system*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 12.

⁶⁵ Il progetto di riforma del Regolamento di procedura della Corte di giustizia dell'Unione europea, inviato da quest'ultima al Consiglio in data 25 maggio 2011, è rinvenibile nel documento di lavoro del Consiglio n. 11147/11 del 7 giugno 2011; si veda in particolare a p. 2, in cui la Corte – sin dal breve sunto iniziale (!), che illustrava le principali motivazioni della proposta legislativa – evidenziò che «al fine di preservare la capacità dell'organo giurisdizionale, a fronte di un contenzioso sempre più nutrito, di decidere le cause di cui è investito in tempi ragionevoli, è inoltre necessario proseguire gli sforzi avviati al fine di ridurre la durata dei procedimenti svolti dinanzi ad esso, in particolare [...] prevedendo la facoltà [...] di statuire senza udienza di discussione qualora [la Corte] si reputa sufficientemente edotta dal complesso delle osservazioni scritte presentate in una causa».

⁶⁶ C. AMALFITANO, *Articolo 20 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., p. 99; ma si veda, sul punto, anche M. COURNOT, *Articolo 76 RPCG*, ivi, p. 541.

⁶⁷ C. AMALFITANO, *ibidem*.

Due considerazioni metodologiche prima di commentare questi dati.

La durata dei procedimenti è stata calcolata identificando il *dies a quo* in quello in cui l'ordinanza di rinvio è stata depositata presso la Cancelleria della Corte di giustizia (e non in quello in cui il giudice nazionale ha effettivamente pubblicato l'ordinanza di rinvio, per non inquinare la durata generale con il lasso di tempo, pur non lunghissimo, impiegato dalle cancellerie nazionali per notificare il rinvio); il *dies ad quem* è, invece, quello in cui la Corte ha pubblicato la propria pronuncia.

I dati relativi al periodo post-*refonte* concernono, per i motivi già condivisi⁶⁸ e in coerenza con gli altri dati sin qui analizzati, i pregiudiziali sollevati dal 1 novembre 2012 al 31 dicembre 2023 e decisi entro il 1 aprile 2024. In assenza di informazioni ufficiali fornite dalla stessa Corte di giustizia, i dati relativi al periodo pre-*refonte* sono stati presi dal più ampio *database* costruito nel progetto scientifico da cui questa ricerca prende le mosse e concernono, quindi, i pregiudiziali sollevati dal 1 dicembre 2009 (data di entrata in vigore del trattato di Lisbona) al 31 ottobre 2012 (*ergo*, non tutti quelli decisi in quel lasso di tempo, che ben potrebbero essere stati sollevati prima)⁶⁹. Al lettore più attento, peraltro, non sarà sfuggito che qualcuna delle cause degli ultimi mesi del 2012 ben potrebbe essere stata trattata, anche ai fini della fissazione dell'udienza dibattimentale, secondo le regole entrate poi in vigore dal novembre di quell'anno; e che, per i motivi anzidetti, non è possibile sapere con certezza in quali casi ciò sia successo⁷⁰. Da tutto ciò consegue che i dati pre-*refonte*, pur ammontando a 113 pronunce (e, quindi, a poco meno di 150 cause, considerando le riunioni), non offrono un campione di indagine tanto ricco e consolidato quanto quello post-*refonte*; esso viene comunque condiviso per dare al lettore un termine di paragone e un'ulteriore chiave di lettura dei dati di cui sopra.

Ed effettivamente la circostanza per cui, almeno nel microcosmo dei pregiudiziali italiani, una causa decisa al termine di una fase orale "completa", ovvero composta sia dall'udienza dibattimentale che dalle conclusioni dell'Avvocato generale, duri tanto quanto – *rectius*: financo poco meno – di una causa in cui *non* si è concessa udienza alle parti, ma si sono solo sentite (aspettate?) le conclusioni dell'Avvocato generale, genera un qual certo spaesamento. Lo stesso è a dirsi per il lasso di tempo che intercorre tra le

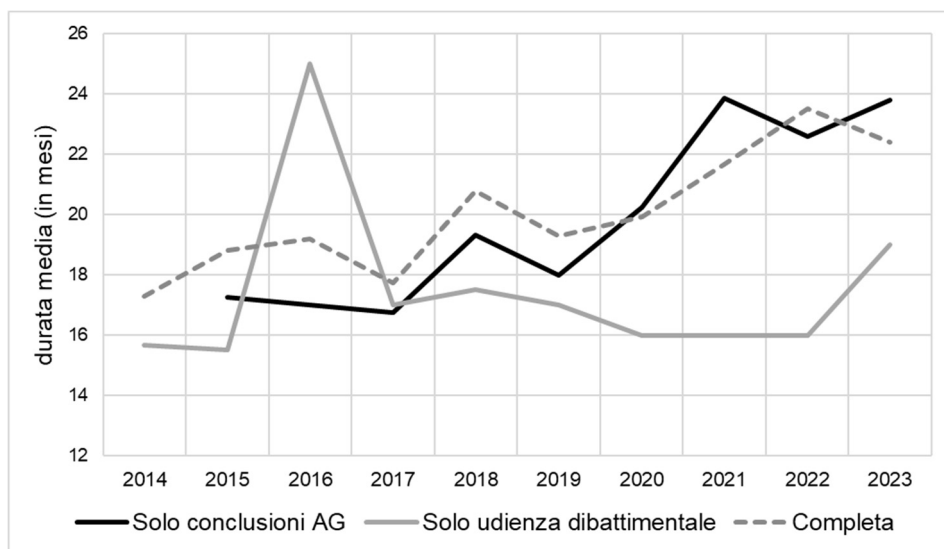
⁶⁸ V. *supra* nota 6.

⁶⁹ Per la discussione metodologica del progetto scientifico da cui muove questo studio, si rimanda a J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona al 31 dicembre 2022*, cit., pp. 135-138.

⁷⁰ V. *supra*, nota 6.

cause decise con le sole conclusioni e quelle con la sola udienza dibattimentale: per queste ultime c'è un vantaggio medio di circa 3,5 mesi che chiama, oggettivamente, ad un ripensamento del ruolo delle une e delle altre nell'economia generale del processo; ad una riflessione su come viene applicata la discrezionalità nell'organizzazione delle udienze dibattimentali, almeno nei pregiudiziali italiani; ad una maggior *disclosure* da parte della Corte stessa dei dati relativi all'udienza dibattimentale, al fine di valutare se le conclusioni di cui sopra non vadano estese anche ad altri rimedi processuali e/o al dialogo con altri Stati membri.

L'impatto delle conclusioni dell'Avvocato generale è, certamente, il fulcro della questione. E se, inevitabilmente, per un'analisi compiuta del tema non si può che rimandare ad altre sedi⁷¹, ciò che preme qui evidenziare è come le stesse abbiano iniziato a incidere in termini particolarmente importanti sulla durata generale del procedimento soprattutto negli ultimi anni.



Come emerge dal grafico di cui sopra, al netto dell'*exploit* del 2016 – dovuto, però, alle specificità del singolo caso che in quell'anno rientrò in quella casistica (come si ricorderà, le cause decise con sola udienza dibattimentale sono solo il 5% del totale)⁷² – la durata di queste ultime è rima-

⁷¹ Si vedano, in particolare, i contributi citati *supra*, nota 12.

⁷² Si veda Corte di giustizia, 14 aprile 2016, causa C-131/14, *Malvino Cervati*, ECLI:EU:C:2016:255.

sta tendenzialmente coerente negli anni. Il picco registratosi nell'anno 2023 è certamente da monitorare, ma non inficia la media generale dell'ultimo decennio. Viceversa, le cause decise con le conclusioni dell'Avvocato generale sono andate progressivamente ad aumentare di durata; e la circostanza per cui tale tendenza si sia verificata sia quando la fase orale si è limitata solo a queste ultime, sia quando ad esse si è accompagnata l'organizzazione di un'udienza dibattimentale, lascia ulteriormente intendere che il cuore dell'allungamento dei tempi sia proprio da rinvenirsi nelle prime.

4. *L'apertura e la riapertura della fase orale*

Tema connesso a quello che sino ad ora ci ha occupato è quello relativo all'apertura e alla riapertura della fase orale, ovvero un istituto processuale, disciplinato dall'art. 83 RPCG, che concerne non già la possibilità originaria di tenere un'udienza dibattimentale e/o di ricorrere alle conclusioni dell'Avvocato generale, ma, per l'appunto, di agire in tal senso dopo aver dichiarato di statuire senza fase orale o dopo la chiusura della medesima.

Le circostanze che consentono l'esercizio di tale potere alla Corte (che si esprime d'ufficio o su richiesta di parte, comunque non vincolante) sono, ai sensi della disposizione appena richiamata, *i*) il non ritenersi sufficientemente edotta; *ii*) la produzione di un fatto nuovo, tale da influenzare in modo decisivo la decisione della Corte, dopo la chiusura della fase orale; *iii*) la necessità di decidere la causa in base a un argomento che non è stato oggetto di discussione tra le parti o gli interessati di cui all'art. 23 dello Statuto.

Al ricorrere di tali circostanze, la Corte può fissare un'udienza, decidere di ricorrere alle conclusioni dell'Avvocato generale o ripetere ambedue tali momenti processuali, se già avevano avuto luogo. Le conseguenze pratiche di tali istituti processuali, dunque, sono già state oggetto di studio nelle analisi sin qui formulate, dal momento che le udienze e le conclusioni monitorate nei paragrafi precedenti ricomprendono anche quelle (assai poche, come subito si dirà) avvenute in forza della norma in esame; ma una piena comprensione del fenomeno dell'oralità dinanzi alla Corte di giustizia non può prescindere, almeno da un punto di vista teorico, da una separata valutazione della prassi applicativa di questo specifico istituto processuale, che *de facto* costituisce un'ulteriore e separata via all'ottenimento di un'udienza dibattimentale – peraltro, di assai più agevole monitoraggio, a differenza della fattispecie, già analizzata, di cui all'art. 76, par. 3, RPCG.

Sul piano pratico, tuttavia, la sua prassi applicativa è estremamente scarsa; sia sul fronte delle richieste delle parti, sia – e ancor di più – sul fronte

delle effettive concessioni in tal senso da parte della Corte di giustizia.

Le richieste di apertura della fase orale *ex art. 83 RPCG* formulate nel lasso di tempo considerato dalla presente ricerca, infatti, sono sempre state rigettate (e non solo nei pregiudiziali italiani: dati analoghi li troviamo anche con riguardo ad altri Stati membri)⁷³, tranne un unico caso, relativo a un pregiudiziale spagnolo⁷⁴, in cui dalla sentenza si evince che sia stata concessa l'apertura della fase orale, ma la relativa ordinanza non è stata pubblicata (e questo è un ulteriore tema, perché visto lo sforzo argomentativo richiesto alle parti, la massima pubblicità dei relativi provvedimenti sarebbe auspicabile).

Le richieste di riapertura della fase orale sono state anch'esse sempre rigettate⁷⁵, tranne in quei casi⁷⁶ in cui la causa era stata devoluta, dopo la chiusura della fase orale, a un collegio più ampio, con la conseguente necessità di istruire una nuova udienza e nuove conclusioni a vantaggio dei nuovi membri giudicanti: ma ciò, d'altronde, non sembra potersi leggere come il segno di una maggior apertura della Corte nella fissazione di udienze dibattimentali, dal momento che l'art. 32, par. 2, RPCG toglie ogni discrezionalità alla Corte in tale frangente, statuendo che «quando si è tenuta un'udienza di discussione, alle deliberazioni prendono parte soltanto i giudici che hanno assistito a tale udienza» (e che, dunque, esclude *a priori* la possibilità di far statuire giudici che non hanno preso parte all'udienza)⁷⁷. I motivi del rigetto si inseriscono nella casistica che già emerge dalla

⁷³ Per le cause italiane, da Lisbona a oggi, cfr. le cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12 e la causa C-261/21. Con riguardo agli altri Stati membri, cfr. la causa C-239/12 P (rigettato l'appello contro sentenza del Tribunale che non aveva fissato udienza e, a detta del ricorrente, aveva così violato l'art. 47 Carta); la causa C-540/14 P; la causa C-365/16 (anche se la richiesta veniva dal governo francese!); la causa C-612/16; la causa C-519/19; la causa C-296/22.

⁷⁴ Si veda Corte di giustizia, 20 settembre 2018, causa C-546/16, *Montte SL c. Musikene* ECLI:EU:C:2018:752.

⁷⁵ La casistica qui è piuttosto ricca e di più agevole reperimento; limitandosi alle cause italiane, cfr. C-108/10; cause riunite C-162/12 e C-163/12; C-361/12; C-607/13; C-559/15; C-78/16; C-179/16; cause riunite C-397/16 e C-435/16; cause riunite C-350/17 e C-351/17; C-395/18; C-658/18.

⁷⁶ Tra le cause italiane, C-689/13 e C-524/15; tra quelle di altri Stati membri, sempre nel periodo di tempo considerato dalla presente ricerca, le cause C-262/10; C-134/13; C-181/16.

⁷⁷ Si noti che A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., p. 603 afferma con certezza l'esistenza di un rapporto consequenziale tra l'art. 32, par. 2, RPCG e la necessità di riaprire la fase orale; lo stesso, poi, è a dirsi per M. BORRACCETTI, *Articolo 83 RPCG*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, cit., in particolare p. 563. Viceversa, P. IANNUCELLI, *Apertura e riapertura della fase orale nell'ambito del rinvio pregiudiziale: qualche spunto di riflessione*, in C. AMALFITANO,

consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia e confermano, dunque, gli elementi di riflessione già dibattuti in dottrina⁷⁸.

5. Tre riflessioni conclusive

I dati emersi in questo studio evidenziano che, nelle 448 cause oggetto della presente ricerca, le udienze dibattimentali sono state concesse solo nel 31% dei casi, sostanzialmente solo se era intervenuto nel procedimento il governo italiano e/o il governo di altri Stati membri e che l'omissione dell'udienza non ha mai comportato un accorciamento della durata dei procedimenti dinanzi alla Corte. Di fronte a tale scenario, emergono tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, appare quantomai opportuna una maggiore *disclosure*, da parte della Corte di giustizia, delle informazioni relative alla gestione della fase orale. La circostanza che vi sia stata, o meno, un'udienza dibattimentale è un'informazione di non agevole reperibilità e fruibilità per analisi qualitative, ma comunque sempre presente, al netto di fisiologiche aporie

NO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea oltre i trattati*, cit., p. 179 si esprime, senza però citare gli A. precedenti o altra dottrina, in termini più incerti su tale consequenzialità.

⁷⁸ Per un'analisi approfondita, seppur non recentissima, della giurisprudenza in materia, si rimanda a E. URZÌ, *L'istituto della riapertura della fase orale nell'ambito del rinvio pregiudiziale nel nuovo regolamento di procedura della Corte di giustizia*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea oltre i trattati*, cit., p. 145 ss., in particolare p. 156-158. In particolare, le cause C-179/16 (punti 23-29), C-395/18 (punti 23-29) e C-658/18 (punti 27-34) rientrano chiaramente in quel filone giurisprudenziale in cui la Corte, in breve, sottolinea la circostanza di sentirsi già sufficientemente edotta, che la possibilità di depositare osservazioni in risposta alle conclusioni presentate dall'Avvocato generale non è prevista dai testi che disciplinano il procedimento dinanzi alla Corte e che, in ogni caso, quest'ultimo può porre le sue conclusioni sullo sfondo di un contesto più ampio, se lo reputa opportuno, anche andando oltre quanto sollevato dalle parti; le cause riunite C-162/12 e C-163/12 (punti 24-27), C-361/12 (punti 17-21) e C-607/13 (punti 23-29) rientrano parimenti in tale approccio, con l'unica differenza che, in questi casi, la Corte rigetta altresì la richiesta delle parti di richiedere chiarimenti al giudice del rinvio; le cause riunite C-397/16 e C-435/16 (punti 22-28) e C-350/17 e C-351/17 (punti 26-31), nonché la causa C-78/16 (punti 23-29) aggiungono un brevissimo argomento di tipo più sostanziale, dal momento che la Corte specifica esattamente quali parti processuali hanno sollevato, e in quali fasi è stato dibattuto, l'argomento asseritamente nuovo. Viceversa, le cause C-108/10 (punto 36), C-228/12 (punti 24-28) e C-559/15 (punti 32-35) rientrano chiaramente nel filone giurisprudenziale (su cui si veda ivi, p. 163) ai sensi del quale i fatti nuovi non sono tali da influenzare la sentenza da pronunciare e/o tutti i fatti qualificati come nuovi dalle parti sono, in realtà, già stati discussi.

del sistema⁷⁹. Viceversa, non è possibile reperire alcuna informazione con riguardo a *i*) se le parti hanno richiesto l'udienza, circostanza fondamentale per monitorare il tema che ora ci occupa e, di conseguenza, valutare il rispetto dei diritti delle parti; *ii*) se si rientra nella fattispecie di cui all'art. 76, par. 3, RPCG, ovvero quella relativa a un'udienza concessa a una parte che non ha partecipato alla fase scritta – e tale fattispecie pure meriterebbe attenzione, per non diventare un modo per aggirare la regola di base.

L'inserimento di entrambe tali informazioni nel corpo del testo della pronuncia, oggettivamente, non impatterebbe sul carico di lavoro dei giudici di Lussemburgo e sarebbe, dunque, agevolmente praticabile. Parimenti utili sarebbero, poi, maggiori informazioni sui rapporti tra udienza dibattimentale e durata del procedimento all'interno della Relazione annuale; al momento, come noto, sono del tutto assenti. Si noti che, in passato, siffatti dati sono stati forniti all'interno di contributi scientifici redatti da membri della Corte⁸⁰: il che significa che la Corte ha, al proprio interno, le risorse

⁷⁹ L'informazione se l'udienza si sia tenuta o meno è tendenzialmente riportata nel testo della pronuncia. Infatti, almeno da qualche decennio a questa parte, essa menziona, in apertura dell'atto, la data dell'udienza e i partecipanti alla medesima, introducendo queste informazioni con la locuzione (cruciale per il reperimento dei dati su questo tema e che, dunque, per correttezza metodologica viene qui riportata nella versione francese, notoriamente lingua di lavoro della Corte e, quindi, di prima stesura dell'atto) "*à la suite de l'audience du...*". Tuttavia, per completezza metodologica, è opportuno altresì evidenziare che in una serie limitata di casi il testo della pronuncia non riporta alcuna informazione relativa all'udienza, anche se questa ha avuto luogo (soprattutto, quando la causa è poi risolta con ordinanze sommarie); e contezza di tale discrasia si può avere leggendo le conclusioni dell'Avvocato generale (se presenti), che costituiscono altra fonte di informazioni sul punto, oppure aprendo la scheda relativa ad ogni causa, oppure ancora facendo una ricerca per data d'udienza sul *database* ufficiale della Corte di giustizia dell'Unione europea (si badi bene: con risultati talvolta contrastanti, ad esempio rinvenendo casi in cui la scheda riporta che l'udienza si è tenuta in una certa data, benché la medesima causa non compare nelle ricerche per data d'udienza, o viceversa). Il sistema, dunque, non è del tutto privo di aporie; però, per quanto riguarda la pura questione della presenza o meno di una udienza dibattimentale, esse sembrano dovute a meri errori materiali, neanche troppo frequenti: ad esempio, dall'entrata in vigore della *refonte* del RPCG al 31 dicembre 2023 si contano 38 cause pregiudiziali in cui un'udienza c'è stata, senza che l'atto conclusivo del procedimento lo riporti.

⁸⁰ A. ROSAS, *Oral hearings before the European Court of Justice*, cit., in particolare p. 606-607, evidenzia, con riguardo al periodo intercorrente tra il 1 gennaio 2013 e il 30 giugno 2014, che «*however, when looking at this percentage, it should be born in mind that in many cases which have not involved an oral hearing, there has been no request for such a hearing. It can be estimated that these cases constitute around 25 percent of all cases. This would imply that the proportion of cases in which the Court has decided not to hold a hearing despite the fact that a request for a hearing had been submitted would amount to roughly 15 percent. To this estimation should be added that there is a certain number of cases (it would seem around 5 percent of all cases) in which an oral hearing has been held even if no request to that effect has been submitted by the parties or interested persons*».

per raccogliere e catalogare questi dati, che dunque ben potrebbero essere veicolati al pubblico (nonché a Commissione, Parlamento e Consiglio, cosicché possano esercitare i loro poteri legislativi in materia di modifica delle regole del contenzioso dinanzi ai giudici dell'Unione con maggiore consapevolezza) all'interno di documentazioni ufficiali.

Per quanto concerne, in secondo luogo, la durata dei procedimenti senza udienza, questa ricerca, pur nella parzialità del proprio campione di indagine, ha evidenziato che i procedimenti senza udienza, ma in cui vi sono le conclusioni dell'Avvocato generale, durano in media di più di quelli con udienza; ovvero, in altri termini, che se si organizza il dossier per accogliere le conclusioni dell'Avvocato generale, allora l'udienza dibattimentale non allunga più – anzi, paradossalmente, accorcia – i tempi generali del procedimento. Ciò dimostra, da un lato, l'importanza di un monitoraggio esterno, anche quantitativo, su questi temi; dall'altro, la necessità di avviare una riflessione approfondita sulla gestione della fase orale e sull'opportunità di omettere l'udienza in casi come questo.

Per le parti, infatti, la mancata fissazione di un'udienza dibattimentale è un'omissione “odiosa”, ma al limite comprensibile in un'ottica di sistema, quando comporta un risparmio di tempi. Certamente rimane valido l'argomento per cui il tempo speso in udienza, e per preparare la medesima, viene sottratto alla redazione degli atti processuali. Ma è evidente che se il risparmio in termini di durata generale non si riverbera sulle parti processuali, che vedono la durata dei procedimenti pregiudiziali salire negli anni⁸¹ e, comunque, dipendere dalla presentazione delle conclusioni dell'Avvocato generale e non dalla difesa anche orale, in contraddittorio, delle loro posizioni, che pure quella causa hanno generato, allora è inevitabile che le ragioni dell'omissione dell'udienza vengano messe in discussione. Inoltre, non corre certamente in aiuto l'argomento di tipo economico, pure sovente sollevato a giustificazione della contrazione dell'udienza dibattimentale, ai sensi del quale quest'ultima necessita di una costosa organizzazione che permetta la traduzione simultanea. La storia recente delle riforme della Corte ha dimostrato che il budget non è tra i criteri che viene preso in considerazione quando si propongono nuove architetture giudiziarie – e, beninteso, tale approccio pare del tutto condivisibile; ma, allora, un principio di coerenza impedisce di sollevare un argomento di tipo economico proprio a detrimento dei diritti delle parti.

Una riflessione sulla prassi applicativa della disciplina in materia di

⁸¹ Si vedano, per il periodo 2014-2018, le Statistiche giudiziarie 2018, p. 138; per il periodo 2019-2023, le Statistiche giudiziarie 2023, p. 22.

concessione dell'udienza dibattimentale pare, dunque, quantomai opportuna: sicuramente con riguardo ai pregiudiziali italiani; ove questi dati venissero confermati anche nei ricorsi diretti o con riguardo ai pregiudiziali di altri Stati membri, financo ampliando il campo d'indagine.

L'attuale periodo storico, peraltro, offre un'ottima coincidenza per ripensare l'applicazione delle regole attuali. Infatti, in terzo e ultimo luogo, è opportuno evidenziare che la recentissima riforma dello Statuto della Corte di giustizia ha, *inter alia*, trasferito la competenza a conoscere i rinvii pregiudiziali in talune materie dalla Corte al Tribunale. Dalle stime formulate dalla stessa Corte di giustizia, quest'ultima dovrebbe andare a sgravarsi di circa il 15-20% del proprio carico di lavoro, trasferendolo al Tribunale⁸². Pertanto, essa potrebbe certamente trovare le risorse per garantire un numero maggiore di udienze; e lo stesso potrebbe dirsi per il Tribunale, che certamente sarà investito i primi anni di un dialogo su questioni giuridiche molto standardizzate e "protette" da una giurisprudenza già consolidata, ma che avrà bisogno di qualificarsi nel suo nuovo ruolo di interlocutore del pregiudiziale come un giudice capace di ascoltare le parti processuali, per aiutare il più possibile i giudici nazionali.

