



# GIUSTIZIA INSIEME

ISBN

978-88-548-2217-7

ISSN:

2036-5993

Registrazione: 18/09/2009 n. 313 presso il Tribunale di Roma

*Costituzione e Carte dei diritti fondamentali - 17 dicembre 2020 n. 1444*

*Il dibattito lanciato da Giustizia Insieme con l'editoriale [L'estremo saluto al Protocollo 16 annesso alla CEDU](#), dopo gli interventi di **Antonio Ruggeri** - [Protocollo 16: funere mersit acerbo?](#) - **Cesare Pinelli** - [Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale](#) - **Elisabetta Lamarque** - [La ratifica del Protocollo n. 16 alla CEDU: lasciata ma non persa](#) - **Carlo Vittorio Giabardo** - [Il Protocollo 16 e l'ambizioso \(ma accidentato\) progetto di una global community of courts](#) - ed **Enzo Cannizzaro** - [La singolare vicenda della ratifica del Protocollo n.16](#) - si arricchisce ulteriormente grazie all'intervento del Presidente dell'Associazione processualcivilisti italiani, **Paolo Biavati**.*

## **Giudici deresponsabilizzati? Note minime sulla mancata ratifica del Protocollo 16**

di Paolo Biavati

**Sommario:** 1. Premessa - 2. L'oggetto del parere della Corte Edu - 3. L'iniziativa del giudice nazionale - 4. L'apporto delle parti - 5. La richiesta di parere come mezzo per l'emersione di conflitti latenti - 6. Il tema del ritardo nella decisione - 7. Per concludere, una parola sola.

### **1. Premessa**

Intervenire nel dibattito promosso da Giustizia Insieme sulla singolare vicenda della mancata ratifica italiana del Protocollo 16 della Cedu può apparire superfluo: almeno, da parte di chi, come me, reputa che il nostro Parlamento abbia commesso un errore, per fortuna rimediabile se si darà luogo ad un cambio di prospettiva<sup>[1]</sup>. Le argomentazioni svolte nei contributi finora pubblicati sono ampiamente condivisibili e insistervi vorrebbe dire portare vasi a Samo. Tanto più che illustri studiosi del diritto costituzionale e del diritto dell'Unione europea si sono autorevolmente espressi e che non è questo il tipico terreno dei processualcivilisti<sup>[2]</sup>.

Con questa premessa, mi permetto di svolgere alcune osservazioni, nella speranza di apportare un minimo contributo alla discussione.

### **2. L'oggetto del parere della Corte Edu**

In sede parlamentare, si è obiettato che la semplice richiesta di un parere non vincolante alla Corte di Strasburgo potrebbe avere come effetto quello di deresponsabilizzare i giudici interni.

Questa argomentazione mi interessa perché, a mio modo di vedere, si può inserire, in qualche modo, nella linea di pensiero che approfondisce il ruolo del precedente e quello della funzione nomofilattica della Cassazione<sup>[3]</sup> e suppone di verificare il perimetro di efficacia del parere, partendo dalla sua estensione oggettiva.

Ora, il parere della Corte Edu (e lo si è confermato nei primissimi casi di applicazione del Protocollo 16) riguarda una controversia concreta: è un parere dato, seppure ovviamente mettendo in gioco una specifica lettura della Convenzione, in relazione ad un caso particolare, non automaticamente estensibile ad altre ipotesi. E' vero che secondo l'art. 1 del Protocollo le richieste di parere sono concernenti "questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà" tutelati dalla Cedu. E' altrettanto vero, però, che la richiesta deve scaturire da un caso reale e che in nessun caso il parere può suggerire direttamente la revisione della legislazione interna. Per funzionare da precedente, il parere dovrebbe poi potersi applicare a fattispecie isomorfe, mentre per situazioni soltanto analoghe nessuno potrebbe impedire al giudice nazionale di applicare la tecnica del *distinguishing*.

Non mi pare, insomma, che il parere darebbe luogo a quello che, in logica italiana, chiamiamo principio di diritto, vale a dire un enunciato a valenza normativa, scritto come una norma, anche se frutto di elaborazione giudiziaria. Si tratta, invece, di un'autorevole valutazione, che esprime la posizione della Corte su una data controversia e che sarà valutato liberamente dall'alta corte nazionale per risolvere quel singolo processo.

Probabilmente, non hanno giovato al Protocollo 16 visioni della giurisprudenza Edu che la fanno somigliare a quella della Corte di giustizia di Lussemburgo, laddove le differenze sono nette. Una sentenza di Lussemburgo che rilevi il contrasto fra il diritto dell'Unione e una data norma interna, comporta, al di là del singolo caso, l'inoperatività della disposizione interna, che ogni giudice nazionale dovrà disapplicare e che un legislatore serio si affretta a riformare<sup>[4]</sup>: ma non può essere così per il parere dato in conformità al Protocollo 16. In realtà, mi sembra che la tipologia strutturale del parere della Corte Edu lo renda meno replicabile di un precedente giurisprudenziale interno, il che restringe il campo, anche a volerle dialetticamente assumere come possibili, alle ipotesi di deresponsabilizzazione delle alte corti.