Ciò anche perché – ma questo non può che essere uno spunto per ricerche future – sarebbe interessante valutare quanto incida la mancata udienza sulla conformità, con la sentenza pregiudiziale della Corte, della pronuncia nazionale che chiude la controversia. L'impressione è che la litigiosità che non trova sfogo al Kirchberg rischia di essere (ri)portata a livello nazionale, davanti al giudice che è poi chiamato ad applicare la pronuncia pregiudiziale della Corte e, domani, del Tribunale: e ben sappiamo quanto le parti, anche a valle dell'incidente pregiudiziale, poi continuino nel cercare di dare un'interpretazione alla sentenza comunitaria *pro domo propria*.

Questa è, beninteso, una dinamica che certamente non potrà mai eliminarsi del tutto; ma per salvaguardare il ruolo del rinvio pregiudiziale quale architrave del sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea e cardine operativo che permette l'effettività e l'uniforme applicazione del diritto di quest'ultima, essa va per lo meno tenuta sotto un debito controllo. Assicurare maggiore trasparenza sulla prassi applicativa della disciplina in materia di udienze dibattimentali e promuovere un ripensamento di quanto avviene nello specifico alveo dei pregiudiziali italiani possono, certamente, costituire un passo in tale direzione.

⁸² Si veda quanto affermato dalla Corte stessa a p. 5 della propria proposta di modifica dello Statuto della Corte di giustizia, reperibile come allegato del documento di lavoro del Consiglio del 12 dicembre 2022, n. 15936/22.

CECILIA SANNA

LA GARANZIA DEL “TERMINE RAGIONEVOLE” E L’EFFICIENZA DECISIONALE NEI PROCESSI DI- NANZI AI GIUDICI DELL’UNIONE EUROPEA

1. Introduzione

La trattazione di una causa “entro un termine ragionevole” è fra le garanzie dell’equo processo più visibili e sensibili. In effetti la lentezza della giustizia è la negazione stessa della giustizia in quanto mantiene l’individuo in una situazione di stallo giurisdizionale che, se prolungata, diviene inaccettabile in uno Stato di diritto. Gli antichi brocardi francese (*justice rétive*, *justice fautive*) e inglese (*justice delayed*, *justice denied*) esprimono in modo lapidario ma efficace la ragione stessa dell’esigenza della celerità processuale. La regola nasce dall’esperienza giuridica anglosassone, come del resto più in generale, il diritto all’equo processo, laddove, in particolare, l’art. 40 della Magna Carta del 1215 affermava che “*Nulli ... differamus... rectum vel iustitiam*”¹.

La codificazione nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata Roma il 4 novembre 1950 (CEDU) del diritto alla definizione della causa in tempi ragionevoli, quale articolazione dell’equo processo, ha certamente contribuito ad ampliare la tutela di questa garanzia introducendola negli ordinamenti di quegli Stati contrenti che non la conoscevano, fra cui quello italiano².

¹ Sulla ricostruzione normativa della garanzia, sia consentito un rinvio a C. SANNA, *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano, 2008, p. 77 ss.

² D’altro canto, occorre osservare che non tutte le dichiarazioni o convenzioni internazionali che menzionano il diritto all’equo processo prevedono la garanzia della ragionevole durata ma è prevista dal Patto sui diritti civili e politici, limitatamente al processo penale (art. 14, par. 3.3), nella Convenzione interamericana sui diritti dell’uomo (art. 8, par. 1) e dalla Carta africana dei diritti e doveri dell’uomo e dei popoli (art. 7 par 1). In argomento, cfr. F. GAMBINI, *Art. 6*, in S.

L'ordinamento comunitario, al pari degli altri diritti fondamentali della persona, ha riconosciuto la garanzia della ragionevole durata dapprima in via pretoria e successivamente codificandola agli artt. 41 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (Carta), secondo un'impostazione binaria che riassume l'evoluzione giurisprudenziale con la quale la garanzia si è sviluppata. Invero, mentre l'art. 41, rubricato "Diritto ad una buona amministrazione" e collocato nel Capo V dedicato alla "Cittadinanza", indica al par. 1 la ragionevole durata come componente del diritto ad una buona amministrazione, affermando che "*Ogni persona ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate [...] entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione*", l'art. 47 della Carta, rubricato "Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", collocato nel Capo VI dedicato alla "Giustizia", codifica invece il diritto alla ragionevole durata quale garanzia del processo indicandola come diritto addizionale all'equo processo e riproducendo l'art. 6, par. 1, della CEDU: "*Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge*"³. Le norme pur avendo il medesimo campo di applicazione soggettivo, esplicano diversamente i loro effetti essendo l'art. 41 invocabile in tutti i rapporti che sorgono tra l'amministrazione comunitaria e i soggetti amministrati, laddove invece l'art. 47 si applica nel processo dinanzi al giudice dell'Unione ma anche a quelle situazioni in cui un individuo sia sottoposto alla giurisdizione nazionale e venga in rilievo il diritto UE⁴. In questi casi, la Corte di giustizia può essere chiamata a valutare il rispetto del termine ragionevole⁵.

BARTOLE, P. DE SENA, G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 245 ss.

³Per una ricostruzione della prassi giurisprudenziale e sulla portata della successiva codificazione, cfr. M. CASTELLANETA, *Art. 47*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 1770 ss. P. PIRODDI, *Art. 41*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 1756 ss. C. PICHÉRAL, *Rapport introductif*, in C. PICHÉRAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, 2012, p. 18 ss.

⁴Cfr. la sentenza *Egenberger*, laddove riconosce che l'art. 47 della Carta è norma di effetto e pertanto i giudici sono tenuti ad assicurare "*la tutela giuridica spettante ai singoli in forza [...] dell'art. 47 della Carta e a garantire la piena efficacia di tali articoli, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria*", sentenza del 17 aprile 2018, *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:2571, pto. 79; in argomento, cfr. G. VITALE, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018.

⁵Cfr. da ultimo le sentenze: 21 settembre 2023, *OGI-Food Trade Lebensmittelvertrieb GmbH*, in causa C-770/21, ECLI:EU:C:2023:690 in cui la Corte ritiene che in mancanza di presentazione di uno specifico documento entro un termine ragionevole, le autorità doganali sono legittimate a

Esamineremo in questa sede, in conformità al tema che ci è stato assegnato, la declinazione della garanzia nel quadro del sistema giudiziario dell’UE ripercorrendo dapprima l’evoluzione giurisprudenziale che ha sancito l’obbligo anche per i giudici comunitari di statuire nel rispetto “del termine ragionevole” e successivamente dando atto delle riforme organizzative e processuali elaborate proprio per ottemperare a ragioni di celerità e di efficienza della giustizia ⁶.

respingere il valore di transazione dichiarato e, pertanto, a trattenere, conformemente all’art. 75, paragrafo 5, comma 3, del regolamento delegato 2017/891, la garanzia fornita per il pagamento dei dazi all’importazione; 5 settembre 2023, *Udlændinge- og Integrationsministeriet (Perte de la nationalité danoise)*, in causa C-689/21, ECLI:EU:C:2023:626, laddove la Corte, chiamata a verificare se l’art. 20 TFUE, letto alla luce dell’art. 7 della Carta, osti alla normativa di uno Stato membro secondo la quale i suoi cittadini, nati al di fuori del suo territorio, che non vi abbiano mai risieduto e che non vi abbiano soggiornato in condizioni che dimostrino un collegamento effettivo con tale Stato membro, perdono ipso iure la cittadinanza di quest’ultimo all’età di 22 anni, circostanza che comporta, per le persone che non sono anche cittadini di un altro Stato membro, la perdita del loro status di cittadino dell’Unione e dei diritti ad esso connessi, purché alle persone interessate sia offerta la possibilità di presentare, entro un termine ragionevole, una domanda di mantenimento o di riacquisto della cittadinanza; 18 aprile 2023, *E. D. L. (Motif de refus fondé sur la maladie)*, in causa C-699/21, laddove, la Corte ritiene lecito il rifiuto di eseguire il mandato d’arresto europeo qualora l’autorità giudiziaria dell’esecuzione non fornisca entro un termine ragionevole informazioni che escludano un rischio di deterioramento significativo e irrimediabile del suo stato di salute. Per contro, qualora il rischio suddetto possa essere escluso entro un tale termine ragionevole, deve essere concordata con l’autorità giudiziaria emittente una nuova data di consegna; 29 giugno 2023, *International Protection Appeals Tribunal e a. (Attentat au Pakistan)*, in causa C-756/21, ECLI:EU:C:2023:523 la Corte è chiamata ad interpretare la direttiva 2005/85 laddove afferma che è nell’interesse sia degli Stati membri sia dei richiedenti asilo decidere quanto prima possibile in merito alle domande di asilo. I giudici comunitari richiamando la propria giurisprudenza rilevano che, qualora la durata del procedimento non sia fissata da una disposizione di diritto dell’Unione, il carattere «ragionevole» del termine assunto per adottare l’atto in questione deve essere valutato in funzione dell’insieme delle circostanze proprie di ciascuna causa e, segnatamente, della rilevanza della controversia per l’interessato, della complessità del procedimento e del comportamento delle parti in causa. E comunque, l’eventuale inosservanza dell’obbligo di trattare le cause entro un termine ragionevole in materia di protezione internazionale, tanto nella fase amministrativa quanto in quella giurisdizionale, non può di per sé determinare l’annullamento di una decisione di rigetto di un ricorso volto all’annullamento di una decisione che non ha accolto una domanda di protezione internazionale, a meno che dal superamento del termine ragionevole sia conseguita una violazione dei diritti della difesa ovvero abbia avuto un’incidenza sulla soluzione della controversia.

⁶Per un’analisi della durata ragionevole nei procedimenti amministrativi dell’UE, cfr. DIANA-URANIA GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M.C. PIERRO (a cura di), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, p. 1 ss. ed *ivi* bibliografia.

2. Il diritto alla ragionevole durata quale garanzia del processo comunitario

La Corte di giustizia ha riconosciuto in via pretoria il diritto ad un giudizio entro un termine ragionevole a partire dalla sentenza del 17 dicembre 1998, *Baustahgewebe c. Commissione (BstG)*, anticipando la codificazione avvenuta poi nella Carta che ne ha suggellato definitivamente la tutela nell'ordinamento dell'Unione⁷. L'identificazione della garanzia è avvenuta conformemente alla creativa attività pretora relativa alla tutela dei diritti fondamentali secondo la quale tali diritti sono ispirati alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle convenzioni internazionali in materia di diritti dell'uomo, tra i quali in particolare, la CEDU, e fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, dei quali la Corte garantisce l'osservanza. In tal senso, la Corte, in sede d'impugnazione, si dichiara competente a verificare che nel processo dinanzi al Tribunale siano stati rispettati i principi generali del diritto comunitario fra i quali riconduce il diritto ad un processo entro un termine ragionevole; rilevando poi il mancato rispetto dei limiti della ragionevolezza, riduceva forfettariamente l'importo dell'ammenda inflitta alla ricorrente “*per ragioni di economia processuale e al fine di garantire un rimedio immediato ed effettivo a tale vizio procedurale*”.

Nonostante l'importante affermazione di principio, la soluzione, fondata sull'esercizio della piena giurisdizione (ovvero estesa al merito) conferita ai giudici dell'UE per ridurre, annullare o aumentare l'importo delle ammende inflitte dalla Commissione ai sensi dell'art. 261 TFUE (allora 229 TCE) e dell'attuale art. 31, reg. n. 1/2003 (allora art. 17, reg. n. 17/1962), veniva accolta con perplessità. Lo stesso avvocato generale Léger nelle conclusioni presentate a margine della causa *BstG*, dopo aver rilevato che la logica compensativa avrebbe obbligato a dedurre la pena dall'ammontare del risarcimento e che la Corte non poteva validamente statuire su un danno senza disporre la riapertura della discussione, individuava nell'azione di responsabilità extracontrattuale il rimedio più adeguato, proponendo una competenza della Corte di giustizia, in primo ed unico grado, per tale tipo di azione, in deroga alla competenza di principio prevista allora dalla decisione istitutiva del Tribunale⁸.

⁷ Sentenza del 17 dicembre 1998, *Baustahgewebe c. Commissione*, in causa C-185/95 P, ECLI:EU:C:1998:608. Cfr. A. TIZZANO, *Durata “ragionevole dei processi comunitari e problemi di convivenza a Lussemburgo...*, in *DUE*, 1999, p. 174 ss.; per una ricostruzione della garanzia nel processo comunitario, cfr. D. DOMENICUCCI, *Il diritto a un processo equo entro un termine ragionevole nell'ordinamento dell'UE: much ado about nothing?*, in *federalismi.it*, n. 21/2015.

⁸ Conclusioni dell'avvocato generale Philippe Léger presentate l'8 aprile 2003, in causa C-185/95 P, ECLI: ECLI:EU:C:1998:37.

Alcuni anni dopo, nella causa *Der Grüne Punkt*, la Corte torna ad indagare la misura sanzionatoria in caso di violazione del *délai raisonnable*. Precisamente, chiamata ad accertare la durata ragionevole del processo dinanzi al Tribunale ma in presenza di una decisione della Commissione che non infliggeva un’ammenda al ricorrente bensì un impegno di natura comportamentale, dopo aver constatato la violazione, sollecita un *revirement* giurisprudenziale suggerendo la possibilità d’introdurre una richiesta di risarcimento danni nei confronti dell’Unione come soluzione alternativa, per il caso di specie ritenendo che la violazione non potesse determinare la nullità della sentenza emessa in primo grado dal Tribunale⁹. Nonostante l’apertura, la decisione lascia incerto se l’azione di risarcimento danni e la riduzione dell’ammenda siano rimedi alternativi o coesistano.

Le statuizioni nei casi *Gascogne*¹⁰, *Kendrion*¹¹ e *ASPLA e Armando Álvarez*¹², pongono termine a questo dibattito e definiscono le modalità processuali per promuovere un giudizio inteso ad accertare la violazione del termine ragionevole ed ottenere un risarcimento.

Innanzitutto, l’azione risarcitoria diviene autonomo e specifico strumento predisposto dai Trattati a tutela dei singoli danneggiati dall’Unione per fatto del giudice allineandosi così sul punto alla responsabilità extracontrattuale dello Stato¹³. Inoltre, qualora la Corte di giustizia, sia chiamata a valutare la legittimità dell’operato del Tribunale e risulti manifesto che quest’ultimo ha violato in maniera sufficientemente qualificata il proprio

⁹ Sentenza della Corte del 16 luglio 2009, *Der Grüne Punkt*, in causa C-385/07 P, ECLI: ECLI:EU:C:2009:456. Cfr. anche le conclusioni dell’avvocato generale Bot presentate il 31 marzo 2009, in causa C-385/07 P, ECLI: ECLI:EU:C:2009:210 in cui riconosceva la competenza del Tribunale in composizione diversa e in secondo grado della Corte, preservando così il doppio grado di giudizio. L. COUTRON, *La réorientation du contentieux du délai raisonnable de jugement dans la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, n. 6, 2014, p. 1677 ss.; A. MAFFEO, *Conseguenze e rimedi per la violazione del délai raisonnable nel processo dinanzi ai giudici dell’Unione: la Corte di giustizia mette un punto fermo?*, in *Studi sull’integrazione europea*, IX, 2014, p. 588 ss.

¹⁰ Sentenza della Corte del 13 dicembre 2018, *Gascogne*, in cause riunite C-138/17 P e C-146/17 P, ECLI: ECLI:EU:C:2018:1013.

¹¹ Sentenza del 1° febbraio 2017, *Kendrion c. Unione europea*, in causa T-479/14, ECLI:EU: T:2017:48 poi impugnata dinanzi alla Corte che si è pronunciata con sentenza del 13 dicembre 2018, *Unione europea c. Kendrion NV*, in causa C-150/17 P, ECLI:EU:C:2018:1014.

¹² Sentenza della Corte del 13 dicembre 2018, *ASPLA e Armando Álvarez*, in cause riunite C-174/17 P e C-222/17 P, ECLI:EU:C:2018:1015.

¹³ Cfr. in particolare, sentenza del 30 settembre 2003, *Köbler*, in causa C-224/01, ECLI:EU: C:2003:513.

obbligo di giudicare la causa entro un termine ragionevole, può rilevare la violazione senza che le parti debbano produrre ulteriori elementi al riguardo ¹⁴.

La competenza *ex artt.* 256 TFUE e 51 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (Statuto) dell'azione risarcitoria *ex artt.* 268 e 340 TFUE, è del Tribunale che sarà chiamato a giudicare in una composizione diversa da quella cui è contestato il comportamento illecito. La decisione del Tribunale è poi impugnabile dinanzi alla Corte di giustizia, come peraltro avvenuto nei casi sopra menzionati.

La Corte di giustizia sarebbe forse giudice più adatto ad effettuare siffatta valutazione in quanto istanza giudiziaria distinta dal Tribunale; sebbene riunito in diversa composizione, infatti, è pur sempre un collegio formato al suo interno. Inoltre, tale attribuzione in un unico grado eviterebbe il procrastinarsi dell'eventuale accertamento di responsabilità del Tribunale posto che la sentenza adottata in primo grado è suscettibile d'impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia e può dunque giungere anche dopo diversi anni dalla commissione dell'illecito. Tale soluzione, tuttavia, sebbene discussa, è subordinata ad una modifica delle norme su riparto di competenze tra Corte di giustizia e Tribunale ancora oggi mancata.

Sul piano procedurale, convenuta è la Corte di giustizia dell'UE come istituzione ed è sul suo bilancio che grava il pagamento dell'indennizzo che, peraltro ove è stato accertato, è pressoché simbolico nonostante sia stata riconosciuta la possibilità per le persone giuridiche d'invocare non solo i danni materiali ma altresì quelli morali.

Il contenzioso in materia, peraltro, negli anni successivi ai casi sopra menzionati non è esploso come si temeva e le poche decisioni del Tribunale sono state annullate dalla Corte di giustizia in sede d'impugnazione per assenza del nesso di causalità sufficientemente diretto tra la presunta violazione del termine ragionevole e il danno dedotto dai ricorrenti ¹⁵.

¹⁴ Sentenza del 9 giugno 2016, *Repsol Lubricantes y Especialidades e a. c. Commissione*, C-617/13 P, EU:C:2016:416, punto 100.

¹⁵ Cfr. sentenza del 5 settembre 2019, *Unione europea c. Guardian Europe*, in cause riunite C-447/17 P e C-479/17 P, ECLI:EU:C:2019:672.

3. *La durata ragionevole come obiettivo delle riforme che hanno interessato il sistema giurisdizionale dell’Unione europea: a) le riforme strutturali; b) le riforme processuali*

Il progressivo aumento del carico di lavoro e il timore della conseguente dilatazione dei tempi processuali sono stati elementi di valutazione costanti alla definizione delle diverse modifiche introdotte nel corso dei decenni al sistema giudiziario dell’UE. Le soluzioni elaborate sono state di carattere strutturale andando a modificare l’assetto delle corti comunitarie ma sono altresì intervenute riforme sul piano processuale che hanno semplificato e accelerato talune fasi della procedura ¹⁶.

a) *Le riforme strutturali*

Quanto al primo profilo, fu proprio la constatazione di un aumento esponenziale dell’attività sostenuta dalla Corte di giustizia e della conseguente durata media dei processi, a sollecitare una riorganizzazione del sistema giurisdizionale originariamente previsto dalla convenzione relativa ad alcune istituzioni comuni delle Comunità europee firmata a Roma il 25 marzo 1957. Così, sulla base di una richiesta formulata dalla stessa Corte, il Consiglio, con decisione del 24 ottobre 1988, in attuazione degli artt. 4, 11 e 26 dell’Atto unico europeo, istituì l’allora Tribunale di primo grado delle Comunità europee cui veniva affidata “*la competenza a conoscere in primo grado di talune categorie di ricorsi che spesso richiedono l’esame di fatti complessi*” al fine di “*preservare la qualità e l’efficacia della tutela giurisdizionale nell’ordinamento giuridico comunitario, [e] consentire alla Corte di concentrare la sua attività sul suo compito principale, che è quello di assicurare l’interpretazione uniforme del diritto comunitario*” ¹⁷. L’iniziale limitata competenza (funzione pubblica e regole di concorrenza applicabili alle imprese) è stata successivamente estesa *ratione materiae* e *ratione personae* con diverse

¹⁶ In generale, sulle riforme strutturali e processuali del sistema giudiziario UE, cfr. R. BARENTS, *Remedies and Procedures Before the EU Courts*, Alphen aan den Rijn, 2020; P. BIAVATI (a cura di), *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2020; M. CONDINANZI, *Innovazione e continuità alla Corte di giustizia dell’Unione europea*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Il giudice dell’Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in)stabile: dall’incremento della composizione alla modifica delle competenze*, Milano, 2022, p. 1 ss.

¹⁷ Decisione del Consiglio del 24 ottobre 1988 che istituisce un Tribunale di primo grado delle Comunità europee (88/591/CECA, CEE, Euratom), in GUCE L 319 del 25 novembre 1988, p. 1 ss. La decisione è stata abrogata dal Trattato di Nizza. A. TIZZANO, *L’istituzione del «Tribunale di primo grado delle Comunità europee»*, in *Foro it.*, vol. 112, IV, 1989, cc. 37/38-47/48; M. CONDINANZI, *Il tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996.

modifiche apportate alla decisione istitutiva, definitivamente abrogata dall'art. 10 del Trattato di Nizza che ha altresì trasferito il contenuto della decisione in norme di rango primario (artt. 19 TUE, 256 TFUE e Statuto) così da considerare il Tribunale (che perde la qualifica di "primo grado") parte integrante dell'apparato giurisdizionale dell'UE.

Il Trattato di Nizza introduce altresì la seconda importante riforma strutturale dell'organizzazione giudiziaria elaborata per far fronte alla progressiva estensione di competenze dell'Unione e alla sua imminente estensione territoriale¹⁸. Le norme dei trattati configurano la possibilità di realizzare un sistema giudiziario a tre livelli costituito: alla base, da una pluralità di tribunali specializzati per materia, competenti in primo grado (art. 257 TFUE); in posizione intermedia, dal Tribunale che ampliava le sue competenze e diventava anche giudice di secondo grado rispetto alle decisioni dei tribunali specializzati; dalla Corte di giustizia che assurgeva a giudice di vertice, posto a tutela dell'uniformità del sistema, competente anche a riesaminare le decisioni del Tribunale quale giudice d'appello. A tale disegno, la clausola abilitante di cui all'art. 256, par. 3, TFUE aggiungeva la possibilità di conferire una competenza pregiudiziale al Tribunale per talune materie da individuarsi con modifica dello Statuto¹⁹. L'architettura delineata dal Trattato di Nizza tuttavia rimase pressoché inattuata essendo istituito un solo tribunale specializzato, il Tribunale per la funzione pubblica (TPF) nel 2004, rimasto in funzione fino al 31 agosto 2016 sostanzialmente "travolto" dalla terza importante riforma che ha preso avvio nel 2015²⁰. Precisamente, attraverso la revisione autonoma dello Statuto, di

¹⁸ Sulla riforma introdotta dal Trattato di Nizza, cfr. M. DONY, E. BRIBOSIA (ed.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002; B. NASCIBENE (a cura di) *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003; A. TIZZANO, (a cura di) *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003; J.-P. JACQUE, *L'avenir de l'architecture juridictionnelle de l'Union*, in RTDE, 1999, p. 433 ss.; R. BRADLEY, *Institutional Design in The Treaty of Nice*, in CMLR, 2001, p. 1095 ss.; O. TAMBOU, *Le système juridictionnel communautaire revu et corrigé par le traité de Nice*, in RMUE, 2001, p. 705 ss.; A. TIZZANO, *La Cour de justice après Nice: le transfert de compétences au Tribunal de première instance*, in DUE, 2002, p. 597 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione comunitaria e certezza del diritto dopo il Trattato di Nizza*, in RDI, 2002, p. 5 ss.

¹⁹ Ricordiamo che le modifiche allo Statuto della Corte di giustizia dell'UE pur essendo fonte primaria contenuta nel Protocollo n. 3 allegato ai trattati, può essere modificato (fatta eccezione per il titolo primo e l'art. 64) senza ricorrere alla procedura di revisione ex art. 48 ma con procedura legislativa ordinaria, ai sensi dell'art. 281 TFUE. C. IANNONE, *Art. 281 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 2210 ss.

²⁰ Il TPF è stato istituito con decisione 2004/752/CE, Euratom del Consiglio del 2 novembre 2004 che istituisce il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea, in GUUE L 333 del 9 novembre 2004. Sul TPF, cfr. L. SCHIANO, *Le "camere giurisdizionali" presso la Corte*

cui all’art. 281 TFUE, il regolamento (UE, Euratom) 2015/2422 modifica l’art. 48 prevedendo una duplicazione, a tappe, dei membri del Tribunale e l’abrogazione dell’allegato I allo Statuto dedicato al TPF, le cui competenze, con il regolamento (UE, Euratom) 2016/1192, tornano al Tribunale²¹. Ancora una volta alla base della riforma vi sono ragioni di efficienza, urgenza, flessibilità e coerenza ma, in questo caso, anche ragioni economiche ritenendo gli estensori del progetto di modifica, meno dispendioso l’aumento del numero dei giudici rispetto agli eventuali importi da versare a coloro che avessero avviato un’azione di responsabilità extracontrattuale dell’Unione, denunciando l’eccessiva durata dei processi²².

La duplicazione dei membri del Tribunale pur non mutando l’assetto strutturale del sistema giudiziario dell’Unione, incide in modo dirompente sul piano organico segnando un definitivo superamento dell’architettura disegnata dal Trattato di Nizza che tuttavia, in assenza di una revisione pattizia, persiste nelle norme dei trattati. Si noti che il progetto originario avanzato dalla Corte di giustizia chiedeva di aumentare di dodici unità il

di Lussemburgo: alcune riflessioni alla luce dell’istituzione del Tribunale della funzione pubblica, in DUE, 2005, p. 279 ss.; S. BONI, *La procédure devant le tribunal de la fonction publique de l’Union européenne: principales innovations introduites par son règlement de procédure*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 733 ss.; G. GATTINARA, *Le TFP est mort! Vive le TFP?*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *La Corte di Giustizia dell’Unione Europea oltre i trattati: La riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano, 2018, p. 355 ss.

²¹ Il raddoppio dei giudici si è concluso il 1° settembre 2019. Cfr. il regolamento (UE, Euratom) 2015/2422 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2015 recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, GUUE L 341/14 che prevede il raddoppio dei giudici del Tribunale e del regolamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 2016 relativo al trasferimento al Tribunale della competenza a decidere, in primo grado, sulle controversie tra l’Unione europea e i suoi agenti, in GUUE L 200/137. Sulla riforma, in particolare, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell’Unione: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*, in *Federalismi.it*, n. 9/2015; A. ALEMANN, L. PECH, *Thinking justice outside the docket: A critical assessment of the reform of the EU’S court system*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 129 ss.; C. FRIEDRICH, *Les vicissitudes de la juridiction européenne: une réforme confisquée par la Cour de justice*, *Revue du droit de l’Union européenne*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2017, p. 113 ss.

²² Come indicato dal considerando 5 del regolamento 2015/2422, “[il ricorso alla] possibilità, prevista dai trattati, di aumentare il numero di giudici del Tribunale” è apparso come una misura appropriata per “ridurre in breve tempo sia il volume di cause pendenti sia l’eccessiva durata dei procedimenti dinanzi ad esso”. Sul bilanciamento dei costi della riforma e i costi derivanti da risarcimenti per eccessiva durata, cfr. il comunicato stampa della Corte di giustizia dell’Unione europea del 28 aprile 2015 n. 44/15 che analizza le ragioni e i costi della proposta di riforma, documenti specifici sui costi della riforma del 13 ottobre 2014 reperibili alla pagina <https://curia.europa.eu/> rispettivamente sotto “comunicati stampa” e “documenti”.

numero dei giudici del Tribunale; furono i governi nazionali, incapaci di trovare un accordo sul metodo di ripartizione, ad attribuire un secondo giudice a ciascun Stato membro ²³.

L'attuazione dell'allargamento organico del Tribunale e le ricadute della riforma sul sistema processuale, sono oggetto di una specifica attività di monitoraggio, declinata dall'art. 3 del regolamento 2015/2422. Precisamente, era previsto che entro il 26 dicembre 2017, la Corte di giustizia elaborasse una relazione destinata al Parlamento europeo, al Consiglio e alla Commissione su eventuali modifiche della ripartizione delle competenze in materia di pronunce pregiudiziali a norma dell'art. 267 TFUE (par. 2) e una seconda relazione, entro il 26 dicembre 2020, sul funzionamento del Tribunale allargato valutando l'opportunità di istituire "ulteriori sezioni specializzate e/o altre modifiche strutturali" (par. 3), avanzando, se del caso, richieste di modifica dello Statuto.

Nella prima di tali relazioni, presentata il 14 dicembre 2017, la Corte evidenziava come il trasferimento di competenze pregiudiziali non fosse opportuno in quel momento storico, essendo ancora *in itinere* la riforma avviata nel 2015, preferendo dunque attendere l'asestamento del Tribunale e rivalutare la modifica ²⁴. Costatava, tuttavia, altresì, che numerose impugnazioni erano proposte in cause che avevano già beneficiato di un duplice esame, da parte di una commissione di ricorso indipendente in un primo tempo, e poi da parte del Tribunale, e che molte di queste impugnazioni erano respinte dalla Corte di giustizia a causa della loro manifesta infondatezza o per irricevibilità manifesta. La sollecitazione ebbe poi un seguito con l'introduzione, fra le modifiche allo Statuto previste dal regolamento 2019/629, di un procedimento preventivo di ammissione svolto dalla Corte di giustizia, di determinate impugnazioni, aventi ad oggetto "una decisione di una commissione di ricorso indipendente", *ex art. 58-bis* dello Statuto ²⁵.

²³ Cfr. il progetto di riforma è del 28 marzo 2011 reperibile nel Registro pubblico dei documenti del Consiglio <https://www.consilium.europa.eu/it/documents-publications/>, documento 8787/11, Fascicolo interistituzionale 2011/0901B (COD).

²⁴ Il testo è reperibile alla pagina <https://curia.europa.eu>

²⁵ Regolamento (UE, Euratom) 2019/629 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, recante modifica del protocollo n. 3 sullo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea in GUUE 2019, L 111, p. 1. C. AMALFITANO, *Note critiche sulla recente riforma dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in DUE, 2019 p. 29 ss. Per alcune riflessioni sul punto, cfr. P. IANNUCELLI, *L'ammissione preventiva delle impugnazioni contro le decisioni del Tribunale dell'Unione europea ex art. 58-BIS dello statuto: una prima valutazione e le eventuali applicazioni future*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Il giudice dell'Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in)stabile: dall'incremento della composizione alla modifica delle competenze*, Milano, 2022, p. 177 ss.

Il 21 dicembre 2020 la Corte di giustizia trasmette anche la seconda relazione prevista dall’art. 3 del regolamento 2015/2422 rilevando – seppur con la dovuta cautela dettata dal ridotto lasso temporale intercorso tra l’ultima fase del raddoppio e il deposito della stessa relazione (poco più di un anno) – l’impatto positivo della riforma tangibile con la constatazione di un netto miglioramento della durata media della trattazione delle cause sia dinanzi alla Corte ma soprattutto dinanzi al Tribunale che ciononostante riesce a sostenere un buon equilibrio tra il numero delle cause concluse e quelle introdotte²⁶. Emerge tuttavia anche un costante aumento del numero dei rinvii pregiudiziali e delle impugnazioni che rappresentano da sole più del 95% del numero totale di cause proposte dinanzi alla Corte nel 2021. La conseguenza è una dilatazione dei tempi processuali nei procedimenti pregiudiziali che nel 2022 passa a 17,3 mesi, contro 16,7 mesi nel 2021.

Alla luce di questi dati statistici e tenuto conto del raggiunto assetto riformato da parte del Tribunale, il 5 dicembre 2022, la Corte di giustizia ha presentato una domanda di modifica dello Statuto intesa a preservare la capacità di emanare “*decisioni di qualità entro termini ragionevoli*” e di consentire alla Corte di “*concentrarsi maggiormente sulle proprie missioni centrali di organo giurisdizionale costituzionale e supremo dell’Unione*” proponendo, tra l’altro, il trasferimento al Tribunale di alcune competenze pregiudiziali in materie specifiche e un’estensione della procedura di ammissione preventiva delle impugnazioni di cui all’art. 58-*bis* Statuto²⁷. L’iter legislativo è, ad oggi, pressoché concluso avendo il Consiglio annunciato, il 19 marzo 2024, di aver approvato la posizione adottata in prima lettura il 27 febbraio dal Parlamento europeo che, salvo alcune modifiche frutto, tra gli altri, del parere della Commissione europea e della relazione della commissione giuridica parlamentare, mantiene la proposta iniziale presentata dalla Corte di giustizia²⁸.

²⁶ Cfr. il comunicato stampa n. 173/2020 del 22 dicembre 2020 della Corte di giustizia; il testo è reperibile alla pagina <https://curia.europa.eu>. Per un esame della relazione, cfr. D.P. DOMENICUCCI, *La relazione prevista dall’art. 3, par. 1, del regolamento 2015/2422 tra indagini retrospettive di bilancio dell’attività del Tribunale e analisi prospettiche di rilancio del suo ruolo nel contesto della nuova architettura giudiziaria dell’Unione europea*, in AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *Il giudice dell’Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in)stabile: dall’incremento della composizione alla modifica delle competenze*, Milano, 2022, p. 39 ss.

²⁷ Cfr. la domanda presentata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell’art. 281, comma 2, TFUE alla pagina <https://curia.europa.eu/> sulla quale si è espresso il Parlamento europeo il 27 febbraio 2024 (A9-0278/2023) e la Commissione il 10 marzo 2023, COM (2023) 135 final.

²⁸ Cfr. P. CABRINI, *Statuto della Corte di giustizia: adottato il regolamento di modifica al Protocollo n. 3*, in eurojus.it, 25 marzo 2024. In sintesi, il nuovo art. 50-ter dello Statuto trasferisce al Tri-

Al di là delle perplessità sollevate nel corso dell'iter legislativo sull'opportunità di trasferire competenze pregiudiziali al Tribunale, perplessità peraltro espresse sin dall'introduzione della clausola abilitante di cui all'art. 256, par. 3, TFUE, le modifiche da ultimo introdotte consegnano un assetto strutturale in cui la Corte è organo giurisdizionale costituzionale e supremo dell'Unione e il Tribunale giudice di primo grado, dotato di una competenza sempre più ampia di questioni ²⁹.

b) *Le riforme processuali*

L'esigenza di contenere la durata dei processi è anche fra gli obiettivi di molteplici modifiche introdotte alle regole che determinano il trattamento delle cause dinanzi ai giudici comunitari ³⁰. Gli interventi toccano vari aspetti processuali alcuni di carattere più tecnico ed organizzativo ma comunque accumulati dalla medesima finalità ovvero quella di ridurre la durata dei procedimenti ³¹.

bunale la competenza a conoscere delle domande di pronuncia pregiudiziale sulle seguenti materie: il sistema comune di imposta sul valore aggiunto (lett. a); i diritti di accisa (lett. b); il codice doganale (lett. c); la classificazione tariffaria delle merci nella nomenclatura combinata (lett. d); la compensazione pecuniaria e l'assistenza dei passeggeri in caso di negato imbarco o cancellazione di servizi di trasporto (lett. e); il sistema di scambio quote di emissione di gas ed effetto serra (lett. f). La procedura di ammissione preventiva delle impugnazioni verrebbe estesa anche alle impugnazioni proposte contro le decisioni del Tribunale vertenti su decisioni delle commissioni di ricorso indipendenti di taluni organi dell'Unione che non erano stati inizialmente menzionati nell'art. 58-*bis* dello Statuto all'atto della sua entrata in vigore il 1° maggio 2019 (ad esempio, l'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie e quella per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, l'Autorità bancaria europea o, ancora, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati e quella delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali).

²⁹ Per alcune riflessioni sul trasferimento di alcune competenze pregiudiziali al Tribunale, cfr. C. AMALFITANO, *Il futuro del rinvio pregiudiziale nell'architettura giurisdizionale dell'Unione europea*, in *DUE*, 2022, p. 501 ss.

³⁰ In argomento, cfr. C. AMALFITANO, *Durata ragionevole ed efficienza del processo dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI (a cura di), *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, cit., p. 79 ss.; E. FOIS, *Le modalità di trattamento delle cause dinanzi alla Corte di giustizia in funzione dell'esigenza di celerità*, in *ibid.*, p. 103 ss.

³¹ Sul piano tecnico ricordiamo, l'introduzione delle lingue *pivot*, la semplificazione delle regole editoriali sulla pubblicazione di sentenze ed ordinanze, l'eliminazione della relazione d'udienza. Cfr. C. ZADRA, A. SACCHETTINO, *Art. 36-42 Statuto CG*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea. Commento articolo per articolo*, Napoli, 2017, p. 423 ss.; A. LA PERGOLA, *Art. 87 RP Trib.*, in *ibid.*, p. 1169 ss. Anche la modernizzazione del servizio pubblico della giustizia contribuisce all'efficacia del sistema giudiziario europeo, in particolare le misure adottate nel corso degli anni per digitalizzare l'intero procedimento giudiziario, dal deposito in linea di principio obbliga-

La celerità processuale risulta tuttavia diversamente declinata andando a distinguere quegli strumenti che tendono a semplificare la procedura per conseguire un risultato generale da quelli che accelerano il trattamento di una causa in forza di un’esigenza specifica di celerità della causa stessa. Sono riconducibili al primo gruppo, in particolare, la revisione dell’art. 252, par. 2, TFUE e 20 Statuto intesa a rendere eventuali le conclusioni dell’avvocato generale che possono non essere presentate qualora la causa, pendente dinanzi alla CG, non sollevi nuove questioni di diritto³²; l’introduzione della facoltà di statuire senza udienza di discussione qualora il collegio ritenga di essere sufficientemente edotto per decidere in base alle osservazioni scritte presentate dalle parti in causa³³; la possibilità per la Corte di statuire con ordinanza motivata laddove una questione pregiudiziale sia “identica” (e non più solo “manifestamente identica”) ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito³⁴.

Quanto al secondo gruppo di strumenti, il tentativo di rendere più rapida la soluzione delle controversie per esigenze della causa è innanzitutto l’obiettivo sotteso all’introduzione del giudizio accelerato (c.d. fast track), regolato per i ricorsi diretti dagli artt. 133-136 RP CG e art. 76-*bis* RP Trib e per i rinvii pregiudiziali dagli artt. 105,106 RP Corte). Il rito accelerato si caratterizza per una compressione della fase scritta (in particolare si cerca di evitare lo scambio di repliche e controrepliche) nonché per la fissazione dell’udienza di discussione in tempi rapidi e con criteri di priorità sulle al-

torio degli atti mediante l’applicazione e-Curia alla firma elettronica delle decisioni giudiziarie; si aggiungono altresì i lavori intrapresi dall’istituzione ai fini della creazione di un sistema integrato di gestione delle cause (SIGA) e quelli in corso d’implementazione che consentiranno al Tribunale di gestire l’arrivo dei procedimenti pregiudiziali nel 2024.

³² La modifica introdotta con il Trattato di Nizza consente un risparmio temporale di circa quattro mesi ma anche un risparmio sui costi di traduzione.

³³ Cfr. il considerando 6 del progetto di regolamento di procedura della Corte di giustizia trasmesso dalla Corte di giustizia al Consiglio il 7 giugno 2011 “*al fine di preservare la capacità dell’organo giurisdizionale, a fronte di un contenzioso sempre più nutrito, di decidere le cause di cui è investito in tempi ragionevoli, è inoltre necessario proseguire gli sforzi avviati al fine di ridurre la durata dei procedimenti [...] prevedendo la facoltà di statuire senza udienza di discussione qualora si reputa sufficientemente edotto dal complesso delle osservazioni scritte presentate in una causa*”, in nota di trasmissione del Consiglio n. 11147/11 del 7 giugno 2011.

³⁴ Modifiche del 16 maggio 2000 in GUCE L 122 del 24 maggio 2000 e modifiche del 28 novembre 2000 in GUCE L 322 del 19 dicembre 2000. La Corte può ricorrere a questo procedimento semplificato in tre ipotesi, vale a dire qualora la questione sottoposta sia identica ad una questione sulla quale essa ha già statuito, qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o qualora la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli.

tre cause. La Corte, inoltre, statuisce in assenza delle conclusioni dell'avvocato generale che è unicamente "sentito". L'applicazione della procedura accelerata, richiesta dalle parti con atto separato al momento del ricorso o del controricorso e, per il rinvio pregiudiziale, dal giudice nazionale, è decisa dal presidente della Corte qualora ravvisi la particolare urgenza di giungere ad una definizione nel merito della causa. Non si tratta, dunque, di un procedimento speciale quanto piuttosto di una corsia preferenziale sulla quale possono procedere singole cause individuate di volta in volta e non definite a priori.

Una specifica esigenza di celerità è sottesa anche al procedimento pregiudiziale d'urgenza (PPU) inteso a trattare rapidamente le questioni pregiudiziali relative alle materie che rientrano nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (parte III del Titolo V del TFUE)³⁵. Le caratteristiche del nuovo istituto, operativo dal 1° marzo 2008, consentono di limitare la fase scritta alle parti della causa principale, allo Stato membro cui appartiene il giudice del rinvio, alla Commissione europea e alle altre istituzioni qualora la causa riguardi un atto da esse emanato. Le parti, nonché i soggetti diversi da quelli appena menzionati di cui all'art. 23 Statuto (di fatto, gli altri Stati membri), potranno partecipare alla fase orale del procedimento e in tal sede prendere posizione sulle osservazioni scritte presentate. In secondo luogo, le cause trattate con un procedimento pregiudiziale d'urgenza sono attribuite, non appena pervenute alla Corte, ad una sezione di cinque giudici specificamente prevista a tal fine.

Come emerge dalle statistiche delle relazioni annuali sull'attività giudiziaria, mentre l'applicazione degli strumenti atti a semplificare la procedura è assai frequente, in generale il trattamento delle cause in regime accelerato e PPU è stato utilizzato con grande prudenza evidenziando un certo equilibrio nella ponderazione tra esigenze di celerità e garanzie processuali.

4. *Considerazioni conclusive*

Ragioni di efficienza, efficacia, urgenza, economicità, flessibilità e coerenza sono le motivazioni che ricorrono regolarmente nelle discussioni prodromiche alle diverse riforme introdotte al sistema di tutela giurisdizionale dell'Unione europea siano esse di carattere strutturale ovvero pro-

³⁵ Art. 107-114 RP Corte. Introdotto nel 2008 con decisione del Consiglio del 20 dicembre 2007 n. 2008/79/CE, in GUUE 2008, L 24.

cedimentale o ancora misure amministrative o di organizzazione interna.

La celerità della trattazione delle cause è certamente un obiettivo ma è anche uno strumento per misurare la tenuta del sistema processuale ed anche un indicatore degli aspetti problematici rispetto ai quali è necessario pensare adeguati e opportuni interventi.

Le statistiche giudiziarie relative al 2023 confermano l’aumento strutturale del contenzioso dinanzi ai giudici comunitari, in particolare dinanzi alla Corte di giustizia, seppur in linea con anni precedenti ma anche una tenuta della durata media dei procedimenti ³⁶. Sebbene con la dovuta cautela, nelle more di una nuova imminente riforma che come rilevato dal presidente della Corte di giustizia dell’Unione europea, Koen Lenaerts, “*dovrebbe consentire alla Corte di giustizia di concentrarsi sui suoi compiti centrali di organo giurisdizionale costituzionale e supremo dell’Unione [pronunciandosi su] tematiche delicate come la salvaguardia dei valori dello Stato di diritto nel contesto delle riforme giudiziarie nazionali, la politica di asilo e di immigrazione, la protezione dei dati personali e l’applicazione delle regole di concorrenza nell’era digitale, la lotta contro le discriminazioni o, ancora, le questioni ambientali, energetiche e climatiche*”, possiamo rilevare l’esistenza di diversi e alternativi strumenti processuali che seppur con l’esercizio di un’accresciuta discrezionalità da parte dei giudici comunitari consentono a questi ultimi di contemperare esigenze generali di efficienza e esigenze specifiche celerità rispondendo così efficacemente a coloro che domandano giustizia.

³⁶ Cfr. il comunicato stampa della Corte di giustizia dell’Unione europea n. 59/24 del 22 marzo 2024 sulle statistiche giudiziarie 2023.

FRANCESCA ROMANIN JACUR

GARANZIA ED EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA NEL CONTENZIOSO IN MATERIA DI CAMBIAMENTO CLIMATICO: ASPETTI DI DIRITTO INTERNAZIONALE

1. Introduzione

Questo contributo intende dare una panoramica del contenzioso in materia di cambiamento climatico dalla prospettiva del diritto internazionale. Una prima questione di fondo riguarda quali siano gli obblighi in capo agli Stati ai sensi del diritto internazionale consuetudinario o pattizio in materia di cambiamento climatico. Tale quesito è stato sottoposto come richiesta di parere consultivo a ben tre giurisdizioni internazionali (la Corte internazionale di giustizia, il Tribunale internazionale per il diritto del mare e la Corte interamericana per i diritti dell'uomo). Per chiarire quali siano le principali norme pattizie rilevanti, la prima parte descrive brevemente i trattati sul cambiamento climatico e i rispettivi sistemi di risoluzione delle controversie, che però non sono stati quasi mai usati dagli Stati.

In attesa di ricevere gli attesi chiarimenti da parte delle giurisdizioni internazionali, altri organi giurisdizionali e quasi giurisdizionali creati da accordi di tutela dei diritti dell'uomo sono chiamati a determinare se esistono obblighi positivi derivanti dai propri trattati istitutivi in capo agli Stati di tutelare i diritti umani, quali il diritto alla vita, dagli effetti negativi derivanti dal cambiamento climatico. La seconda parte passa quindi ad esaminare questi ricorsi da parte di individui e organizzazioni non governative contro gli Stati che, a partire dal 2005 e in modo crescente negli ultimi anni, sono presentati a questi organismi internazionali e regionali. Nella terza parte, si prendono in esame i contenziosi riguardanti il cambiamento climatico portati davanti ai tribunali per la protezione degli investimenti stranieri. E infine si esaminano i giudizi davanti alle giurisdizioni interne, che vedono agire individui o organizzazioni non governative contro due

diversi convenuti: Stati e società, spesso multinazionali, attive nell'ambito della produzione di petrolio e di altri combustibili fossili.

Il filo rosso individuato nei concetti di garanzia ed efficienza della giustizia, impone di considerare il ruolo che i giudici hanno in questo tipo di contenzioso climatico. Nel contenzioso strategico in materia di cambiamento climatico i giudici sono chiamati a compensare l'inadeguatezza dei progressi dei negoziati internazionali e la mancanza di adeguate iniziative adottate dagli Stati a livello interno. Ad essi, infatti, viene chiesto di affermare l'esistenza di obblighi stringenti in capo ai governi e di intimare loro di adottare misure più ambiziose, o similmente di condannare le multinazionali ad accelerare le proprie strategie aziendali per ridurre le emissioni di gas ad effetto serra. Per rendere queste pronunce, i giudici devono interpretare e talvolta ripensare alcuni tradizionali concetti giuridici, quali la legittimazione ad agire di individui ma anche delle generazioni future, il nesso di causalità e la giurisdizione, o la responsabilità per illecito lungo la "catena del valore": da un lato, i ricorrenti chiedono ai giudici di essere più "efficienti" e di dare pronunce che interpretino in modo evolutivo – *de lege ferenda* – questi concetti, contribuendo così allo sviluppo progressivo del diritto; d'altra parte, gli Stati (o le multinazionali) convenuti puntano a far prevalere posizioni giuridiche più "garantiste" e saldamente ancorate al diritto positivo.

2. *Gli accordi internazionali sui cambiamenti climatici ed il ruolo delle giurisdizioni internazionali*

Il cambiamento climatico rappresenta una delle più grandi sfide dei nostri giorni per la comunità internazionale. La cooperazione internazionale in materia di cambiamento climatico si è sviluppata a partire dagli anni '90 con la conclusione della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC, 1994)¹, a cui è seguito il Protocollo di Kyoto (2005) e più recentemente l'Accordo di Parigi (2016). Già la convenzione quadro prevede una clausola per la soluzione delle controversie tra Stati, che viene richiamata sia dal Protocollo di Kyoto che dall'Accordo di Parigi.