### **3. L'iniziativa del giudice nazionale**

Oltre al tema dell'oggetto, anche il profilo dell'iniziativa lascia la vicenda del parere saldamente nelle mani del giudice nazionale.

Conviene ribadire che, a mio avviso, il carattere del parere è propriamente (e non fittiziamente) non vincolante. Al di là dell'autorevolezza della Corte di Strasburgo, l'alta corte italiana<sup>[5]</sup> resterebbe totalmente libera di farvi riferimento o no, salvo, naturalmente, il profilo di un'adeguata motivazione.

Occorre non dimenticare che per Costituzione il giudice è soggetto soltanto alla legge. La Cedu è legge, la sua interpretazione da parte di Strasburgo no. A nessun giudice di pace

italiano è precluso dissentire dalle Sezioni unite; a nessun giudice nazionale sarà vietato discostarsi dalle affermazioni della Corte Edu. E' ovvio che la funzionalità del sistema suppone che i giudici di pace seguano normalmente gli arresti delle Sezioni unite e che i giudici nazionali leggano la Convenzione così come la Corte la interpreta: ma immaginare che la sentenza della Cassazione sia la pura e semplice fotocopia del parere di Strasburgo e poi opporsi per questo alla ratifica del Protocollo è fuorviante.

Il risultato finale della richiesta di parere sarà una pronuncia che vede la cooperazione fra la Corte Edu e l'alta corte italiana, con un apporto costruttivo e originale sia di questa che di quella.

Il punto che mi pare vada sottolineato, per tranquillizzare il nostro Parlamento, è che comunque l'alta corte italiana chiederà il parere se e in tanto in quanto lo reputi utile. Non ci troviamo in un quadro paragonabile a quello dell'art. 267 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che impone al giudice di ultima istanza di effettuare il rinvio pregiudiziale in caso di questione incerta e rilevante (sia pure con tutte le ben note limitazioni, a partire dalla teoria dell'atto chiaro), ma in una situazione in cui la richiesta dipende da una scelta discrezionale del giudice.

Senza polemica, credo che basterebbe guardare a quanta cautela ha avuto -ad esempio - la Cassazione nel proporre rinvii pregiudiziali a Lussemburgo, anche quando vi sarebbe stata tenuta, e pur tenendo conto della positiva evoluzione della stagione più recente, per allontanare i timori di "deresponsabilizzazione"[\[6\]](#).

Insomma, se così mi posso esprimere, le alte corti tengono saldo in mano il pallino del gioco. Dobbiamo credere che utilizzeranno (o meglio, che utilizzerebbero) lo strumento del Protocollo 16 nel quadro di un esercizio virtuoso dell'attività giurisdizionale.

#### **4. L'apporto delle parti**

Sempre sul piano dell'iniziativa, vorrei guardare al parere previsto dal Protocollo 16 nella prospettiva del diritto di difesa delle parti e non solo in quella, importante ma non esclusiva, del dialogo fra le corti supreme.

Se un processo in cui vengono in gioco diritti fondamentali giunge dinanzi ad un'alta corte, molta (forse troppa..) strada è già stata percorsa. Pensando a una causa civile, le parti hanno già avuto, normalmente, due gradi di giudizio in cui confrontarsi, in fatto e in diritto, sulla sussistenza o no della violazione lamentata. E' logico pensare che la giurisprudenza della Corte Edu sia stata invocata e citata (almeno da una di esse) e non si può escludere che sia proprio una parte a sollecitare la Cassazione a consultare Strasburgo.

Qui le analogie con il rinvio pregiudiziale europeo mi sembrano maggiori: ho sempre visto questo istituto (nonostante le resistenze della Corte di giustizia a definirlo in modo diverso da una procedura volontaria da giudice a giudice) come uno strumento di tutela della parte, che può ottenere giustizia solo in caso di corretta applicazione del diritto dell'Unione: con la differenza che qui le parti hanno diritto di arrivare a Lussemburgo, sia pure per il tramite del giudice nazionale, mentre nel quadro del Protocollo 16 no.

Non è un caso che il regolamento di procedura della Corte di giustizia utilizzi l'espressione di "domanda pregiudiziale"[\[7\]](#), per definire il rinvio dal giudice nazionale alla Corte: certo,

non domanda nel senso classico di richiesta al giudice di un provvedimento favorevole in vista del conseguimento di un dato bene della vita, ma domanda volta a stimolare un enunciato interpretativo, che costituirà l'unico mezzo per poi ottenere dinanzi al giudice nazionale quel provvedimento e quel bene[8].