¹ Gli Stati Parti alla UNFCCC si accordano su principi e obblighi generali e stabiliscono le fondamenta del processo per l'ulteriore sviluppo di obblighi sostanziali: una struttura istituzionale e procedure decisionali come base per la loro futura cooperazione. Gli Stati parti affidano alla Conferenza delle Parti (CoP) diverse funzioni, alcune espressamente previste dal trattato per garantirne il buon funzionamento, quali ad esempio il compito di sviluppare e rafforzare progressivamente gli impegni iniziali, e monitorarne l'attuazione.

Ai sensi dell'art. 14 della UNFCCC, gli Stati possono adire la Corte internazionale di giustizia o un tribunale arbitrale per dirimere controversie relative all'attuazione o all'interpretazione della Convenzione². È significativo rilevare come questa soluzione non sia mai stata utilizzata da parte degli Stati parti. Il Protocollo di Kyoto, oltre a richiamare il sistema di soluzione delle controversie della convenzione quadro³, prevede un elaborato meccanismo di controllo sull'attuazione dei propri obblighi da parte degli Stati, il c.d. meccanismo di *compliance*, che ha operato in modo efficace nel garantire il corretto funzionamento dei meccanismi di flessibilità, quali la produzione di quote di emissioni di gas serra ed il loro scambio sul mercato del carbonio⁴. È ancora troppo presto per pronunciarsi su come e se il sistema di soluzione di controversie tra Stati sarà utilizzato nell'ambito dell'Accordo di Parigi.

Se il contenzioso interstatale non si è ancora sviluppato, recentemente vi sono state ben tre domande di pareri consultivi rivolti a Corti internazionali. Il primo quesito rivolto dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite alla Corte è il seguente: *"What are the obligations of States under international law to ensure the protection of the climate system and other parts of the environment from anthropogenic emissions of greenhouse gases for States and for present and future generations"*. Alla Corte è chiesto inoltre di indicare quali siano *"the legal consequences under these obligations for States where they, by their acts and omissions, have caused significant harm to the climate system and other parts of the environment"* nei confronti non solo degli Stati, e in particolare delle piccole isole, ma anche di individui, popoli e generazioni future che subiscono gli impatti negativi dei cambiamenti climatici⁵.

²La Corte internazionale di giustizia non ha ancora affrontato una controversia relativa al cambiamento climatico.

³Protocollo di Kyoto, art. 19.

⁴Protocollo di Kyoto, art. 18. Sul meccanismo di compliance del Protocollo, si rinvia a F. ROMANIN JACUR, *The Kyoto Protocol's compliance mechanism*, in D.A. FARBER; M. PEETERS (a cura di), *Climate Change Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 239-250.

⁵International Court of Justice, *Request for advisory opinion transmitted to the Court pursuant to General Assembly Resolution 77/276 of 29 March 2023 "Obligations Of States In Respect Of Climate Change"* (<https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-2023-0412-app-01-00-en.pdf>). La richiesta di parere consultivo alla Corte internazionale di giustizia si basa su norme consuetudinarie, quali il principio di prevenzione, il dovere di diligenza e l'obbligo di tutelare l'ambiente, e sui principali accordi in materia di diritti umani e tutela dell'ambiente, quali la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948), i Patti di New York (1966), i trattati del regime sui cambiamenti climatici e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare.

Il quesito rivolto al Tribunale internazionale per il diritto del mare è più specificamente centrato sugli obblighi di prevenzione dell'inquinamento marino derivante dagli impatti causati dai cambiamenti climatici⁶, mentre alla Corte Interamericana su richiesta del Cile e della Colombia sono state rivolte una serie articolata di domande e chiarimenti, riguardanti obblighi di mitigazione, adattamento e risarcimento per danni dovuti ai cambiamenti climatici⁷. La Corte Interamericana dei diritti umani ha già emesso un parere consultivo sulla relazione tra la protezione dell'ambiente e i diritti umani, riconoscendo in particolare che “gli effetti negativi del cambiamento climatico influenzano il reale godimento dei diritti umani”⁸. Con una pronuncia estremamente innovativa, che inaugura una nuova concezione di “giurisdizione”, la Corte ha affermato che gli Stati hanno il dovere di impedire che le attività all'interno delle proprie giurisdizioni causino danni ambientali e quindi incidano negativamente sui diritti umani delle persone in altri Stati. Per quanto riguarda il cambiamento climatico, questa pronuncia è di grande importanza per le sue implicazioni sulla portata extraterritoriale dei danni causati dal cambiamento climatico, in quanto riconosce la natura transfrontaliera del cambiamento climatico e dei suoi effetti collaterali correlati, e li collega al dovere di prevenzione prevedendo espressamente un dovere da parte degli Stati e la loro corrispondente responsabilità di evitare violazioni extraterritoriali dei diritti umani provenienti da attività che rientrano nella propria giurisdizione. Tale “precedente” viene sovente richiamato nel contenzioso climatico portato sulla base dei trattati sulla tutela dei diritti umani.

Il regime sul cambiamento climatico fin dalla sua istituzione rappresenta un “laboratorio sperimentale” di governance ambientale⁹. L'Accordo di Parigi può qualificarsi come un modello *bottom-up*, nel senso che gli obblighi pattizi non sono determinati a livello sovranazionale dall'Accordo e

⁶ITLOS, Request for an Advisory Opinion of 12 December 2022, *Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law*, case n. 31 (https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Request_for_Advisory_Opinion_COSIS_12.12.22.pdf).

⁷Request for an advisory opinion on the Climate Emergency and Human Rights submitted to the Inter-American Court of Human Rights by the Republic of Colombia and the Republic of Chile, 9 January 2023. Le pronunce della Corte sono consultabile al sito www.corteidh.or.cr.

⁸Corte interamericana dei diritti dell'uomo, Parere consultivo n. 23/17 (15 novembre 2017) Requested by the Republic of Colombia, *A Request for an Advisory Opinion from the Inter-American Court of Human Rights Concerning the Interpretation of Article 1(1), 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights*, par. 47.

⁹L. RAJAMANI, *Innovation and experimentation in the International Climate Change Regime*, in *Recueil des cours*, 2020, vol. 404.

“imposti” agli Stati Parte, come nel modello *top-down* del Protocollo di Kyoto, che stabilisce obblighi quantificati e vincolanti, accompagnati da un forte controllo sovranazionale sulla loro attuazione da parte del comitato di compliance. L’Accordo di Parigi si caratterizza infatti per stabilire relativamente pochi elementi a livello sovranazionale: l’obiettivo quantificato di mantenere l’innalzamento della temperatura globale al di sotto di 2 gradi C, e possibilmente 1,5 gradi per la fine del secolo; una serie di obblighi procedurali di trasparenza e di comunicazione degli impegni assunti, e di diligenza nel garantire un livello di attuazione progressivamente crescente e ambizioso¹⁰. Per il resto, l’individuazione di quali siano i rispettivi impegni di mitigazione delle emissioni di gas serra, i cosiddetti *Nationally Determined Contributions* o *NDCs*, è lasciata alla discrezionalità degli Stati Parte che li assumono volontariamente in base alle proprie circostanze nazionali¹¹. Il contenuto e il livello di mitigazione di gas serra che si raggiungeranno, costituiscono quindi la somma globale degli impegni singolarmente assunti dagli Stati e sono fortemente dipendenti da come gli Stati Parte interpretano i principi e criteri guida generali stabiliti, in primo luogo, nell’Accordo di Parigi, e chiariti e specificati secondo le indicazioni delle Conferenze delle Parti (CoP) con successive decisioni, nel c.d. *Paris Rulebook*. A partire dal 2018, queste decisioni tecniche e dettagliate danno sostanza, specificando e indicando un contenuto preciso, a molte disposizioni dell’Accordo di Parigi¹². In generale, le decisioni non sono giuridicamente vincolanti, come d’altronde la maggior parte delle risoluzioni adottate da organizzazioni internazionali, ma possono considerarsi come un’espressione della prassi o di un accordo successivi all’originario accordo pattizio¹³. Alla flessibilità e di-

¹⁰ Accordo di Parigi, art. 4.3.

¹¹ Accordo di Parigi, art. 4.2: “Ciascuna Parte prepara, comunica e mantiene i contributi determinati a livello nazionale che intende progressivamente conseguire. Le Parti perseguono misure nazionali di mitigazione, al fine di raggiungere gli obiettivi dei contributi anzidetti”.

¹² L. RAJAMANI, D. BODANSKY, *The Paris Rulebook: Balancing International Prescriptiveness with National Discretion*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, 2019, p. 1023. Esse identificano il significato e il contenuto potenziali – ma non sempre pre-esistenti – dei termini contenuti nel trattato. Il contenuto di un obbligo può essere dunque anche significativamente ampliato dall’intervento interpretativo della CoP, fermo restando il limite di non modificare l’originario significato contenuto nell’accordo.

¹³ Il mandato ad adottare queste decisioni si ritrova sia nell’Accordo che nella Decisione 1/CP.21, senza tuttavia specificare se queste integrazioni abbiano un carattere autonomo, o piuttosto siano da considerarsi come strumenti interpretativi dell’Accordo in quanto prassi o accordo successivo tra le Parti del trattato, o ancora atti di indirizzo politico, privi di valore giuridico. Nel caso dell’Accordo di Parigi e della Decisione 1/CP.21, la situazione è diversa in quanto l’adozione

screzionalità concessa agli Stati Parti per incoraggiarne la partecipazione all'Accordo, fanno da contraltare questi "paletti", obblighi procedurali che qualificano e specificano le modalità, il livello di impegno e la trasparenza, che gli Stati devono rispettare nell'attuazione dei propri impegni di mitigazione. Nella prospettiva di assicurare un crescente impegno e una maggiore ambizione nella risposta al cambiamento climatico, gli impegni assunti andranno periodicamente aggiustati "al rialzo" e rivisti da parte di esperti indipendenti, che ne dovranno garantire la comparabilità e l'effettivo livello di ambizione¹⁴. Oltre a prevedere obblighi procedurali, l'Accordo di Parigi dispone standard qualitativi per determinare il livello di diligenza che gli stati devono adottare nel perseguire gli obblighi di mitigazione, quali "*highest possible ambition*" e "*progression*"¹⁵. L'Accordo di Parigi, interpretato alla luce delle decisioni della sua CoP, ha già avuto e continuerà certamente a giocare un ruolo determinante sia per l'evoluzione degli impegni a livello internazionale sia nel contenzioso climatico. L'Accordo potrà rilevare sia direttamente quando il contenzioso riguardi la sua applicazione o interpretazione, sia indirettamente, quando sia usato come strumento di interpretazione di altri accordi, quali la Convenzione Europea sui diritti dell'uomo (CEDU) o la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), del diritto consuetudinario, ma anche del diritto europeo o nazionale.

Nel diritto internazionale le pronunce di corti, come la Corte internazionale di giustizia ed altri tribunali internazionali, non sono una fonte di diritto in quanto tali ma, ai sensi dell'art. 38 (1)(d) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, tali decisioni rappresentano mezzi supplementari per determinare il diritto. Ciò non di meno, le pronunce di organismi giurisdizionali e quasi-giurisdizionali hanno di fatto un'estrema rilevanza nell'accertare l'esistenza di principi giuridici e di norme consuetudinarie e pattizie. In particolare, per quanto riguarda le norme pattizie, soprattutto quando si tratti di norme aventi un contenuto generico, come ad esempio le norme di *due diligence* previste dall'Accordo di Parigi in materia di cambiamenti climatici, ma anche come vedremo dalle convenzioni per la tutela dei diritti dell'uomo – le corti possono determinare i contenuti specifici e gli standard di diligenza richiesti da queste norme generiche.

della decisione "interpretativa" dell'Accordo è stata contestuale all'adozione del trattato ed è quindi parte del contesto a cui fare riferimento per accertare il significato ordinario dei termini del trattato ai sensi dell'art. 31.2 (a) e (b) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

¹⁴ Accordo di Parigi, art. 13.11.

¹⁵ C. VOIGT, *The power of the Paris Agreement in international climate litigation*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2023, n. 32, pp. 237-249.

3. *Il contenzioso climatico davanti agli organi di tutela dei diritti dell'uomo*

In considerazione della profonda interdipendenza tra l'uomo e la natura, il cambiamento climatico comporta notevoli impatti negativi sul godimento dei diritti umani fondamentali. Gli impatti disastrosi dei fenomeni di cambiamento climatico, come cicloni, uragani, incendi si sono manifestati in varie aree del mondo e hanno provocato incredibili sofferenze a individui e comunità. Questi eventi devastanti minacciano e spesso ostacolano irrimediabilmente il diritto ad un ambiente sano, il diritto alla vita, al cibo, all'acqua. Queste interazioni sono state riconosciute dall'*United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights*: “(ii) climate change has a wide range of implications for the effective enjoyment of human rights, including the rights to life, health, food, water, housing and self-determination, and (iii) “environmental degradation, desertification and global climate change are exacerbating destitution and desperation, causing a negative impact on the realization of the right to food, in particular in developing countries”¹⁶.

Le molteplici e profonde interconnessioni tra diritti umani e cambiamento climatico sono state tradizionalmente tenute al di fuori del quadro intergovernativo del regime del cambiamento climatico. Tuttavia, recentemente il preambolo dell'Accordo di Parigi riconosce che gli Stati Parti “*should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights*”¹⁷.

Questo “vuoto” normativo viene inoltre compensato a livello intergovernativo anche da parte delle Nazioni Unite¹⁸ e di organismi regionali, quali la Commissione africana per i diritti dell'uomo e dei popoli¹⁹, l'Or-

¹⁶ Human Rights Council, *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights*, January 15, 2009, UN Doc. A/HRC/10/61, para. 56. Recentemente, nel luglio 2023, lo *Special Rapporteur* ha avviato una *Call for inputs: Enhancing climate change legislation, support for climate change litigation and advancement of the principle of intergeneration justice* (<https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/2023/call-inputs-enhancing-climate-change-legislation-support-climate-change>).

¹⁷ Accordo di Parigi, (adottato il 12 dicembre 2015, entrato in vigore il 4 novembre 2016), 3156 UNTS 107, preambolo.

¹⁸ See Human Rights Council, Resolution 35, “Human rights and climate change,” adopted on June 19, 2017, UN Doc. A/HRC/35/L.32.

¹⁹ African Commission on Human and Peoples' Rights, Resolution 153 on climate change and human rights and the need to study its impact in Africa. November 25, 2009.

ganizzazione degli Stati americani (OSA) e il Consiglio d'Europa, che hanno intrapreso varie iniziative relative al cambiamento climatico.

Oltre al contesto intergovernativo, e proprio per la crescente preoccupazione per la mancanza di progressi significativi nei negoziati multilaterali in materia di riduzione delle emissioni di gas serra, si assiste ad una “virata giudiziaria” della società civile che si è mobilitata portando numerosi casi relativi agli impatti del cambiamento climatico davanti ad organi giurisdizionali e quasi giurisdizionali per la salvaguardia dei diritti umani, nonché dinanzi ai tribunali nazionali e dell'Unione europea²⁰.

Basandosi sulle strette e numerose connessioni esistenti tra la tutela dei diritti umani e il cambiamento climatico, il tema ricorrente al centro di queste cause è che gli Stati non stanno facendo abbastanza per ridurre in modo significativo le emissioni di gas serra, in linea con quanto richiesto dalla scienza²¹. Questa insufficiente iniziativa costituisce una violazione dei diritti umani tutelati dalle Convenzioni o dal diritto costituzionale nei casi nazionali, ad esempio il *caso Neubauer* davanti al *Bundesverfassungsgericht* in Germania. Gli attori lamentano infatti che gli Stati non rispettano gli obblighi di diligenza che impongono loro azioni ben più ambiziose di riduzione delle emissioni. Secondo questa impostazione, gli obiettivi sanciti dal regime sul cambiamento climatico e dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) – l'organo scientifico che rappresenta una delle più autorevoli voci scientifiche in materia – sono gli standard di riferimento da rispettare. Lo standard di diligenza che uno Stato deve rispettare ai sensi dei propri obblighi in materia di tutela dei diritti umani per limitare gli effetti del cambiamento climatico, dovrebbe essere individuato considerando se gli impegni climatici nazionali (tra cui gli NDCs) riflettano effettivamente l'ambizione e la progressione richiesti dall'art. 4.3 dell'Accordo di Parigi, interpretato alla luce delle decisioni della CoP (il c.d. Paris Rulebook)²².

²⁰ Cfr. *Armando Ferrão Carvalho and Others v. The European Parliament and the Council*. (<http://www.peoplesclimatecase.caneurope.org>.)

²¹ Cfr i casi *Hoge Raad der Nederlanden* (HR) (Supreme Court of the Netherlands), *Urgenda v the Netherlands*, 20 December 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; *Neubauer c. Germania*, *Bundesverfassungsgericht*, 24 March 2021, 1 BvR 2656/18. Altre sentenze degne di nota sono quelle della *Corte Suprema della Repubblica d'Irlanda*, del 2020 (*Friends of the Irish Environment v. The Government of Ireland, et al.*) e del *Tribunale Amministrativo di Parigi*, del 2021, (*Conseil D'etat*, contentieux N° 427301, *Commune De Grande-Synthe et autre c. France*, Décision du 1^{er} juillet 2021). Su questi si veda *infra*, para. 4.

²² Oltre all'obbligo di diligenza, esiste l'obbligo per gli Stati di agire secondo buona fede e giustamente Rajamani sottolinea come: “*This expectation is bolstered by the Katowice rules* (decisioni della CoP – n.d.r.) *identifying the information necessary to track the progress made by par-*

3.1. La Corte Europea dei diritti dell'uomo

Vi sono attualmente tre casi “climatici” pendenti davanti alla Grande Camera della Corte europea per i diritti dell'uomo: *Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*²³, *Carême v. France*²⁴, e *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 Other States*²⁵. La Grande Camera (*Grande Chambre*), di diciassette giudici, può essere chiamata eccezionalmente a pronunciarsi su richiesta di una Camera, laddove il caso da decidere, a norma dell'art. 30 della Convenzione, “solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli, o se la soluzione (della questione) rischia di dare luogo ad un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte”. Il giudizio più articolato e interessante è il caso *Duarte*, in cui i ricorrenti lamentano la violazione degli artt. 2 (diritto alla vita), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU) e chiedono alla Corte di pronunciarsi sul se esista un obbligo positivo in capo agli Stati di proteggere gli individui sottoposti alla loro giurisdizione dagli impatti negativi derivanti dai cambiamenti climatici. Prima di affrontare le questioni nel merito, la Corte dovrà pronunciarsi su alcune questioni preliminari, per chiarire se i ricorrenti abbiano lo status di “vittima” ai sensi dell'art. 34 della CEDU, e quindi abbiano la legittimazione ad agire davanti alla Corte; in secondo luogo, la Corte si deve pronunciare sulla necessità di esaurire i ricorsi interni, requisito che i ricorrenti ritengono non applicabile nel caso di specie; e in terzo luogo, la Corte deve determinare se ha giurisdizione sulla controversia ai sensi dell'art. 1 della CEDU.

Per quanto riguarda il concetto di vittima, ai sensi dell'art. 34 della CEDU, chi agisce deve dimostrare di aver subito o di essere esposto a un rischio futuro personalmente, mentre viene esclusa la tutela di interessi diffusi. I ricorrenti sostengono che i giovani rappresentano una categoria par-

ties in implementing and achieving their NDCs”. L. RAJAMANI, *Due diligence in international climate change law*, in H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (eds.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 162, a p. 179.

²³ Application n. 53600/20.

²⁴ Application n. 7189/21.

²⁵ Application n. 39371/20. Oltre a questi, il caso *Plan B* e altri c. UK, è stato dichiarato inammissibile. Altri sette casi sono stati rinviati in attesa della decisione della Grande Camera. Le udienze nelle cause *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri c. Svizzera* e *Carême c. Francia*, si sono tenuti nel mese di marzo 2023. La prima udienza del caso *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 others* si è tenuta il 26 settembre 2023.

ticolarmente vulnerabile, come riconosciuto anche da autorevoli organi internazionali, quali il Comitato sui diritti del fanciullo e dalla Corte Suprema olandese nel caso *Urgenda*. In proposito occorre riflettere sul fatto che, anche se il cambiamento climatico è un fenomeno diffuso che interessa un'ampia moltitudine di persone, esso può allo stesso tempo ledere anche diritti individuali. Si giungerebbe altrimenti alla conclusione paradossale per la quale la diffusione generalizzata di un fenomeno equivarrebbe a una minore tutela degli individui.

Sempre per dimostrare lo status di vittime attuali o potenziali, i ricorrenti devono dimostrare l'esistenza di un nesso causale. Secondo i ricorrenti tale nesso deve legare il danno attuale o l'esistenza di un rischio di danno futuro – sempre a loro personalmente riferibile – agli impatti del cambiamento climatico. Il ragionamento dei ricorrenti procede sostenendo che adeguate misure di mitigazione delle emissioni di gas serra adottate da parte degli Stati potrebbero ridurre gli impatti negativi derivanti dal cambiamento climatico. Di conseguenza si chiude il cerchio che lega il danno sofferto dai ricorrenti alle misure che i ricorrenti dovrebbero adottare. In questo ragionamento, non rileva che le fonti delle emissioni climalteranti siano geograficamente lontane dai ricorrenti, in quanto, essendo il cambiamento climatico un fenomeno globale, è irrilevante dove le emissioni abbiano luogo poiché è scientificamente dimostrato che il loro effetto cumulativo causa il cambiamento climatico. Gli Stati non potrebbero esimersi dall'obbligo di adottare misure più stringenti di riduzione delle emissioni nemmeno invocando l'argomento che il loro contributo è marginale: come già riconosciuto nella sentenza *Urgenda* dalla Corte Suprema olandese, infatti, ogni Stato deve fare la sua parte, la c.d. “*fair share*”, ovvero ridurre la propria quota di emissioni in base ai principi di equità e delle responsabilità comuni ma differenziate, in linea con i trattati in materia di cambiamento climatico²⁶. In base a questi principi, dunque, gli Stati maggiormente industrializzati hanno obblighi più ambiziosi rispetto ad altri Paesi meno avanzati, che superano quindi la media globale. Diversamente, il raggiungimento dell'obiettivo di mantenere l'incremento della temperatura globale entro 1.5C sarebbe impossibile.

L'adeguatezza dell'azione degli Stati va dunque verificata alla luce degli standard e dei requisiti qualitativi di ambizione e progressione previsti dall'Accordo di Parigi. Come messo in luce anche dalla Commissione Europea nel suo intervento in udienza nel caso *Duarte*: “*The Paris Agreement*

²⁶ Si veda *infra*, para. 4.

*and other key international environmental law instruments should be regarded as yardsticks by which States' performance in fulfilling their human rights obligations should be assessed"*²⁷.

L'art. 1 della CEDU prevede che "Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione". Uno dei nodi giuridici cruciali riguardanti le questioni preliminari richiede alla Corte di pronunciarsi sul se sussista la giurisdizione degli Stati non-territoriali – ovvero degli Stati di cui i ricorrenti non sono cittadini, né residenti, né sussistono altri collegamenti idonei a stabilire un controllo degli Stati su di loro. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di giurisdizione riconosce in principio che essa sussiste quando vi sia un legame territoriale o quando uno Stato eserciti il controllo sull'individuo. In considerazione degli effetti extraterritoriali del cambiamento climatico, occorre dunque stabilire se le convenzioni sui diritti umani si applichino a fattispecie in cui le vittime non hanno contatti con il territorio dello Stato, né con soggetti sottoposti alla sua giurisdizione. La configurabilità di una giurisdizione dipendente solo dagli effetti di condotte tenute sul territorio statale era già stata anticipata proprio dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Loizidou*²⁸. In circostanze eccezionali, la giurisdizione è stata riconosciuta anche in mancanza di questi due requisiti²⁹. Mentre gli Stati convenuti sostengono un'interpretazione ristretta del concetto di giurisdizione, i ricorrenti auspicano che la Corte Europea dei diritti dell'uomo accolga e segua il concetto di "giurisdizione basata sugli effetti", inaugurata dalla Corte Interamericana dei diritti dell'uomo nel suo parere consultivo del 2018 e seguita dal Comitato per i diritti del fanciullo che riconosce l'esistenza della giurisdizione (extraterritoriale) quando vi siano effetti extraterritoriali di condotte tenute dallo Stato sul proprio territorio o altrimenti sottoposte al suo controllo.

²⁷ L'udienza del 23 settembre 2023 è online sul sito della CEDU <https://www.echr.coe.int/w/grand-chamber-hearing-concerning-33-member-states>.

²⁸ Caso *Loizidou*, para. 62: "the responsibility of Contracting States can be involved by acts and omissions of their authorities which produce effects outside their own territory".

²⁹ Per un'analisi della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sulla giurisdizione ed il riconoscimento di una giurisdizione extraterritoriale, si veda S. VEZZANI, *Considerazioni sulla giurisdizione extraterritoriale ai sensi dei trattati sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2018, n. 4, p. 1086.

3.2. *Gli organi quasi giurisdizionali di tutela dei diritti umani*

Nel caso *Sacchi et al.*, tredici bambini e ragazzi di diversi Paesi del mondo hanno presentato una comunicazione al Comitato per i diritti del fanciullo chiedendo la condanna di 5 Stati ritenuti maggiormente responsabili dell'attuale emergenza climatica (Argentina, Brasile, Francia, Germania e Turchia), invocando la violazione del loro diritto alla vita, alla salute, alla partecipazione alla vita culturale e del principio di superiore interesse del minore previsti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo³⁰. I giovani ricorrenti sostengono che gli Stati, pur consapevoli dei rischi legati al cambiamento climatico, continuano ad emettere gas serra, rifiutandosi di adottare misure sufficientemente ambiziose, in linea con l'obiettivo di mantenere l'incremento di temperatura entro 1,5 gradi centigradi. Il Comitato per i diritti del fanciullo ha emesso, l'11 ottobre 2021, una decisione di inammissibilità della petizione presentata in quanto ha ritenuto mancante una delle condizioni di ammissibilità previsto dall'art. 7 del Protocollo, ossia l'aver esaurito i ricorsi interni ai singoli Stati.

Un altro caso interessante è la decisione del Comitato ONU dei diritti umani nel caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*. In questo caso il Comitato ONU ha riconosciuto due fondamentali principi di diritto internazionale: da un lato ammette che gli effetti dei cambiamenti climatici possono comportare una violazione del diritto alla vita e del divieto di trattamenti inumani o degradanti e, dall'altro, per la prima volta in assoluto, stabilisce che il rischio di subire tali effetti nel Paese di origine, comporta il divieto di respingimento da parte di Stati terzi.

4. *Il contenzioso climatico davanti ai tribunali sulla protezione degli investimenti esteri diretti*

Il diritto internazionale degli investimenti si compone di una rete di trattati bilaterali di investimento (i c.d. *Bilateral Investment Treaties* o BIT) e di altri accordi plurilaterali di libero scambio e di investimento (i c.d.

³⁰ UN Committee on the Rights of the Child, *Chiara Sacchi, et al. v. Argentina, Brazil, France, Germany and Turkey*, Communications Nr. 104/2019-108/2019, Decisions adopted 22 September 2021. La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (Convention on the Rights of the Child – CRC) è stata approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991 con la legge n. 176. Sul Sistema di tutela della Convenzione, si veda F. IPPOLITO, *Children's Environmental Rights Under International and EU Law*, Springer, Asser Press, 2023, p. 73 ss.

Free Trade Agreements o FTAs), che comprendono capitoli sugli investimenti. L'obiettivo principale di questi trattati è quello di tutelare gli investitori stranieri da potenziali trattamenti discriminatori da parte degli Stati in cui gli investimenti sono effettuati. In particolare, questa tutela è garantita e rafforzata dal diritto degli investitori stranieri di citare lo Stato davanti ad un tribunale arbitrale. Gli Stati Parti si riconoscono reciprocamente garanzie e standard di trattamento per i propri investitori: il diritto di ricevere un trattamento non meno favorevole rispetto agli investitori nazionali (trattamento nazionale) e ad altri investitori stranieri (trattamento della nazione più favorita); il diritto di espropriare la proprietà di un investitore straniero solo nel pubblico interesse, in modo non discriminatorio e nel rispetto del giusto processo. Quando queste condizioni sono soddisfatte, l'espropriazione sarà considerato legittimo e l'investitore riceverà un risarcimento. Nel concetto di espropriazione rientrano anche fattispecie di "espropriazione indiretta", in cui l'investimento, pur rimanendo formalmente intestato all'investitore di fatto perde in modo significativo una parte importante del suo valore. Un'altra garanzia per gli investitori è lo standard di trattamento giusto ed equo (c.d. *fair and equitable treatment*), che avendo per sua natura un contenuto piuttosto difficile da individuare in modo univoco, ha ricevuto interpretazioni controverse da parte dei tribunali arbitrali, che stanno portando a un suo ridimensionamento negli accordi di investimento negoziati di recente. Il regime degli investimenti internazionali ha attirato forti critiche e da diverse fonti – paesi in via di sviluppo, società civile e investitori – che riguardano aspetti sostanziali, procedurali e istituzionali. Tra le maggiori preoccupazioni, inerenti al presente studio, vi è l'effetto "al ribasso" del diritto degli investimenti sulle politiche di interesse pubblico dei paesi ospitanti, tra cui anche le politiche climatiche³¹.

L'interazione tra il cambiamento climatico e il diritto internazionale degli investimenti è duplice: da un primo lato sinergico, aumentano gli investimenti privati in progetti di efficienza energetica ed energie rinnovabili; d'altro lato, gli Stati nel perseguimento della decarbonizzazione adottano normative che limitano l'esercizio di attività energetiche che utilizzano combustibili fossili, ad esempio non concedendo o revocando licenze per l'operatività di queste aziende³².

³¹ Sulle critiche ai trattati sugli investimenti e al Sistema di soluzione delle controversie Investitore-Stato, si veda DAVID D. CARON, ESMÉ SHIRLOW, *Dissecting Backlash: The Unarticulated Causes of Backlash and its Unintended Consequences*, in GEIR ULFSTEIN, ANDREAS FØLLESDAL (eds), *The Judicialization of International Law – A Mixed Blessing?*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 159.

³² Questi interventi hanno impatti economici negativi, talvolta determinanti, ad esempio sul-

Per quanto riguarda la prima tipologia, molti paesi hanno creato programmi di incentivi per la promozione delle energie rinnovabili e dell'efficienza energetica. Queste politiche, come dimostra l'esperienza europea, portano opportunità di investimento ma anche significativi rischi per gli investitori³³. La redditività dei progetti di energia verde dipende spesso dalle sovvenzioni governative e, di conseguenza, richiede che queste siano mantenute stabili durante il ciclo di vita dell'investimento. A questo proposito, il trattamento giusto ed equo è uno standard fondamentale che gli Stati devono rispettare nei confronti degli investitori stranieri. Come già evidenziato, questo principio richiede di prendere in considerazione le legittime aspettative degli investitori e richiede di bilanciare l'interesse dello Stato a introdurre modifiche normative con le aspettative degli investitori. Inoltre, tali modifiche dovrebbero essere improntate ai principi di trasparenza, ragionevolezza e proporzionalità³⁴. Quando questi requisiti non vengono rispettati o quando per esigenze superiori lo Stato intervenga in modo inaspettato modificando *in peius* il regime degli incentivi, lo Stato si espone – come dimostrano i numerosissimi casi contro Italia, Spagna e altri Stati – al contenzioso arbitrale ai sensi del trattato sulla Carta dell'energia³⁵ e di altri accordi di investimento.

In questi casi gli investitori contestano le misure di regolamentazione statali adottate per favorire la transizione energetica verso fonti rinnovabili, che presumibilmente violano le loro garanzie di protezione degli investimenti. Moltissimi sono, ad esempio, i casi portati da investitori stranieri nel settore delle rinnovabili contro Stati, tra cui l'Italia e la Spagna, che hanno modificato le proprie normative diminuendo gli incentivi³⁶. Anche oltreo-

le centrali e impianti che funzionano con combustibili fossili, come carbone o petrolio, mentre il gas è stato riconosciuto come la fonte energetica (pur fossile) della transizione. Daniel M. FIRGER, MICHAEL B. GERRARD, *Harmonizing Climate Change Policy and International Investment Law: Threats, Challenges, and Opportunities*, in *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2010-2011, Karl P. Sauvant (ed.), Oxford, Oxford University press, 2012, pp. 517-565.

³³ ANATOLE BOUTE, *The Potential Contribution of International Investment Protection Law to Combat Climate Change*, in *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 27, n. 3, 2009, pp. 333-376, at p. 342.

³⁴ STEPHAN W. SCHILL, *Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change?*, in *Journal of International Arbitration*, 24 (5), 2007, pp. 469-477.

³⁵ Il Trattato sulla Carta dell'Energia (*Energy Charter Treaty* o ECT) è un trattato multilaterale sugli investimenti, nel settore energetico. Edna Sussman, *The Energy Charter Treaty's Investor Protection Provisions: Potential to Foster Solutions to Global Warming and Promote Sustainable Development*, Sustainable Development in World Investment Law, M-C. Cordonier Segger, M.W. Gehring, A. Newcombe (eds), The Netherlands, 2011, pp. 515-432.

³⁶ *Strabag and others v. Germany*, Energy Charter Treaty, 2019, ICSID Case No. ARB/19/29; *9REN Holding v. Spain*, *Eskosol v. Italy*.

ceano sono numerosi i casi portati nel contesto degli accordi NAFTA e USMCA sulla tutela degli investimenti. Un esempio, a questo proposito, è il caso NAFTA *Westmoreland v. Canada*³⁷. Nel novembre 2018 la società mineraria *Westmoreland Coal Company* ha sostenuto in giudizio di essere stata illegalmente esclusa da uno schema sviluppato per compensare gli investitori per le perdite associate al *Climate Leadership Plan* del governo dell'Alberta, che ha accelerato l'eliminazione graduale dell'energia a carbone al 2030 e la transizione al gas naturale. La società americana, unico investitore statunitense nell'industria carbonifera dell'Alberta, lamenta di esser stata esclusa dal sistema di indennizzo di cui hanno beneficiato le società canadesi, in violazione dell'art. 1102 e dell'art. 1105 del NAFTA, che garantiscono agli investitori domiciliati negli Stati Parte il trattamento nazionale e un trattamento giusto ed equo. Un altro caso con un'importante dimensione climatica e con richieste miliardarie di indennizzo è quello riguardante l'autorizzazione a costruire l'oleodotto *Keystone XL*, che inizialmente rilasciata è stato poi revocata dal Presidente degli Stati Uniti³⁸.

Per quanto riguarda la seconda tipologia di casi, forti critiche sono state mosse da alcuni casi di alto profilo in cui investitori nel settore dei combustibili fossili hanno agito per ottenere un risarcimento contro gli Stati che hanno adottato misure tese a limitare tali attività e così facendo avrebbero violato le garanzie a tutela degli investitori stranieri. Anche se con riferimento alle politiche climatiche si può argomentare che esse perseguono un legittimo interesse pubblico e che si fondano su solide basi scientifiche³⁹, non mancano casi in cui malgrado il legittimo interesse perseguito, lo Stato si è visto condannato per non aver rispettato altri diritti dell'investitore

³⁷ NAFTA, *Westmoreland Coal Company v. Government of Canada*, ICSID Case No. UNCT/23/2, Claimant's Notice of Arbitration (22 October 2022). http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181119_ICSID-Case-No.-UNCT203_complaint.pdf.

³⁸ *TC Energy Corporation and TransCanada Pipelines Limited v. United States of America*, ICSID Case No. ARB/21/63, Request for Arbitration (21 November 2022).

³⁹ Sull'importanza della scienza nelle decisioni degli arbitrati internazionali in materia di investimento, si veda MARCOS A. ORELLANA, *The Role of Science in Investment Arbitrations Concerning Public Health and the Environment*, in *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 17, 2006, pp. 48-72. THOMAS WAEDELDE, ABBA KOLO, *Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory taking' in International Law*, p. 50, *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 811, at p. 846: "It is unlikely that courts or arbitrators will find a compensable expropriation in cases where governments issue environmental regulation for legitimate purposes, in accordance with the state of scientific knowledge and accepted international guidelines".

straniero. Un esempio di questo tipo è il caso *Rockhopper c. Italia*, riguardante la violazione da parte dell'Italia dell'art. 13 dell'Energy Charter Treaty (ECT). Nel 2017, la società britannica *Rockhopper Exploration Plc*, insieme alla sua controllata italiana, ha presentato una richiesta di risarcimento per presunte violazioni delle disposizioni sulla protezione degli investitori del Trattato sulla Carta dell'Energia. La domanda riguarda il diritto di Rockhopper ad ottenere una concessione petrolifera dal governo italiano per la piattaforma Ombrina Mare che si trova a 6 miglia dalla costa abruzzese. Tale concessione era stata inizialmente concessa dall'Italia e successivamente negata per l'introduzione del divieto di attività estrattive nel mare territoriale italiano ai sensi della Legge di Stabilità del 2016. La società chiede un risarcimento di quasi 300 milioni di euro. Il tribunale arbitrale ha riconosciuto un risarcimento di oltre 200 milioni di euro per l'illegittima espropriazione del diritto alla concessione petrolifera ai sensi dell'art. 13 della ECT. Il Tribunale arbitrale ha ritenuto che i ricorrenti fossero effettivamente entrati in possesso di tale diritto, concesso grazie al meccanismo del silenzio assenso da parte della pubblica amministrazione competente. Inoltre, i ricorrenti hanno dimostrato di aver ottemperato a tutte le richieste loro rivolte da parte dello Stato convenuto⁴⁰.

È importante rilevare che la decisione del Tribunale arbitrale non riguarda nel merito la legittimità del divieto di procedere ad attività estrattive di petrolio e gas nel mare territoriale, ma si fonda sul mancato rispetto da parte dello Stato italiano delle sue stesse procedure autorizzative, che costituiscono una violazione del diritto applicabile e dunque dell'art. 13 ECT. Nell'opinione annessa al lodo, l'arbitro Dupuy (nominato dall'Italia) riafferma espressamente come lo Stato italiano sia stato condannato per non aver rispettato le proprie procedure amministrative e come, se si fosse arrivati a valutare nel merito se l'investitore avesse delle legittime aspettative di ottenere il permesso di produzione, tali aspettative non sarebbero state riconosciute⁴¹.

⁴⁰ *Rockhopper v. Italy*, ECT, ICSID Case No. ARB/17/14, *Rockhopper Exploration PLC, Rockhopper Italia S.P.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd v. Italian Republic*, Final Award, 23 agosto 2022, para. 335. In dottrina sulla valutazione dell'indennizzo in materia di investimenti fossili, si veda OLIVER HAILES, *Valuation of Compensation in Fossil Fuel Phase-Out Disputes*, in ANJA IPP, ANNETTE MAGNUSSON (eds.), *Investment Arbitration and Climate Change*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2024, capitolo 6; ANATOLE BOUTE, *Investor Compensation for Oil and Gas Phase Out Decisions: Aligning Valuation Methods to Decarbonization*, in 23 *Climate Policy*, 2023, p. 1087.

⁴¹ Si veda in merito l'Opinione dell'Arbitro Pierre-Marie Dupuy che riconosce: *"the Claimant could not ignore that the entire area in question had previously been considered off-limits to drilling because of its immediate proximity to the coast and the very serious concerns that could*

Diverso è stato l'esito dei casi *RWE e Uniper c. Paesi Bassi*. Nel 2019, i Paesi Bassi hanno deciso di eliminare gradualmente le centrali elettriche a carbone entro il 2030. Questo intervento legislativo ha provocato due richieste di risarcimento per oltre 1 miliardo di euro. Il 30 novembre 2022, la Corte distrettuale dell'Aja ha stabilito che, sebbene l'intervento legislativo abbia effettivamente un impatto negativo sul diritto di proprietà delle società energetiche RWE e Uniper, tale intervento non è da considerarsi illegittimo e di conseguenza le due aziende non possono chiedere di essere indennizzate⁴². Infatti, la Corte distrettuale, sulla base di una giurisprudenza consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo che si fonda sul criterio del "giusto equilibrio" tra – da un lato – la natura e la portata dell'interferenza sul diritto di proprietà dell'investitore e – dall'altro – la sua proporzionalità, necessità e prevedibilità, ha stabilito che le misure adottate dallo Stato olandese per ridurre le emissioni di CO₂ sono proporzionate e che gli interessi degli investitori sono stati sufficientemente presi in considerazione al momento dell'adozione della legge. Secondo la Corte, il divieto di utilizzo del carbone era prevedibile alla luce del considerevole dibattito pubblico e internazionale sulla transizione energetica che lasciava presagire che nel prossimo futuro ci sarebbero state restrizioni alle fonti energetiche a carbone. In particolare, le aziende non potevano aspettarsi che le nuove centrali elettriche a carbone, pianificate a partire dal 2009, funzionassero senza limitazioni fino al 2040. Nel caso di specie, inoltre, la Corte considera favorevolmente che lo Stato abbia concesso un periodo di transizione e rimandato l'entrata in vigore dei provvedimenti, concedendo così agli imprenditori il tempo per ammortizzare l'impatto economico della nuova regolamentazione e per valutare altri usi delle centrali, quali la loro conversione a biomassa. In proposito, la Corte ritiene che l'espropriazione di fatto e quindi il diritto all'indennizzo non sussistono nelle situazioni in cui l'investitore conserva un interesse economico o una significativa possibilità di utilizzare i beni della società⁴³.

rationally be entertained with regard to its ecological harmlessness. It was only after this general prohibition that certain exceptions were established, which were precarious and reviewable, and which the Claimant was able to benefit from".

⁴² Le aziende chiedevano un indennizzo di 62 milioni di euro, per violazione del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 1 alla CEDU e dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

⁴³ Cfr. la Sentenza tradotta dall'olandese ECLI:NL:RBDHA:2022:12635, Rechtbank Den Haag, C-09-608588-HA ZA 21-245. (https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2022/20221130_ECLINLRBDHA202212628-ECLINLRBDHA202212635-ECLINLRBDHA202212653_decision.pdf).

Nella prospettiva di assicurare l'efficienza delle politiche climatiche e allo stesso tempo la tutela delle garanzie a favore degli investitori stranieri occorre trovare elementi di congiunzione tra questi due regimi giuridici. Uno di questi potrebbe essere una rinnovata attenzione a migliorare le normative e procedure nazionali in materia di politiche climatiche, rendendole il più possibile prevedibili – pur nelle loro evoluzioni –, in modo da essere sia climaticamente che economicamente sostenibili. I più recenti accordi mega-regionali di libero scambio prevedono che gli Stati adottino buone pratiche miranti a garantire che i processi nazionali si svolgano in un quadro trasparente che consenta alle persone interessate, compresi i cittadini di altri Stati, di partecipare fin dal principio ai processi decisionali⁴⁴. Ad esempio, sebbene non sia una condizione obbligatoria, le parti sono incoraggiate a effettuare una valutazione dell'impatto delle normative proposte (c.d. *regulatory impact assessment*) per valutare l'effettiva necessità delle misure da adottare e considerare i potenziali effetti negativi, per ridurre al minimo gli impatti anche economici sugli investimenti esistenti, sia nazionali che stranieri.

5. Il contenzioso climatico davanti ai giudici nazionali

Ci sono due percorsi generalmente seguiti per portare le controversie relative al cambiamento climatico davanti ai tribunali nazionali: le richieste di risarcimento basate su illeciti civili intentate contro i principali emettitori di carbonio e le azioni amministrative o di legittimità costituzionale contro i governi che contestano l'inadeguatezza della legislazione ambientale auspicando misure normative più ambiziose.

5.1. Contenziosi contro gli Stati

Uno dei primi casi di contenzioso climatico è il caso *Urgenda v. The Netherlands*. La Corte Suprema ha stabilito che, ai sensi degli artt. 2 e 8 della CEDU, i Paesi Bassi hanno l'obbligo positivo di adottare misure per la prevenzione dei cambiamenti climatici e di ridurre le proprie emissioni di gas serra di almeno il 25% entro la fine del 2020, rispetto ai livelli del 1990⁴⁵. Questa decisione solleva molte domande relative alla valutazione dell'ambizione degli Stati nelle loro politiche climatiche: quali criteri dovrebbero

⁴⁴ Cfr. CETA, art. 4.4; USMCA, art. 11.7.

⁴⁵ Judgment of 20th of December 2019.

essere utilizzati per determinare se gli NDCs sono sufficientemente ambiziosi? L'ambizione dovrebbe essere "quantificata" alla luce della situazione specifica dello Stato, anche alla luce del principio delle responsabilità comuni ma differenziate? Secondo la Corte, gli Stati devono fare ciò che è necessario per combattere il cambiamento climatico secondo l'equità intergenerazionale e il principio di precauzione. Ma d'altra parte, come determinare ciò che è necessario? In base a quale criterio o standard? Il ragionamento della Corte si basa sul "combinato disposto" delle norme in materia di cambiamenti climatici e dei rapporti dell'IPCC, usati per interpretare gli obblighi di diligenza in materia di diritti umani di proteggere il diritto alla vita ai sensi della CEDU. In primo luogo, la Corte, basandosi su un approccio precauzionale, ritiene che i rischi causati dai cambiamenti climatici siano sufficientemente reali e immediati da rientrare nell'ambito di applicazione degli artt. 2 e 8 CEDU⁴⁶. Una volta stabilito tale collegamento, la Corte passa a determinare il livello di dovuta diligenza stabilendo un obiettivo quantitativo di riduzione delle emissioni. Considerata la gravità e l'urgenza della minaccia, la Corte ritiene che i Paesi Bassi debbano intraprendere le azioni necessarie e per determinare quali queste siano in pratica, la Corte si basa su principi e norme generalmente accettate sia a livello internazionale che europeo e calcola l'obiettivo individuale applicabile ai Paesi Bassi, derivandolo dall'obiettivo collettivo globale dei paesi sviluppati: considerando che i Paesi Bassi hanno una delle più alte emissioni pro capite di gas serra al mondo, la Corte ritiene che si applichi l'obiettivo collettivo del 25% dei paesi sviluppati. La Corte determina il target specifico del proprio Paese, basandosi sulle tre dimensioni del principio delle responsabilità comuni ma differenziate: responsabilità, capacità e vulnerabilità speciali. Di conseguenza, il ragionamento della Corte tiene conto, rispettivamente, dell'effettivo contributo al cambiamento climatico dei Paesi Bassi in quanto uno dei maggiori emettitori pro capite di gas a effetto serra, del loro status di paese sviluppato e, presumibilmente, della loro particolare situazione di Stato il cui territorio si trova al livello del mare⁴⁷.

⁴⁶ Il fatto che tali rischi si manifestino solo nel giro di pochi decenni non preclude che gli artt. 2 e 8 della CEDU offrano protezione contro tale minaccia (§5.6.2). "The obligation to take suitable measures also applies when it comes to environmental hazards that threaten large groups or the population as a whole, even if the hazards will only materialise over the long term. While Articles 2 and 8 ECHR are not permitted to result in an impossible or disproportionate burden being imposed on a state, those provisions do oblige the state to take measures that are actually suitable to avert the imminent hazard as much as reasonably possible".

⁴⁷ Judgment of 20th of December 2019, §7.3.4.

Nel caso *Urgenda* la Corte Suprema, facendo uso di ampi poteri discrezionali, applica gli obblighi di diligenza degli Stati in materia di diritti umani, interpretandoli alla luce delle disposizioni e principi dell'Accordo di Parigi. La Corte, non essendo vincolata dai compromessi politici tipici dei negoziati internazionali, può essere esigente nei confronti del proprio Stato in termini di ambizione e di standard di dovuta diligenza richiesti nelle azioni di mitigazione dei cambiamenti climatici⁴⁸.

Sulla scia del caso *Urgenda*, in Francia, il Tribunale Amministrativo di Parigi ha riconosciuto una responsabilità omissiva dello Stato francese per non avere rispettato gli impegni di mitigazione assunti⁴⁹, e in Germania, il *Bundesverfassungsgericht*, nel caso *Neubauer*, il 24 marzo 2021, ha dichiarato parzialmente incostituzionale una legge federale sul clima, in quanto insufficiente a raggiungere l'obiettivo della riduzione delle emissioni di gas serra e la neutralità climatica entro i termini stabiliti dall'IPCC⁵⁰.

Nel caso *Neubauer*, la Corte nel determinare il contenuto degli obblighi di diligenza in una dimensione intertemporale, ha chiarito che per stabilire quali azioni siano "necessarie", occorre considerare anche gli effetti futuri di tali azioni. Per esempio, la normativa tedesca che copriva le emissioni solo fino al 2030 è stata ritenuta incostituzionale, perché non prevede le misure che saranno necessarie nel periodo 2030-2050 e rischia così di posticipare i maggiori oneri di misure climatiche sulle generazioni future, in tal modo discriminandole rispetto a quelle attuali nell'esercizio delle loro libertà fondamentali. A tal proposito la Corte ha chiarito che il principio di proporzionalità deve applicarsi in modo preventivo e precauzionale, senza attendere di arrivare al verificarsi di situazioni estreme e conseguentemente il legislatore deve agire in maniera preventiva anticipando con misure precauzionali le riduzioni che prevedibilmente dovranno essere adottate dopo

⁴⁸ Questo atteggiamento riprende il suggerimento della Corte Internazionale di Giustizia nel contesto dello sviluppo sostenibile secondo cui "new norms and standards ... set forth in a great number of instruments ... have to be taken into consideration and such standards given proper weight (...)". ICJ, *Gabčíkovo Nagymaros Project (Hungaria v. Slovakia)*, Judgment, in ICJ Reports, 1997, p. 7, at p. 78, para. 140.

⁴⁹ Tribunal administratif de Paris, sentenza del 3 febbraio 2021, nr. 1904967 1904968, 1904972, 1904976/4-1, *Affaire du siècle*, consultabile online al sito: <http://paris.tribunal-administratif.fr/content/download/179360/1759761/version/1/file/1904967190496819049721904976.pdf>).

⁵⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24 März 2021, 1 BvR 2656/18, Rn. 1-270, consultabile online al sito: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/03/rs20210324_1bvr265618.html;jsessionid=3AE651D8BC0E21C1B9ABC2CBF3BF85A3.2_cid354).

il 2030 in modo da rispettare i diritti umani⁵¹. Altri casi climatici sono stati portati davanti ai giudici in Belgio, in Norvegia e in Italia⁵².

5.2. Contenziosi contro le multinazionali

Uno dei casi più interessanti contro una multinazionale energetica è il caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*, portato da sette organizzazioni non governative e oltre diciassette mila individui, che hanno citato in giudizio *Royal Dutch Shell*, la società madre, ritenendola responsabile per le emissioni di gas serra prodotte anche dalle controllate lungo tutta la catena del valore. I ricorrenti chiedono che sia riconosciuto l'obbligo in capo alla società controllante di prevenire e mitigare il cambiamento climatico derivante dal dovere di *due diligence* previsto dalla legge olandese⁵³. Il Tribunale distrettuale dell'Aja, in data 26 maggio 2021, ha ordinato alla Shell di ridurre le emissioni di anidride carbonica del 45%, entro il 2030. La sentenza presenta interessanti aspetti di diritto internazionale privato, riguardanti la giurisdizione e la legge applicabile, e contribuisce allo sviluppo progressivo del diritto in relazione ai concetti di catena di approvvigionamento, al contenuto del dovere di diligenza e, in generale, alla responsabilità dell'impresa.

Dopo aver stabilito la competenza del giudice olandese in base al domicilio dell'impresa o allo Stato in cui si sono verificati i fatti che hanno cau-

⁵¹ Cfr. sentenza *Neubauer*, para. 194 e sul principio di proporzionalità Voigt, *The power of the Paris Agreement* cit.

⁵² Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile-2015/4585/A, 17 giugno 2021, *WZV Klimaatzaak v. The Belgian State*; The High Court, 19 settembre 2019, 2017 No. 793 JR, *Friends of the Irish Environment v. Ireland*; The Court of Appeal, Civil Division, 25 gennaio 2019, *Plan B Earth and Others v. The Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*; Supreme Court of Norway, 22 dicembre 2020, HR-2020-2472-P, (case no. 20-051052SIV-HRET), *GreenPeace Nordic Association and Nature and Youth v. Ministry of Petroleum and Energy*. Sul caso italiano "Giudizio Universale", si veda il sito <https://giudiziouniversale.eu/>. Tutte le decisioni citate in questa nota sono consultabili, in inglese, sul sito: <https://www.climatecasechart.com/climate-change-litigation/>.

⁵³ I giudici nazionali si sono già occupati di questioni relative all'obbligo di diligenza della società madre (o di quella al vertice della catena) in relazione a violazioni causate dall'attività di una controllata o di una società fornitrice. Ad esempio, la Supreme Court of the United Kingdom, nel caso *Vedanta Resources PLC et al. c. Lungowe et al.*, 10 avril 2019, [2019] UKSC 20. Sul contenzioso in cui sono coinvolte multinazionali, si veda R. McCORQUODALE, *The Litigation Landscape of Business and Human Rights*, in R. MEERAN (ed.), *Human Rights Litigation against Multinationals in Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 1.

sato il danno⁵⁴, la Corte si è pronunciata sulla base del diritto olandese⁵⁵. Per determinare il diritto applicabile, la Corte si è basata sull'art. 7 del Regolamento Roma-II sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali⁵⁶. Secondo la Corte, i Paesi Bassi sono il paese della *lex loci commissi delicti*, essendo il paese in cui si è verificato l'evento generatore del danno, in quanto le emissioni globali di gas serra del gruppo sono riconducibili a decisioni strategiche adottate presso la sede della controllante nei Paesi Bassi⁵⁷. Per quanto riguarda la nozione di "catena di approvvigionamento", è interessante rilevare che la Corte ritiene che "RDS' value chain includes the closely affiliated companies of the Shell group, on which it has a policy-setting influence (...). These also include the business relations from which the Shell group purchases raw materials, electricity and heat. Finally, the end-users of the products produced and traded by the Shell group are at the end of RDS' value chain. RDS' responsibility therefore also extends to the CO2 emissions of these end-users (Scope 3)"⁵⁸. Secondo il ragionamento della Corte, l'obbligo di diligenza e la conseguente responsabilità di RDS si fondano sul suo ruolo di definizione delle politiche all'interno del gruppo societario. Questo criterio per l'accertamento della responsabilità è molto più ampio di quello del controllo operativo, che era stato adottato dai giudici inglesi in precedenti decisioni⁵⁹.

Più recentemente, le città di Parigi e New York hanno iniziato un contenzioso contro la società Total, accusata di non aver attuato correttamente il proprio piano di vigilanza in relazione alle emissioni clima-alteranti⁶⁰.

⁵⁴ Regolamento Bruxelles 1215/2012, artt. 4.1. e 7.2.

⁵⁵ *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.3.6. V. la decisione *The Association Ve-reiniging Milieudefensie c. Royal Dutch Shell*, caso n. C/09/571932 / HA ZA 19-379, consultabile (in una traduzione inglese) sul sito <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2021:5339>.

⁵⁶ Regolamento n. 864/2007.

⁵⁷ *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.4.4: «RDS determines the general policy of the Shell group. The companies in the Shell group are responsible for the implementation and execution of the policy, and must comply with applicable legislation and their contractual obligations. The implementation responsibility of the Shell companies does not alter the fact that RDS determines the general policy of the Shell group».

⁵⁸ *Milieudefensie et al. c. Royal Dutch Shell*, par. 4.4.18.

⁵⁹ Si veda, ad esempio, *Okpabi and others c. Royal Dutch Shell PLC and other*, 2021, UKSC 3, par. 146. Per un commento, cfr. C. MACCHI, J. VAN ZEBEN, *Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell*, in *RECIEL*, 2021, pp. 409-415, v. p. 414.

⁶⁰ Si veda <https://notreaffaireatous.org/wp-content/uploads/2022/09/DP-Coalition-Total.pdf>.

Gli sviluppi giurisprudenziali esaminati sembrano indicare una tendenza all'apertura verso il riconoscimento della dovuta diligenza e della relativa responsabilità per le imprese ai vertici delle catene di approvvigionamento⁶¹.

6. Conclusioni

Il contenzioso climatico mira “strategicamente” a mettere pressione sugli Stati e sulle multinazionali petrolifere per far sì che adottino politiche energetiche più efficaci nel ridurre urgentemente le emissioni di gas serra, più che ad ottenere un risarcimento del danno. Tuttavia, la reale efficacia di tale contenzioso è spesso messa a rischio da ostacoli procedurali che spesso impediscono a queste cause di arrivare ad una decisione nel merito. Quando si giunga ad una sentenza, anche se spesso allo Stato viene richiesto di adottare regolamentazioni climatiche più stringenti, tale compito è difficile in quanto comporta complesse valutazioni economiche e sociali che rientrano nelle prerogative sovrane di indirizzo politico. Tuttavia, nei casi *Urgenda* e *Neubauer*, la condanna dello Stato ha portato a modifiche normative più efficaci nella lotta al cambiamento climatico.

Sempre considerando il diritto interno, dalla panoramica dei diversi tipi di contenzioso, emerge come sia proprio sul piano del diritto nazionale che si incontrano ostacoli procedurali sia per quanto riguarda l'accesso alla giustizia e la legittimazione ad agire da parte degli individui o delle organizzazioni non governative⁶², sia per quanto riguarda il rispetto delle procedure amministrative da parte della pubblica amministrazione come mostrato dal contenzioso arbitrale in materia di investimenti stranieri⁶³.

Dalla panoramica sul contenzioso climatico, alla luce dei principi di garanzia ed efficienza, emergono anche diverse sfide sia per il diritto internazionale che per i diritti interni che impongono di ripensare ad alcune tradizionali categorie giuridiche. In primo luogo, i casi esaminati affrontano le problematiche relative all'interpretazione di concetti quali la legittimazione

⁶¹ Sul tema, si veda A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una Direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità*, in JUS, 3/2022, pp. 295-329.

⁶² Si veda in proposito G. Contaldi, che sottolinea le diversità degli ordinamenti su questi temi (G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 567-578).

⁶³ Cfr. *supra* il caso *Rockhopper*.

ad agire, il concetto di “vittima”, di giurisdizione, il contenuto dell’obbligo di diligenza.

Un tema di fondo legato alla dimensione intertemporale del cambiamento climatico riguarda il riconoscimento di diritti e interessi alle generazioni future, categoria di cui non esiste ancora una definizione univoca. Di norma, le generazioni vengono identificate in un periodo di tempo di 25/30 anni e, dunque, risulta difficile l’individuazione precisa dei membri di una generazione in quanto questa può variare nel tempo e, inoltre, non esiste una precisa e convenzionale linea di definizione tra una generazione e quella successiva. Spesso può capitare che un individuo sia classificabile, nello stesso momento, come appartenente a differenti generazioni che si sovrappongono nel tempo⁶⁴. Alcuni considerano rientranti nella categoria delle generazioni future i bambini, oggi già nati, ma che saranno anche membri della generazione futura, in quanto adulti. Secondo questa visione, tutti gli strumenti normativi che tutelano i bambini in quanto soggetti vulnerabili sono direttamente applicabili anche alle future generazioni⁶⁵. Altra parte della dottrina ritiene che siano ascrivibili alla categoria delle future generazioni soltanto le persone che succederanno alle generazioni fisicamente presenti, escludendo di conseguenza i bambini, in quanto membri della generazione attuale⁶⁶. Parte della dottrina ha da sempre sostenuto che esista un principio generale rivolto alla difesa delle generazioni future: “*The distant future is protected by present law*”⁶⁷. L’opinione dissenziente del giudice Weeremantry sul parere sulla *Liceità della minaccia o dell’uso delle armi nucleari* del 1996 ricorda come il diritto positivo presente ha, tra le sue numerose finalità, anche quella di tutelare i soggetti che verranno ad esistere nel futuro. In questo senso, sembra più opportuno riferirsi al concetto di interessi delle generazioni future, perché non si tratta di pretese giuridiche azionabili da parte di soggetti attualmente viventi e dotati di *locus standi*, ma di situazioni meritevoli di tutela, che possono (e devono) essere presi in considerazione dalle norme internazionali e dai giudici e far sorgere obblighi in capo agli Stati. Questa interpretazione è in linea con la teoria che ri-

⁶⁴ A. MALHOTRA, *A Commentary on the Status of Future Generations as a Subject of International Law*, in *Future Generations and International Law*, 1998, p. 41.

⁶⁵ L. WESTRA, *Environmental Justice and The Rights of Unborn and Future Generations*, London, 2006, p. 3.

⁶⁶ A. DAILY, *Climate competence: Youth Climate Activism and Its Impact on International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, 2022, p. 21.

⁶⁷ Parere consultivo della Corte internazionale di giustizia, 8 luglio 1996, *Sulla liceità della minaccia e dell’impiego delle armi nucleari*, p. 233.

tiene esistere un rapporto fiduciario tra le generazioni attuali e quelle future – appunto un “trust” di cui sono beneficiarie le generazioni *future* – e che vede lo Stato come il garante che assicura il rispetto degli obblighi derivanti dal principio di equità intergenerazionale. Esemplare in questo senso la sentenza della Corte costituzionale tedesca nel caso *Neubauer*.

In conclusione, le Corti, in presenza di un ampio consenso politico e scientifico su determinati standard, e nel rispetto dei principi di equità e delle responsabilità comuni ma differenziate, si sono dunque spinte a determinare, ad esempio nel caso *Urgenda*, quale sia la “fair share” che uno Stato è tenuto a rispettare nella propria azione di mitigazione delle emissioni, e ragionamento analogo potrebbe valere anche in materia di obblighi in materia di adattamento al cambiamento climatico e di obblighi finanziari laddove questi requisiti siano rispettati. Premesso che il compito dei giudici dovrebbe esercitarsi in modo complementare a quello dei governi, il ruolo dei tribunali non dovrebbe essere quello di creare diritto, o sviluppare nuove norme, ma di affermare quale sia il diritto esistente, considerando in modo coerente e integrato tutti gli strumenti di diritto internazionale rilevanti⁶⁸. Nel contenzioso climatico spesso i giudici si trovano a dover scegliere tra un approccio più statico e tradizionale, maggiormente garantista, o piuttosto una visione evolutiva e di sviluppo progressivo del diritto, certamente più efficace, giustificata *inter alia* dalle specifiche caratteristiche del fenomeno del cambiamento climatico e dalla necessaria urgenza di combatterne gli impatti catastrofici.

⁶⁸ B. SIMMA, *Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner*, in *European Journal of International Law*, vol. 20, No. 2 (2009), pp. 265-297.

ANGELICA BONFANTI

GARANZIE ED EFFICIENZA DELLA GIUSTIZIA CLIMATICA: PROSPETTIVE EVOLUTIVE DEL CONTENZIOSO CONTRO IMPRESE*

1. Introduzione

Già nel 2018 il Panel intergovernativo sul cambiamento climatico (IPCC) delle Nazioni Unite affermava che il contenimento del riscaldamento globale a 1,5 °C rispetto ai livelli pre-industriali, come previsto dagli obiettivi stabiliti dall'Accordo di Parigi, avrebbe richiesto cambiamenti senza precedenti, tra cui la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra del 45% entro il 2030, per arrivare al livello zero (cosiddetta *climate neutrality*) entro il 2050¹. Al contrario, oggi si registra ancora un divario eccessivo tra l'effetto aggregato degli impegni nazionali di mitigazione delle emissioni annuali globali di gas serra e l'obiettivo di mantenere l'aumento della temperatura media globale al di sotto dei livelli fissati². A dispetto dei risultati insoddisfacenti, come ricorda anche l'Obiettivo di Sviluppo Sostenibile n. 13 dell'Agenda 2030, i cambiamenti climatici rappresentano, tuttavia, una delle maggiori sfide per l'umanità, poiché minacciano di

* Il presente contributo è pubblicato nell'ambito del progetto PRIN 2022 - *Global value chains, human rights and the law. The Italian, European and international path towards accountability* - 202284YHRN – Università Ca' Foscari Venezia, Università degli Studi di Milano, Università degli Studi di Brescia, CNR-Iris – finanziato dall'Unione Europea Next Generation EU – MUR Ministero dell'Università e della Ricerca – Italia Domani Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

¹ Intergovernmental Panel on Climate Change (di seguito "IPCC"), *Special report on global warming of 1.5°C*, 2018. *Paris Agreement*, 12 dicembre 2015 (di seguito 'Accordo di Parigi').

² Si veda il rapporto *Nationally determined contributions under the Paris Agreement. Synthesis report by the secretariat*, FCCC/PA/CMA/2021/2 del 26 febbraio 2021.

compromettere gran parte dei progressi compiuti negli ultimi decenni³: l'aumento della temperatura globale, l'innalzamento del livello del mare, l'acidificazione degli oceani e gli altri impatti correlati mettono a rischio la sopravvivenza di molte società.

In questo contesto il ruolo delle imprese è cruciale. Uno studio registra che l'industria dei combustibili fossili produce il 70% delle emissioni complessivamente generate dall'uomo e il 91% delle emissioni industriali globali⁴. Dal 1988 al 2015 l'industria dei combustibili fossili ha raddoppiato il proprio contributo al surriscaldamento globale, generando l'equivalente delle emissioni prodotte nei precedenti 200 anni. Durante questo periodo solamente 100 imprese hanno generato il 71% delle emissioni globali complessive⁵. Lo *Special Rapporteur* delle Nazioni Unite su diritti umani e ambiente rileva che per modificare la situazione, le imprese devono procedere al contenimento delle emissioni proprie e delle proprie controllate, di quelle che derivano dai loro prodotti e dai loro servizi, oltre che incidere su quelle generate dalle attività dei fornitori contrattuali, e garantire l'informazione e la partecipazione pubblica e l'accesso ai rimedi per le vittime delle violazioni dei diritti umani connesse⁶. Per quanto gli obblighi internazionali che discendono dall'Accordo di Parigi siano direttamente indirizzati agli Stati, la loro corretta attuazione comporta dunque che le imprese, in quanto maggiori emittenti, siano tenute – attraverso l'attuazione, da parte dei primi, delle opportune misure positive di ordine legislativo, amministrativo e giudiziario – a porre in essere strategie e processi di contenimento delle emissioni in linea con gli obiettivi definiti a livello internazionale. Secondo il suddetto trattato, gli Stati contraenti – oggi 191⁷ – devono perseguire l'obiettivo di limitare l'innalzamento della temperatura globale ben al di sotto dei 2°C rispetto ai livelli pre-industriali, con l'impegno a operare per contenere l'aumento entro 1,5°C, e a questo fine rafforzare la capacità di adattamento agli effetti negativi dei cambiamenti cli-

³ *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1 del 21 ottobre 2015, par. 14.

⁴ *Climate change and poverty. Report of the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights*, A/HRC/41/39 del 17 luglio 2019, par. 34.

⁵ *Ibid.*, par. 35.

⁶ Così *Report of Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment. Human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment*, A/74/16 del 15 luglio 2019, par. 72.

⁷ L'elenco è disponibile a: <https://unfccc.int/process/the-paris-agreement/status-of-ratification>.

matici e promuovere uno sviluppo resiliente al clima⁸. Le Parti contraenti sono tenute a individuare, comunicare e aggiornare in senso progressivo i propri impegni di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, fermo restando che i singoli Stati definiscono autonomamente il livello di impegno sulla base delle proprie capacità e priorità, ossia tenendo conto delle proprie condizioni economiche, della vulnerabilità ai cambiamenti climatici e del livello di progresso tecnologico⁹.

La realizzazione dei suddetti obiettivi necessita dell'opportuno coinvolgimento dell'industria. Fatte queste premesse, il presente saggio, nell'ambito del volume dedicato alle garanzie e all'efficienza della giustizia, intende pertanto esaminare le specificità del contenzioso climatico contro imprese e le prospettive evolutive offerte dalla progressiva adozione di strumenti – nazionali e sovranazionali – che impongono a queste ultime obblighi di dovuta diligenza in materia di rispetto dei diritti umani, dell'ambiente e ai fini della sostenibilità.

2. *Recenti tendenze del contenzioso climatico contro imprese: i ricorsi per violazione dei diritti umani*

Ad oggi si contano più di 2340 contenziosi in materia di cambiamento climatico, la maggior parte dei quali avviata negli Stati Uniti contro imprese o autorità pubbliche. Negli ultimi mesi il dato è in crescita e interessa una compagine sempre più ampia di Stati¹⁰. Le cosiddette 'azioni climatiche orizzontali'¹¹, in particolare, concernono la responsabilità degli emittenti privati di gas serra per le conseguenze del cambiamento climatico di origine antropica. Generalmente sono instaurate dinanzi ai tribunali civili e si basano su pretese di diritto privato, tendenzialmente relative alla responsabilità extra-contrattuale delle società per il compimento di illeciti.

Queste cause presentano elementi caratterizzanti, spesso problematici.

⁸ Accordo di Parigi, cit., art. 2. Sull'Accordo si rinvia a D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, L. RAJAMANI, *International Climate Change Law*, Oxford, 2017, p. 209 ss.; B. MAYER, *The International Law on Climate Change*, Cambridge, 2018.

⁹ Accordo di Parigi, cit., art. 3.

¹⁰ Così London School of Economics, *Global trends in climate change litigation: 2023 snapshot*; J. SETZER, R. BYRNES, *Global trends in climate change litigation: 2020 snapshot*, luglio 2020; United Nations Environment Programme, Sabin Center for Climate Change Law, *Global Climate Litigation Report. 2020 Status Review*, 2020.

¹¹ M.-P. WELLER, M.-L. TRAN, *Climate Litigation Against Companies*, in *Climate Action*, 2022, 3.

Primi tra tutti, quelli relativi al *locus standi* delle organizzazioni ricorrenti e alla dimostrazione del nesso di causalità esistente tra il danno lamentato in giudizio e l'emissione prodotta dall'impresa convenuta. Si pensi, ad esempio, al caso presentato dinanzi al tribunale di Essen contro l'impresa elettrica tedesca RWE da un agricoltore peruviano che lamentava che la società convenuta avesse contribuito alle emissioni di gas a effetto serra responsabili del surriscaldamento e degli impatti sofferti in Perù e richiedeva il risarcimento dei danni, adducendo la violazione da parte di RWE delle norme internazionali in materia di lotta al cambiamento climatico. Il Tribunale rigettava il ricorso, escludendo che il ricorrente avesse adeguatamente dimostrato l'esistenza del nesso causale tra le emissioni di gas a effetto serra prodotte da RWE e gli impatti negativi lamentati in giudizio¹². La decisione è stata rovesciata in appello, facendo leva anche sui dati che discendono dallo studio quantitativo delle emissioni storiche dei novanta maggiori attori, privati e statali, dell'industria dei combustibili fossili e del cemento, compresa RWE, per il periodo dal 1854 al 2010¹³. Nel momento in cui si scrive il caso pende dinanzi al Tribunale regionale superiore di Hamm¹⁴.

La medesima difficoltà nella dimostrazione del nesso causale è invece stata superata, a nostro avviso, nella comunicazione presentata nel 2019 alla Commissione per i diritti umani filippina¹⁵, poiché il reclamo si riferisce all'emissione del 21,71% dei gas serra globalmente prodotti tra il 1751 e il 2010 cumulativamente da parte delle 47 'Carbon Majors', senza pretesa di identificarne il contributo individuale. La Commissione individua pertanto

¹² District Court of Essen, *Lliuya v. RWE AG*, decisione del 15 dicembre 2016. In merito C. MACCHI, *The ClimateChange Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'*, in *Business and Human Rights Journal*, 2020, pp. 7-9.

¹³ The Carbon Majors Database. CDP Carbon Majors Report 2017, reperibile a: <https://cdn.cdp.net/cdp-production/cms/reports/documents/000/002/327/original/Carbon-Majors-Report-2017.pdf?1501833772>.

¹⁴ A. ELFAR, *Landmark Climate Change Lawsuit Moves Forward as German Judges Arrive in Peru*, in *Columbia Climate School*, 4 agosto 2022.

¹⁵ Commissione per i diritti umani della Repubblica delle Filippine, *National Inquiry on the Impact of Climate Change on the Human Rights of the Filipino People and the Responsibility therefor, if any, of the Carbon Majors*, CHR-NI-2016-000, *Memorandum for the Petitioners* del 19 settembre 2019. Il caso è stato deciso dalla Commissione nel dicembre 2022. In merito: A. SAVARESI, M. WEWERINKE-SINGH, *Historic inquiry holds the carbon majors accountable for the impacts of climate change in The Philippines*, in *Global Network Human Rights and the Environment*, 2022, reperibile a: <https://gnhre.org/community/historicinquiry-holds-the-carbon-majors-accountable-for-the-impacts-of-climate-change-in-the-philippines/>.

come responsabili tutte le imprese indicate, avendo le loro emissioni complessivamente contribuito al cambiamento climatico e ai suoi impatti nelle Filippine, e le chiama a divulgare pubblicamente i risultati della valutazione dell'impatto sul clima e sui diritti umani e le misure adottate per affrontarli, a cessare l'esplorazione di nuovi giacimenti petroliferi, a contribuire a finanziare l'attuazione delle misure di mitigazione e adattamento e collaborare con esperti e *stakeholder*.

Il contenzioso in esame presenta inoltre linee evolutive che nella prassi hanno dimostrato essere funzionali al raggiungimento di risultati più efficienti per le parti attrici e alla garanzia dei diritti da essi invocati dinanzi al giudice. Due sono gli aspetti su cui, in questa prospettiva, riteniamo utile concentrare l'attenzione: in primo luogo, la progressiva trasformazione del contenzioso climatico in contenzioso sui diritti umani; e, in secondo luogo, la tendenza a instaurare, per fare valere la responsabilità extra-contrattuale delle imprese convenute, cause che si fondano sulla violazione da parte loro degli obblighi di dovuta diligenza in materia di diritti umani (i cosiddetti doveri di *human rights due diligence* delle imprese).

Quanto al primo aspetto, occorre notare che i casi più recentemente presentati o decisi in materia di cambiamento climatico si focalizzano oggi sulla responsabilità delle imprese per i danni causati dalla violazione dei diritti umani riconducibili all'emissione di gas a effetto serra, con l'innalzamento delle temperature e i fenomeni naturali ad esso conseguenti. Si pensi, ad esempio, alla sentenza della Corte distrettuale dell'Aia del 26 maggio 2021 nel caso *Vereniging Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell*¹⁶. La Corte ha concluso che Shell deve ridurre entro il 2030 del 45% rispetto ai livelli del 2019 le emissioni di gas serra complessivamente prodotte dal gruppo societario, mediante l'introduzione di nuove strategie e politiche ambientali, in linea con gli obiettivi individuati dall'Accordo di Parigi e gli obblighi in materia di tutela dei diritti umani riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici, come interpretati alla luce degli standard sanciti dall'IPCC e dei Principi Guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani¹⁷. I ricorrenti lamentavano in giudizio che la società non avesse

¹⁶The Hague District Court, *Vereniging Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell*, C/09/571932 / HA ZA 19-379, 26 maggio 2021.

¹⁷OHCHR, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011. The Hague District Court, *Vereniging Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell*, cit., par. 4.1.3. In merito, B. MAYER, *Milieudefensie v Shell: Do Oil corporations Hold a Duty to Mitigate Climate Change?*, in *EJIL:Talk!*, 3 giugno 2021; A. BONFANTI, *Cambiamenti climatici, diritti umani e attività d'im-*

adeguatamente ridotto le emissioni, in conformità con gli standard internazionali e, dunque, dovesse essere considerata responsabile degli impatti negativi sul territorio olandese e sul conseguente godimento dei diritti alla vita e alla vita privata e familiare degli individui ivi residenti. In merito alla dimostrazione del nesso causale tra le emissioni prodotte da Shell e i danni specificamente lamentati in giudizio, la Corte si limitava a dichiarare che doveva essere considerato ormai assodato che «every emission of CO₂ and other greenhouse gases, anywhere in the world and caused in whatever manner, contributes to this damage and its increase»¹⁸ e che «it is not in dispute that the CO₂ emissions for which Milieudefensie et al. hold RDS liable occur all over the world and contribute to climate change in the Netherlands and the Wadden region»¹⁹. Essendo peraltro le emissioni di gas a effetto serra prodotte da Shell in tutto il mondo, esse non potevano che riverberarsi anche sul territorio olandese e ivi «pose a threat to the human rights of Dutch residents and the inhabitants of the Wadden region», ricorrenti nella causa²⁰.

Il legame esistente tra cambiamento climatico e diritti umani è, d'altronde, non solo evidente per la scienza ma anche pienamente assodato sotto il profilo giuridico. Il preambolo dell'Accordo di Parigi riconosce che il cambiamento climatico è un 'common concern of humankind' e che, nell'adottare le misure richieste, le parti devono «respect, promote and consider their respective obligations on human rights, the right to health, the rights of indigenous peoples, local communities, migrants, children, persons with disabilities and people in vulnerable situations and the right to development, as well as gender equality, empowerment of women and intergenerational equity»²¹. Anche gli organismi delle Nazioni Unite com-

presa: recenti tendenze e futuri sviluppi del diritto internazionale in materia di due diligence d'impresa, in *Quaderni de "La Comunità Internazionale"*, 2021, p. 47; M.-P. WELLER, M.-L. TRAN, *Climate Litigation Against Companies*, cit., p. 10.

¹⁸ The Hague District Court, *Vereniging Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell*, cit., par. 4.3.5.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*, par. 4.4.10.

²¹ Accordo di Parigi, cit., preambolo. Secondo lo *Special Rapporteur* su diritti umani e ambiente «The Paris Agreement represents a breakthrough, in that it explicitly links human rights and climate change». Così *Report of Special Rapporteur on the issue of human rights obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment* del 15 luglio 2019, A/74/16, 15 luglio 2019, par. 53. Diversamente, secondo A. Boyle «is little more than a recognition that, as the preamble says, States should take into account their human rights obligations when taking action to address climate change». Così A. BOYLE, *Climate Change, Sustainable Development, and Human Rights, in Sustainable development goals and human rights*, cit., p. 770,

petenti in materia di diritti umani interpretano gli obblighi internazionali in questi ambiti alla luce delle regole sul cambiamento climatico. Il Consiglio dei diritti umani, ad esempio, riconosce che i cambiamenti climatici incidono sul godimento di molti diritti, tra cui i diritti alla vita, al cibo, alla salute, alla casa, all'autodeterminazione e all'acqua, e che gli obblighi in materia di diritti umani «have the potential to inform and strengthen international and national policymaking in the area of climate change, promoting policy coherence, legitimacy and sustainable outcomes»²². L'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani specifica che gli Stati sono tenuti ad agire individualmente e collettivamente nella tutela dei diritti umani, evidenziando che «failure to adopt reasonable measures to mobilize resources to prevent foreseeable human rights harm caused by climate change breaches this obligation»²³. Il Comitato sui diritti umani nel *General Comment* n. 36 chiarisce che il rispetto del diritto alla vita dipende anche dalle misure che gli Stati parti del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici adottano al fine di preservare l'ambiente e proteggerlo dal surriscaldamento causato dalle attività di attori pubblici e privati²⁴. Il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, congiuntamente ai Comitati per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne e sulla protezione dei diritti dei migranti, dei fanciulli e delle persone con disabilità, chiarisce che «in order for States to comply with their human rights obligations, and to realize the objectives of the Paris Agreement, they must adopt and implement policies aimed at reducing emissions, which reflect the highest possible ambition, foster climate resilience and ensure that public and private investments are consistent with a pathway towards low

che sottolinea anche che quello contenuto nel preambolo dell'Accordo di Parigi è un 'curious catalogue'.

²² Consiglio dei diritti umani, *Resolution 10/4. Human rights and climate change*, 25 marzo 2009.

²³ *Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights and reports of the Office of the High Commissioner and the Secretary-General, Analytical study on the relationship between climate change and the human right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health*, A/HRC/32/23 del 6 maggio 2016, par. 34. Sul punto M. WEWERINKE-SINGH, *State Responsibility for Human Rights Violations Associated with Climate Change*, in *Routledge handbook of human rights and climate governance*, New York, 2018, p. 75.

²⁴ Comitato per i diritti umani, *General comment No. 36 (2018) on article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the right to life*, CCPR/C/GC/36 del 30 ottobre 2018, par. 62. Sul punto C. BAKKER, *Climate Change and Right to Life: Limits and Potentialities of the Human Rights Protection System*, in O. QUIRICO, M. BOUMGHAR, O. QUIRICO, M. BOUMGHAR (eds.), *Climate Change and Human Rights: an International and Comparative Law Perspective*, New York, 2016.

carbon emissions and climate resilient development»²⁵. Anche il Comitato sui diritti del fanciullo identifica tra gli obblighi degli Stati contraenti della corrispondente Convenzione del 1989²⁶, quello di adottare le misure «that address the dangers and risks that environmental pollution poses to children's health in all settings, and to implement environmental interventions that should, inter alia, address climate change, as this is one of the biggest threats to children's health and exacerbates health disparities»²⁷, prospettando dunque l'interpretazione del contenuto dell'obbligo dello Stato di proteggere la salute dei fanciulli alla luce dell'obbligo di prevenire, con politiche adeguate di mitigazione e adattamento, l'aumento o gli impatti del surriscaldamento globale.

La relazione esistente tra godimento dei diritti umani ed emissione di gas a effetto serra è confermata anche nel contenzioso internazionale instaurato contro gli Stati per non avere adottato le necessarie misure prescritte dall'Accordo di Parigi. Il Comitato per i diritti umani – con le osservazioni adottate nel caso *Teitiota c. Nuova Zelanda*²⁸, relativamente alla

²⁵ Comitato per i diritti economici, sociali e culturali, *Joint Statement on climate change and the Covenant. Climate change and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 8 settembre 2019, par. 2.

²⁶ Convention on the Rights of the Child, adottata il 20 novembre 1989.

²⁷ Comitato sui diritti del fanciullo, *General comment No. 15 (2013) on the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health* (art. 24), CRC/C/GC/15, del 24 aprile 2013. Sul tema K. RUPPEL-SCHLICHTING, S. HUMAN, O.C. RUPPEL, *Climate Change and Children's Rights: An International Law Perspective*, in O.C. RUPPEL, C. ROSCHMANN, K. RUPPEL-SCHLICHT, *Climate Change: International Law and Global Governance*, v. I: *Legal Responses and Global Responsibility*, Baden-Baden, 2013, p. 349 ss.

²⁸ Comitato sui diritti umani, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016, CCPR/C/127/D/2728/2016* del 23 settembre 2020. In dottrina si vedano i commenti di: S. BEHRMAN, A. KENT, *The Teitiota Case and the Limitations of the Human Rights Framework*, in *Questions of International Law*, 2020, p. 25 ss.; J. HAMZAH SENDUT, *Climate Change as a Trigger of Non-Refoulement Obligations Under International Human Rights Law*, in *EJIL:Talk!*, 6 febbraio 2020; A. MANEGGIA, *Nonrefoulement of Climate Change Migrants: Individual Human Rights Protection or 'Responsibility to Protect'?* *The Teitiota Case Before the Human Rights Committee*, in *Diritti Umani e diritto Internazionale*, 2020, p. 635; J. McADAM, *Protecting People Displaced by the Impacts of Climate Change: The UN Human Rights Committee and the Principle of NonRefoulement*, in *American Journal of International Law*, 2020, p. 708 ss.; G. LE MOLI, *The Human Rights Committee, Environmental Protection and the Right to Life*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, p. 735 ss.; E. SOMMARIO, *When Climate Change and Human Rights Meet: A Brief Comment on the UN Human Rights Committee's Teitiota Decision*, in *Questions of International Law*, 2020, p. 51 ss.; V. RIVE, *Is an Enhanced Non-Refoulement Regime under the ICCPR the Answer to Climate Change-Related Human Mobility Challenges in the Pacific? Reflections on Teitiota v New Zealand in the Human Rights Committee*, in *Questions of International Law*, 2020, p. 7 ss.

comunicazione presentata da un cittadino della Repubblica di Kiribati che, a fronte del rigetto della domanda per il riconoscimento dello status di rifugiato da parte delle autorità della Nuova Zelanda, sosteneva di avere subito una violazione del diritto alla vita, così come riconosciuto dall'art. 6 del Patto internazionale sui diritti civili e politici – ha ammesso che il degrado ambientale, il cambiamento climatico e lo sviluppo non sostenibile compromettono l'effettivo godimento del diritto alla vita e possono conseguentemente comportare un abuso²⁹. Alla luce dell'interpretazione elaborata nel ricordato *General Comment* n. 36, la protezione del diritto alla vita implica infatti che gli Stati debbano garantirne la tutela dalle «most pressing and serious threats to the ability of present and future generations to enjoy the right to life»³⁰, mediante l'adozione di misure che proteggano l'ambiente dai danni derivanti dall'inquinamento e dai cambiamenti climatici³¹. Il reclamo presentato da 16 bambini al Comitato sui diritti del fanciullo contro Argentina, Brasile, Francia, Germania e Turchia, accusati di avere violato i loro diritti alla vita, alla salute e alla cultura, come riconosciuti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo³², per non avere adottato le politiche di contenimento delle emissioni di gas serra sufficienti e le misure di prevenzione e adattamento adeguate a proteggere i diritti invocati, è stato invece dichiarato inammissibile per mancato previo esaurimento dei ricorsi interni. Nonostante questo, il Comitato ha chiarito che «while climate change and the subsequent environmental damage and impact on human rights it causes are global collective issues that require a global response, States parties still carry individual responsibility for their own acts or omissions in relation to climate change and their contribution to it»³³. Tenuto pertanto conto che gli Stati convenuti avevano «effective

²⁹ Comitato sui diritti umani, *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2728/2016*, cit., par. 9.4.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, par. 9.6.

³² Comitato sui diritti del fanciullo, *In the case of Chiara Sacchi (Argentina) et al. v. Argentina, Brazil, France, Germany & Turkey*, comunicazione del 23 settembre 2019. Committee on the Rights of the Child, *Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 104/2019, CRC/C/88/D/104/2019*, 11 novembre 2021. *Sacchi v. Argentina*, No. CRC/C/88/D/104/2019 (Oct. 8, 2021), in *Harvard Law Review*, 2022, 1981.

³³ Committee on the Rights of the Child, *Decision adopted by the Committee under the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure, concerning communication No. 104/2019, CRC/C/88/D/104/2019*, 11 novembre 2021.

control over the source of carbon emissions within [their] territory»³⁴ e la «ability to regulate activities that are the source of these emissions»³⁵, il Comitato ha ritenuto che essi disponessero anche del controllo effettivo sulle emissioni, con le conseguenze che ne discendono sul piano della responsabilità³⁶.

In attesa di conoscere la posizione della Corte internazionale di giustizia, richiesta di adottare un'Opinione consultiva con cui, tra gli altri, chiarisca quali sono gli obblighi degli Stati, ai sensi del diritto internazionale, nella garanzia della protezione delle generazioni presente e future da emissioni antropogeniche di gas a effetto serra e quali le conseguenze giuridiche degli effetti negativi del cambiamento climatico su di esse³⁷, la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani con la sentenza del 9 aprile 2024 nel caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz c. Svizzera* ha deciso che lo Stato convenuto è responsabile per la violazione del diritto alla vita privata e familiare poiché, relativamente al ricorso presentato da donne anziane preoccupate per le conseguenze del surriscaldamento climatico sulle loro condizioni di vita e salute, ha adottato misure positive inadeguate a contenere le emissioni e combatterne gli impatti, misure che hanno peraltro condotto al fallimento da parte della Svizzera nel raggiungimento degli obiettivi prestabiliti di riduzione delle emissioni di gas serra³⁸.

3. *Segue. La violazione degli obblighi di due diligence delle imprese*

La seconda tendenza che oggi caratterizza il contenzioso climatico contro imprese riguarda il fondamento giuridico di alcune delle più significative cause decise o pendenti contro imprese, ossia la circostanza per cui le parti attrici fanno valere in giudizio la violazione, da parte di queste ultime, dei loro obblighi di *due diligence*, così come prescritti dalle leggi nazionali che li hanno specificamente introdotti o ricondotti al più generale dovere di diligenza rinvenibile nel diritto civile.

La previsione nel diritto nazionale di obblighi di *due diligence* delle im-

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*

³⁷ International Court of Justice, *Request for Advisory Opinion, Obligations of States in Respect of Climate Change*, 29 marzo 2023.

³⁸ European Court of Human Rights, *Case of Verein Klimaseniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, Grand Chamber, 53600/20, 9 aprile 2024.

prese in materia di diritti umani e ambiente discende dalle raccomandazioni contenute nei Principi Guida su Imprese e Diritti umani, adottati dalle Nazioni Unite nel 2011³⁹. Il secondo pilastro dei Principi Guida si rivolge direttamente alle imprese, con standard di condotta e raccomandazioni sul rispetto dei diritti umani. Sebbene originariamente concepita come fondata su un'aspettativa morale e sociale, esso prospetta la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani, stabilendo che si applichi a tutte le imprese, indipendentemente dalle loro dimensioni, dal settore, dal contesto operativo, dalla struttura e dall'assetto proprietario, e che tutti i diritti umani riconosciuti a livello internazionale possano essere potenzialmente impattati dalle attività di impresa⁴⁰. Il Principio n. 13 stabilisce che le imprese dovrebbero, da un lato, evitare di causare o contribuire a causare impatti negativi sui diritti umani attraverso le proprie attività e affrontare tali impatti quando si verificano; dall'altro, esse dovrebbero cercare di prevenire o mitigare anche gli impatti che sono direttamente collegati ai loro prodotti e servizi e ai loro rapporti commerciali, anche se non vi hanno contribuito. Al fine di adempiere alle proprie responsabilità, le società dovrebbero pertanto adottare politiche e processi adeguati alle loro dimensioni e alle circostanze del caso, ossia processi di *due diligence* sui diritti umani idonei a mappare gli impatti effettivi e potenziali che esse possono causare o a cui contribuiscono, a prevenire gli abusi e rimediare o mitigarne gli effetti, qualora avvengano⁴¹. Si tratta di un processo continuo, da

³⁹ OHCHR, UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011. M. ADDO, *Reality of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2014, p. 133; N. BERNAZ, *Business and Human Rights. History, Law and Policy – Bridging the Accountability Gap*, London-New York, Routledge, 2017; B. CHOUDHURY (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Commentary*, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2023; R. MARES, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Nijhoff, 2012; F.J. ZAMORA CABOT, L. HECKENDORN URSCHALER, S. DE DYCKER (eds.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: Private International Law Perspectives*, Genève, Schulthess Éditions Romandes, 2017.

⁴⁰ UN Guiding Principles on Business and Human Rights, n. 14.

⁴¹ *Ibid.*, n. 17. On the nature, status and content of human rights due diligence: J. BONNITCHA, R. MCCORQUODALE, *The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2017, p. 899; L. CHIUSI CURZI, *General Principles for Business and Human Rights in International Law*, Leiden, Brill, 2021, p. 225; M. FASCIGLIONE, *Impresa e diritti umani nel diritto internazionale. Teoria e prassi*, Giappichelli, 2024, 191 ss.; C. MACCHI, *Business, Human Rights and the Environment: The Evolving Agenda*, The Hague, Springer, 2022, p. 91; R. MARES, *Legalizing Human Rights Due Diligence and the reparation of Entities Principle*, in S. DEVA, D. BILCHITZ (eds.), *Building a Treaty on Business and Human Rights: Context and Contours*, Cambridge, CUP, 2017, p. 266; J.G. RUGGIE, J.F. SHERMAN III,

sviluppare in consultazione efficace con le parti interessate.

Nel 2017 la Francia ha incorporato l'obbligo di *due diligence* sui diritti umani nella *Loi n° 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*⁴², che prevede che le imprese con più di 5000 dipendenti e sede in Francia istituiscano e attuino un piano di vigilanza con cui mappino i rischi e adottino le azioni di prevenzione e rimedio degli impatti potenziali o effettivi sui diritti umani e l'ambiente lungo l'intera filiera di produzione. Analogamente, nel 2021 la Germania ha adottato il *Supply Chain German Act (Lieferkettengesetz)*⁴³, che stabilisce corrispondenti obblighi a partire da gennaio 2023 per le imprese tedesche aventi più almeno di 3000 dipendenti e dal 2024 per quelle con più di 1000 dipendenti. Diversamente dalla legge francese, la legge tedesca non prevede la responsabilità civile delle società per il caso di violazioni dei diritti umani. La legge francese invece ha recentemente condotto alla prima applicazione giudiziaria, nel caso *SUD PTT c. La Poste*, in cui il Tribunale di Parigi il 5 dicembre 2023 ha condannato la società per aver mancato al dovere di vigilanza, non avendo pubblicato un piano adeguato sui rischi umani e ambientali delle sue attività e di quelle delle sue filiali e dei suoi partner contrattuali, e le ha ordinato di completarlo con una mappatura dei rischi che consenta di misurare se la strategia di valutazione è coerente con la loro gravità e idonea a coprire quelli identificati come prioritari⁴⁴. L'obbligo di *due diligence* delle imprese forma, inoltre, l'oggetto della Direttiva europea sulla *corporate sustainability due diligence*, il cui contenuto ed il cui potenziale in questo ambito saranno discussi nel paragrafo successivo.

The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, in *European Journal of International Law*, 2017, p. 921.

⁴² *Loi n. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*. H. MUIR WATT, *Devoir de vigilance et droit international privé*, in *Revue internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires*, 2017; È. PATAUT, *Le devoir de vigilance. Aspects de droit international privé*, in *Droit Social*, 2017, p. 883 ss.; E. SAVOUREY, S. BRABANT, *The French Law on the Duty of Vigilance: Theoretical and Practical Challenges Since its Adoption*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, p. 141 ss.

⁴³ *Act on Corporate Due Diligence in Supply Chains*, 16 July 2021. A.-C. MITTWOCH, F.L. BREMENKAMP, *The German Supply Chain Act – A Sustainable Regulatory Framework for Internationally Active Market Players?*, in *Review of European and Comparative Law*, 2023, p. 189; D. WEIHRAUCH, S. CARODENUTO, S. LEIPOLD, *From Voluntary to Mandatory Corporate Accountability: The Politics of the German Supply Chain Due Diligence Act*, in *Regulation & Governance*, 2023, p. 909.

⁴⁴ Tribunal Judiciaire de Paris, *Fédération des Syndicats Solidaires, Unitaires et Démocratiques des Activités Postales et de Télécommunications (SUD PTT) c. S.A. La Poste*, 21/15827, 352j-w-b7f-cvy3t, 5 dicembre 2023.

Fondare il contenzioso climatico sull'inadempimento di un obbligo gravante sulle società capogruppo di mappare e prevenire i rischi di impatto negativo sul godimento dei diritti umani connessi alle emissioni di gas serra prodotte lungo la catena globale del valore permette di ovviare ad alcune delle problematiche che altrimenti caratterizzano queste cause⁴⁵. Il mancato ottemperamento agli obblighi di *human rights due diligence* è infatti più facilmente dimostrabile, tenuto conto della loro natura sostanzialmente preventiva e dei processi che le imprese sono chiamate ad attuare per soddisfarli⁴⁶.

Questa è la linea argomentativa seguita dalle parti attrici in alcuni ricorsi che si fondano sulla menzionata legge francese. In *Notre Affaire à Tous et al. c. Total*, i ricorrenti richiedono al tribunale di ordinare a Total di pubblicare un piano di vigilanza conforme alla Legge francese, che identifichi la strategia per affrontare i rischi derivanti dalle emissioni di gas a effetto serra prodotte e per allineare le sue operazioni con gli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi. I ricorrenti richiedono che sia ordinato all'impresa di pubblicare un nuovo piano di vigilanza che mappi in maniera esaustiva i rischi derivanti dalle sue attività, comprese le emissioni di gas a effetto serra per ciascun settore aziendale e per ciascun progetto, analizzi e definisca le priorità in base alla gravità dei rischi, stabilisca l'incompatibilità dei nuovi progetti di esplorazione di giacimenti di idrocarburi con gli obiettivi prefissati e preveda l'adozione di misure di riduzione delle emissioni compatibili con gli obiettivi dell'Accordo di Parigi⁴⁷. Il contenzioso ci sembra innovativo, nella misura in cui, anziché invocare il risarcimento dei danni per violazioni dei diritti umani il cui nesso causale con le emissioni specificamente prodotte dall'impresa convenuta è estremamente complesso da dimostrare, invoca appunto l'inadempimento da parte della capogruppo dell'obbligo di diligenza prescritto dalla legge del 2017 e richiede che le sia ingiunta la modifica delle politiche societarie in materia di cambiamento climatico, nel rispetto delle procedure e degli obblighi previsti. Le argo-

⁴⁵ I. EBERT, *Climate Change and Liability: An Overview of Legal Issues*, in O.C. RUPPEL, C. ROSCHMANN, K. RUPPEL-SCHLICHT, *Climate Change: International Law and Global Governance*, v. I: *Legal Responses and Global Responsibility*, cit., p. 859 ss.; T. LAMBOOY, *Challenging the Human Rights Responsibility of States and Private Corporations for Climate Change in Domestic Jurisdictions*, in O., M. BOUMGHAR (eds.), *Climate Change and Human Rights: an International and Comparative Law Perspective*, cit., p. 307.

⁴⁶ In merito C. MACCHI, *The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'*, cit.; M. RAJAVUORI, A. SAVARESI, H. VAN ASSEL, *Mandatory due diligence laws and climate change litigation: Bridging the Corporate Climate Accountability Gap?*, in *Regulation & Governance*, 2023, p. 944.

⁴⁷ Tribunal Judiciaire de Nanterre *Association Notre Affaire à tous c. S.A. Total*, 1ère Chambre, N. RG 20/00915 – N° Portalis DB3R-W-B7E-VQFM 11 febbraio 2021.

mentazioni di carattere procedurale e giurisdizionale opposte da Total sono state respinte. Nella causa *Les Amis de la Terre c. Total*, i ricorrenti lamentavano invece che Total non avesse valutato i rischi per i diritti umani e per l'ambiente relativi a un progetto petrolifero in Uganda e Tanzania e sostenevano che il piano di vigilanza non tenesse adeguatamente conto di essi. Nel febbraio 2023, il tribunale civile di Parigi ha ritenuto il reclamo inammissibile per ragioni procedurali⁴⁸. Nel caso *Envol Vert et al. c. Casino*, dieci ONG hanno poi presentato una denuncia contro un grande operatore di supermercati, sostenendo che le pratiche dei suoi fornitori avrebbero contribuito alla deforestazione dell'Amazzonia⁴⁹. Infine, le ONG francesi hanno iniziato un'azione legale anche contro BNP Paribas per il coinvolgimento della banca nel finanziamento di nuovi progetti estrattivi di petrolio e gas⁵⁰.

La medesima linea argomentativa è ravvisabile anche nella già citata sentenza adottata dai giudici olandesi nei confronti di Royal Dutch Shell. Diversamente dai casi francesi, il fondamento dei quali risiede nella normativa specifica vigente a livello nazionale, la sentenza olandese ravvisa la violazione del più generico dovere di diligenza previsto dal codice civile, il cui contenuto – estremamente ampio – è interpretato alla luce dalle indicazioni in materia di responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani stabilite nei Principi Guida e dei parametri scientifici sulla riduzione delle emissioni pubblicati dall'IPCC⁵¹. I Principi Guida, pur essendo uno strumento giuridicamente non vincolante, assumono pertanto un valore informativo del contenuto dell'obbligo di dovuta diligenza nel diritto olandese, assurgendo, con le regole di derivazione internazionale in materia di mitigazione del surriscaldamento globale e protezione dei diritti umani, a parametro di riferimento. Secondo la Corte, queste regole internazionali devono essere prese in considerazione, da un lato, «due to the fundamental

⁴⁸ Tribunal Judiciaire de Paris, *Association Notre Affaire à tous c. S.A. Total*, N° RG 22/03403, 352J-W-B7G-CWN5A, 6 luglio 2023.

⁴⁹ *Envol Vert et al. v. Casino*, reperibile a: <https://climatecasechart.com/non-us-case/envol-vert-et-al-v-casino/>.

⁵⁰ *Notre Affaire à Tous Les Amis de la Terre, and Oxfam France v. BNP Paribas*, reperibile al sito: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2023/20230223_18777_summons.pdf.

⁵¹ The Hague District Court, *Vereniging Milieudefensie et al v. Royal Dutch Shell*, cit., par. 4.4.21 e. 4.4.29. Il Commentario al Principio guida n. 19 prevede infatti: «Where a business enterprise causes or may cause an adverse human rights impact, it should take the necessary steps to cease or prevent the impact. Where a business enterprise contributes or may contribute to an adverse human rights impact, it should take the necessary steps to cease or prevent its contribution and use its leverage to mitigate any remaining impact to the greatest extent possible».

interest of human rights and the value for society as a whole they embody»⁵² e, dall'altro, in considerazione del riconoscimento degli obiettivi identificati dall'Accordo di Parigi come «the best available scientific findings in climate science, which is supported by widespread international consensus»⁵³. Nel caso di specie l'efficienza della giustizia e la garanzia dei diritti invocati sono assicurate, sul piano del diritto internazionale privato, mediante l'identificazione della legge applicabile nel diritto olandese, sulla base dell'art. 7 del Regolamento Roma II, ossia nella legge – indicata dai ricorrenti – del luogo in cui si è verificato l'evento che ha causato il danno. Secondo la Corte quest'ultimo coincide con la mancata adozione da parte della capogruppo di adeguate strategie e misure di contenimento delle emissioni prodotte da tutto il gruppo societario⁵⁴ e non, come argomentava la società, nelle emissioni stesse, cosa che avrebbe comportato l'applicazione dei molteplici diritti nazionali degli Stati in cui le stesse avrebbero avuto luogo⁵⁵. La Corte ha assunto pertanto una posizione molto più protettiva per l'ambiente e i diritti umani, estendendo l'applicazione degli standard di diligenza previsti dal diritto olandese all'intero gruppo societario e alla sua filiera di produzione e attribuendo alla capogruppo un dovere di vigilanza sugli enti che la compongono, in completa analogia con il dovere imposto dalla legge francese. Secondo la sentenza olandese, la capogruppo di Shell ha infatti l'obbligo di ottemperare in modo diligente agli standard previsti a livello internazionale in materia di cambiamento climatico e rispetto dei diritti umani, con riguardo alle emissioni complessivamente prodotte lungo la catena globale del valore, ossia mediante le attività realizzate non solo nei Paesi Bassi ma anche nel resto del mondo, attraverso gli enti coinvolti nella filiera⁵⁶. L'obbligo ha dunque portata extraterritoriale. Il contenuto dello standard di condotta richiesto all'impresa e la natura della responsabilità che ne discende in caso di inadempimento sono tuttavia differenti a seconda che si tratti delle attività delle società controllate o dei partners contrattuali. Nel primo caso infatti Shell ha un obbligo di risultato, tale per cui la mancata riduzione delle emissioni del 45% entro il 2030 determinerà l'insorgere della responsabilità della capogruppo⁵⁷; nel

⁵² *Ibid.*, par. 4.4.21.

⁵³ *Ibid.*, par. 4.4.27.

⁵⁴ *Ibid.*, par. 4.3.5.

⁵⁵ *Ibid.* par. 4.3.6.

⁵⁶ *Ibid.*, par. 4.1.4.

⁵⁷ *Ibid.*

secondo caso, invece, ha un obbligo di mezzi, per assolvere al quale dovrà adottare le misure necessarie a prevenire i rischi che derivano dalle emissioni di gas serra prodotte dai soggetti con cui intrattiene relazioni commerciali, usando «its influence to limit any lasting consequences as much as possible»⁵⁸.

4. Nuovo impulso al contenzioso climatico dall'adozione della Direttiva europea relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità

Seguendo la linea di ragionamento qui esposta, riteniamo che il contenzioso climatico contro imprese potrà trarre un rinnovato impulso dalla recente adozione della Direttiva europea relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità (cosiddetta 'Direttiva CSDDD')⁵⁹. La Direttiva trae origine dalla proposta presentata il 23 febbraio 2022 dalla Commissione europea, proposta che ha subito numerose modifiche, prima sulla base degli emendamenti presentati dal Parlamento europeo⁶⁰ e delle richieste avanzate dal Consiglio⁶¹, per poi approdare, dopo un negoziato

⁵⁸ La Corte ritiene infatti che «through its purchase policy the Shell group exercises control and influence over its suppliers' emissions. [...] This means that through the corporate policy of the Shell group RDS is able to exercise control and influence over these emissions». *Ibid.*, par. 4.4.25.

⁵⁹ Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 e il regolamento (UE) 2023/2859 (di seguito 'CSDDD'). N. BOSCHIERO, *L'extraterritorialità della futura direttiva europea sul dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, tra diritto internazionale pubblico e privato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 661; A. BONFANTI, *Catene globali del valore, diritti umani e ambiente, nella prospettiva del diritto internazionale privato: verso una direttiva europea sull'obbligo di diligenza delle imprese in materia di sostenibilità*, in *JUS*, 2022, p. 296; V. BRINO, *Corporate sustainability due diligence: quali implicazioni per i diritti dei lavoratori?*, in *Diritti umani e diritti dei lavoratori*, 2023, p. 707; M. FASCIGLIONE, *Verso un regime europeo uniforme di responsabilità civile delle imprese per violazioni dei diritti umani: riflessioni sulla proposta di Direttiva europea sulla corporate sustainability due diligence*, in *Quaderni di SIDIBlog*, 2022, p. 473; R. GRECO, *Corporate Human Rights Due Diligence and Civil Liability: Steps Forward Towards Effective Protection*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2022, p. 5; A. STABILINI, *La futura direttiva sulla corporate sustainability due diligence: profili di diritto societario*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2023, p. 731.

⁶⁰ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence*, 23 febbraio 2022; *Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD))(2)*, 1 giugno 2023.

⁶¹ Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of*

condotto dalle istituzioni nella forma del trilogio, a un accordo politico nel dicembre 2023⁶². Il contenuto approvato in quella sede è stato poi a sua volta modificato nell'ambito del processo di voto in seno al COREPER⁶³, testo sulla cui adozione il 24 aprile si è favorevolmente espresso il Parlamento europeo⁶⁴ e infine approvato dal Consiglio il 24 maggio 2024.

La CSDDD prevede tre principali ambiti d'azione: l'introduzione di obblighi per le imprese in merito agli impatti negativi, effettivi e potenziali, sui diritti umani e l'ambiente, riconducibili alle loro attività, alle attività delle loro società controllate e dei partner che operano nelle catene di attività, la responsabilità civile delle società per violazioni dei diritti umani e dell'ambiente riconducibili all'inadempimento degli obblighi menzionati, e la previsione dell'obbligo per le stesse di adottare e attuare piani di transizione per la mitigazione del cambiamento climatico che mirino a garantire, con il massimo impegno, la compatibilità del loro modello di business e della strategia con la transizione verso un'economia sostenibile e la limitazione del surriscaldamento globale a 1,5°C, in linea con gli obiettivi fissati dall'Accordo di Parigi⁶⁵. La Direttiva prevede di applicarsi alle società di grandi dimensioni – dopo lunga trattativa identificate nelle società o nelle società capogruppo di gruppi che hanno più di 1000 dipendenti e un fatturato complessivo superiore a 450 milioni di euro nell'ultimo esercizio finanziario o, alternativamente, che hanno generato un fatturato superiore a 80 milioni di euro e concluso accordi di franchising o di licenza nell'Unione per ammontare superiore a 22.5 milioni di euro – sia aventi la propria sede sul territorio di uno Stato membro dell'Unione europea, sia al di fuori dell'Unione ma che raggiungono il mercato europeo con i propri prodotti e

the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 – General Approach, 15024/1/22 REV 1, 30 novembre 2022.

⁶² Si veda il sito <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2023/12/14/corporate-sustainability-due-diligence-council-and-parliament-strike-deal-to-protect-environment-and-human-rights/>.

⁶³ Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 – Letter to the Chair of the JURI Committee of the European Parliament*, 6145/24, DRS 13 SUSTDEV 19 COMPET 117 CODEC 27, 15 marzo 2024.

⁶⁴ *Dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità. Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 24 aprile 2024 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937, P9_TA(2024)0329, (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD))*, Procedura legislativa ordinaria: prima lettura, 24 aprile 2024.

⁶⁵ CSDDD, art. 1.

servizi e ivi generano il fatturato richiesto⁶⁶. L'obbligo di *due diligence* in materia di sostenibilità – che è da riferirsi al rispetto dei diritti umani e degli standard ambientali elencati negli Allegati della Direttiva – è da intendersi come un obbligo composito, che include la mappatura degli impatti negativi, effettivi e potenziali, sui diritti umani e l'ambiente, la prevenzione degli abusi, attraverso l'adozione delle necessarie misure⁶⁷ – comprensive delle modifiche delle politiche di acquisto, della revisione dei contratti con i partners commerciali e di un piano di prevenzione o correttivo – e il loro rimedio o la loro mitigazione, mediante l'adozione di pertinenti piani correttivi⁶⁸. Esso si estende alle attività della società stessa, delle sue controllate e della sua catena di attività, anche al di fuori dell'Unione europea. La catena di attività include anche i partner contrattuali che a monte operano nella produzione di beni o nella fornitura di servizi, comprese le fasi dell'estrazione, dell'approvvigionamento, della produzione, del trasporto, della fornitura di materie prime, di prodotti o parti di prodotti e sviluppo di essi, o che a valle svolgono attività correlate alla distribuzione, al trasporto e allo stoccaggio dei prodotti⁶⁹. L'obbligo di *due diligence* copre i partner contrattuali diretti e indiretti, fermo che la mappatura degli impatti tiene conto dei fattori di rischio rilevanti e si fonda sull'individuazione preliminare di aree generali dove è più probabile che gli impatti negativi si verifichino e siano più gravi⁷⁰ e che le società, qualora non riescano ad arginare tutti gli impatti, possono attribuire priorità a quelli negativi più gravi e più probabili⁷¹. L'attuazione dell'obbligo di *due diligence* deve avvenire con il coinvolgimento efficace degli *stakeholders*⁷².

Specificamente in materia di cambiamento climatico, l'art. 22 della CSDDD prevede che le società adottino, ogni 12 mesi, e attuino piani di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici finalizzati a garantire, attraverso i migliori sforzi, che il modello di business e la strategia aziendale siano compatibili con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del surriscaldamento globale a 1,5 °C in linea con

⁶⁶ *Ibid.*, art. 2. Per le società con sede al di fuori dell'Unione europea si considera parametro rilevante solo l'ammontare del fatturato.

⁶⁷ *Ibid.*, art. 5.

⁶⁸ *Ibid.*, artt. 7-12.

⁶⁹ *Ibid.* 3(1)(g).

⁷⁰ *Ibid.*, art. 8.

⁷¹ *Ibid.*, art. 9.

⁷² *Ibid.*, art. 13.

l'Accordo di Parigi e con l'obiettivo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050. A questo fine, il piano deve indicare obiettivi e scadenze fino al 2030 e in fasi quinquennali fino al 2050, elaborati sulla base di prove scientifiche e indicatori di misurazione, deve includere la descrizione delle principali azioni previste per raggiungere gli obiettivi, compresi, se del caso, i cambiamenti nei prodotti e servizi dell'impresa e l'adozione di nuove tecnologie, quantificare gli investimenti e i finanziamenti a sostegno dell'attuazione del piano di transizione e spiegare il ruolo degli organi di amministrazione, direzione e controllo, oltre che i progressi raggiunti⁷³.

Diversamente da quanto previsto per gli obblighi di *due diligence*, il cui inadempimento comporta l'insorgere della responsabilità civile della società, qualora da esso discenda una violazione dei diritti umani o dell'ambiente presso di essa, presso le sue controllate o nella catena di attività⁷⁴, non è previsto che la società sia convenuta in giudizio per il mancato ottemperamento agli obblighi previsti in materia di adozione e implementazione dei descritti piani di mitigazione del surriscaldamento globale. È stabilito invece che il monitoraggio sia affidato alle autorità di controllo – istituite a livello nazionale e dotate dei necessari poteri sanzionatori – tenute appunto, in questo specifico ambito, a vigilare che i piani siano adottati ed elaborati conformemente ai requisiti previsti dalla Direttiva⁷⁵.

Pur essendo questa differenza certamente rilevante sul piano dell'efficienza della giustizia, riteniamo che, in ogni caso, l'introduzione degli obblighi descritti in materia di cambiamento climatico contribuirà a fornire un rinnovato impulso al contenzioso contro imprese. Non ci riferiamo alla mancata adozione ed elaborazione del piano che, come visto, non determinano di per sé la responsabilità civile dell'impresa, ma sono subordinati ai rimedi sanzionatori. Riteniamo piuttosto che, in continuità con i casi esaminati nei paragrafi precedenti, il mancato adempimento di tali obblighi possa essere eventualmente preso in considerazione come condotta che impatta negativamente i diritti umani, ossia l'oggetto protetto dal più generale obbligo di *due diligence*, e che la previsione di quest'ultimo obbligo nell'ambito della Direttiva e, dunque, nella normativa di recepimento di tutti gli Stati membri, potrà comportare pertanto una complessiva intensificazione del contenzioso e una sua estensione anche a quei Paesi dinanzi ai tribunali dei quali non sono stati, ad oggi, ancora presentati ricorsi.

⁷³ *Ibid.*, art. 22.

⁷⁴ *Ibid.*, art. 29.

⁷⁵ *Ibid.*, art. 24-27.

5. Conclusioni

Alla luce delle riflessioni svolte, chi scrive ritiene che l'introduzione di obblighi di *due diligence* per le imprese possa contribuire all'efficienza e alla garanzia della giustizia per le vittime di violazione dei diritti umani riconducibili al cambiamento climatico. Tenuto conto della natura preventiva degli obblighi in esame e delle procedure e dei requisiti cui le imprese devono conformarsi per adempiervi, la previsione della *human rights due diligence* consente infatti di ovviare a una serie di criticità che oggi caratterizzano il contenzioso. In quest'ottica è ragionevole ritenere che l'introduzione di corrispondenti obblighi ad opera della CSDDD potrà comportare l'estensione del contenzioso climatico anche a quei Paesi che fino ad oggi non ne sono stati interessati e, in definitiva, determinarne la complessiva intensificazione.

Finito di stampare nel mese di agosto 2024
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna 220

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Centro di ricerca coordinato “Studi sulla Giustizia”

Per i tipi di Giuffrè

1. BRUNO NASCIMBENE (a cura di) - *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano 2003.
2. VALERIO ONIDA (a cura di) - *Viva vox constitutionis*, Milano 2003.
3. MARCO ANTONIOLI - *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004.
4. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) - *Viva vox constitutionis*, Milano 2004.
5. LUCA BERTONAZZI - *L'istruttoria nel processo amministrativo di legittimità: norme e principi*, Milano 2005.
6. PAOLO BERTOLI - *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano 2005.
7. FRANCESCA BIONDI - *La responsabilità del magistrato*, Milano 2006.
8. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) - *Viva vox constitutionis*, Milano 2005.
9. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) - *Viva vox constitutionis*, Milano 2006.
10. FRANCESCO GOISIS - *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano 2007.
11. MARIO PISANI - *Grazia e giustizia*, Milano 2007.
12. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) - *Viva vox constitutionis*, Milano 2007.
13. CECILIA SANNA - *La durata ragionevole dei processi nel dialogo tra giudici italiani ed europei*, Milano 2008.
14. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) - *Viva vox constitutionis*, Milano 2008.
15. TITINA MARIA PEZZANI - *Il regime convenzionale delle prove*, Milano 2009.
16. ELENA ZANETTI - *Il mandato di arresto europeo e la giurisprudenza italiana*, Milano 2009.
17. CHIARA SPACCAPELO - *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano 2009.
18. VALERIO ONIDA - BARBARA RANDAZZO (a cura di) - *Viva vox constitutionis*, Milano 2009.
19. NICOLÒ ZANON - GIGLIOLA DI RENZO VILATA - FRANCESCA BIONDI (a cura di) - *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini*, Milano 2012.
20. CHIARA RAGNI - *I tribunali penali internazionalizzati. Fondamento, giurisdizione e diritto applicabile*, Milano 2012.
21. LUCIO IMBERTI - *Il socio lavoratore di cooperativa. Disciplina giuridica ed evidenze empiriche*, Milano 2012.
22. GIUSEPPE LUDOVICO - *Tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali e responsabilità civile del datore di lavoro*, Milano 2012.
23. MARCO ETTORE GRASSO - *Lineamenti di etica e diritto della sostenibilità*, Milano 2015.
24. ZENO CRESPI REGHIZZI - *L'intervento «come non parte» nel processo da-*

- vanti alla Corte internazionale di giustizia, Milano 2017.
25. IRENE PELLIZZONE (a cura di) - *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano 2017.
 26. LUIGI CREMA - *La prassi successiva e l'interpretazione del diritto internazionale scritto*, Milano 2017.
 27. MARILISA D'AMICO - STEFANIA LEONE (a cura di) - *La donna dalla fragilità alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano 2017.
 28. CHIARA AMALFITANO - MASSIMO CON-
DINANZI (a cura di) - *La Corte di giustizia dell'Unione europea oltre i trattati: la riforma organizzativa e processuale del triennio 2012-2015*, Milano 2018.
 29. STEFANO MARIA CORSO - *Lavoro e processo penale. La tutela del lavoro nel e dal processo*, Milano 2018.
 30. LEONARDO BORLINI - *Il consiglio di sicurezza e gli individui*, Milano 2018.
 31. NICOLÒ ZANON - GIADA RAGONE (edited by) - *The dissenting opinion. Selected essays*, Milano 2019.
 32. MARINA BENEDETTI - ANGELA SANTANGELO CORDANI - ALESSANDRA BASSANI (a cura di) - *Tra storia e diritto. Giustizia laica e giustizia ecclesiastica dal medioevo all'età moderna*, Milano 2019.
 33. ANGELO CASTAGNOLA - LUIGI FUMAGALLI - ROBERTO SACCHI - LAURA SALVANE-
SCHI - MARCO SICA (a cura di) - *Arbitrato e impresa*, Milano 2019.
 34. LORENZO GAGLIARDI - DAVID KREMER (a cura di) - *Cittadinanza e nazione nella storia europea. Atti del convegno - Università degli Studi di Milano, 28-29 maggio 2018 - Citoyneté et nation dans l'histoire européenne. Actes du colloque - Université de Milan, 28-29 mai 2019*, Milano 2020.
 35. CHIARA RAGNI - *Scienza, diritto e giustizia internazionale*, Milano 2020.
 36. STEFANO SILINGARDI - *Le sanzioni unilaterali e le sanzioni con applicazione extraterritoriale nel diritto internazionale*, Milano 2020.
 37. ANGELA SANTANGELO CORDANI - GIOVANNI ZICCARDI (a cura di) - *Tra odio e (dis)amore. Violenza di genere e violenza sui minori dalla prospettiva storica all'era digitale*, Milano 2020.
 38. NICOLÒ ZANON - FRANCESCA BIONDI (a cura di) - *L'indipendenza della magistratura oggi*, Milano 2020.
 39. ROBERTO SACCHI (a cura di) - *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, Milano 2020.
 40. ROBERTO SACCHI (a cura di) - *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano 2021.
 41. UGO MINNECI - ANDREA TINA (a cura di) - *Attualità di diritto bancario*, Milano 2021.
 42. ROBERTO SACCHI (a cura di) - *Valori dell'ordinamento vs. esigenze dell'emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, Milano 2022.
 43. NICCOLÒ BACCETTI - *La postergazione dei finanziamenti nel diritto della crisi e dell'insolvenza*, Milano 2022.
 44. CHIARA AMALFITANO - MASSIMO CON-
DINANZI (a cura di) - *Il giudice dell'Unione europea alla ricerca di un assetto efficiente e (in)stabile: dall'incremento della composizione alla modifica delle competenze*, Milano 2022.
 45. FRANCESCA BIONDI - ROBERTO SACCHI (a cura di) - *Dialogo transdiscipli-*

nare e identità del giurista, Milano 2023.

46. FEDERICA CADORIN, *Opa obbligatoria e prezzo "equo"*, Milano 2023.

Per i tipi di Giappichelli

47. FRANCESCA BIONDI – ROBERTO SACCHI
(a cura di) – *Garanzie ed efficienza
nella giustizia in una prospettiva
multidisciplinare*, Torino 2024.