Tutto questo non si ripropone per il Protocollo 16, dove, come ripeto, la richiesta di parere può al massimo essere sollecitata, ma mai pretesa dalle parti. Ciò che vorrei sottolineare, però, è che l'eventuale futura ratifica italiana del Protocollo ben difficilmente darebbe luogo ad iniziative extravaganti e "deresponsabilizzate" delle alte corti, ma porterebbe a Strasburgo, nella forma della richiesta di parere, questioni assolutamente genuine, con un valore aggiunto per il corretto esercizio della giurisdizione nazionale.

E' appena il caso di ricordare che la Cassazione si era già attrezzata per una più efficace collaborazione con la Corte Edu con il protocollo di intesa firmato il giorno 11 dicembre 2015, con un apprezzabile senso di apertura europea, che, purtroppo, sembra non appartenere anche al legislatore.

### **5. La richiesta di parere come mezzo per l'emersione di conflitti latenti**

Vorrei formulare, poi, per quanto di scuola, l'ipotesi della richiesta di parere in una situazione di divergenza di vedute fra l'alta corte nazionale e la Corte Edu.

Si supponga che rispetto ad un dato caso concreto, la Cassazione non ravvisi nella giurisprudenza esistente della Corte Edu una risposta adeguata rispetto alle previsioni della Convenzione, vuoi perché troppo timida o, al contrario, perché troppo invasiva rispetto alle peculiarità nazionali, ad esempio al momento di applicare il c.d. margine di apprezzamento[9].

Piuttosto che ignorare la divergenza e, per così dire, nascondere la polvere sotto il tappeto, la Cassazione potrebbe richiedere un parere, eventualmente segnalando le sue perplessità ovvero l'esigenza di un chiarimento o di un approfondimento da arte di Strasburgo. La risposta potrà eliminare i dubbi, oppure lasciarli in vita[10]. In questo caso, l'alta corte potrebbe andare di diverso avviso rispetto alla Corte Edu, consapevole di creare un conflitto. Il dialogo fra le corti non è un lavoro di passacarte e non ci si dovrebbe stupire di un'utilizzazione dialettica del parere.

Bloccare (in ottica oggettivamente sovranista, al di là delle intenzioni) la ratifica del Protocollo 16 priva la giurisdizione italiana di un canale di confronto, che non è destinato sempre e comunque a generare decisioni appiattite sul parere che la Corte Edu renderebbe, anche se, ovviamente, la ricezione e la messa in pratica delle enunciazioni di Strasburgo costituiscono l'epilogo fisiologico del procedimento.

### **6. Il tema del ritardo nella decisione**

Un ultimo possibile profilo della temuta deresponsabilizzazione è la perdita di tempo: il processo dinanzi all'alta corte nazionale sarebbe sospeso e si fermerebbe a causa dell'attesa del parere di Strasburgo, con un grave ritardo nella decisione.

Qui si rasenta il ridicolo. Se la ragionevole durata è ora un principio cardine dell'ordinamento processuale e il suo rispetto è espresso da un enunciato costituzionale, lo

si deve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e al martellamento a cui le meritate condanne della Corte Edu hanno sottoposto l'inerte sistema italiano. Opporsi al dialogo con chi è stato decisivo per velocizzare i nostri giudizi eccedendo che, in qualche sparuto caso, si perderanno alcuni mesi, non è serio.

Inoltre, nulla vieterebbe di introdurre, anche solo a livello di prassi interna alle singole alte corti, un semplice meccanismo per cui le cause in cui si prospetta la possibilità di una richiesta di parere (che, ripeto, nasce normalmente da una dialettica già attuata nei precedenti gradi di giudizio) siano trattate con precedenza, al solo fine dell'eventuale applicazione del Protocollo 16. Insomma, se lo si vuole, nulla di insormontabile, anche dall'angolo prospettico dei tempi di decisione.

E infine, come più volte ha ricordato la stessa Commissione europea, nella gestione della giustizia civile la regola è *quality before speed*. Nel caso dell'acquisizione di un parere della Corte Edu, la qualità del prodotto giudiziario sarebbe particolarmente elevata, mentre sarebbe minimo il rallentamento complessivo del sistema.

## 7. Per concludere, una parola sola

Conclusioni ? Una sola: speriamo che ci ripensino...

[1] Il tema mi è sempre sembrato rilevante: subito dopo l'entrata in vigore del Protocollo ho suggerito ad una giovane studiosa, Ilaria Anrò, di pubblicare un saggio sulla Rivista trimestrale di diritto e procedura civile (Il Protocollo n. 16 alla cedu in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento di dialogo tra le corti ?, 2018, p. 189 ss.), per segnalarlo all'attenzione dei cultori della giustizia civile.

[2] Anche se ho molto apprezzato l'intelligente saggio di Giabardo, [\*Il Protocollo 16 e l'ambizioso \(ma accidentato\) progetto di una global community of courts\*](#), pubblicato su questa Rivista.

[3] Tema di vastissima portata: richiamo qui, per tutti, la monografia di Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2008. Aggiungo il riferimento a uno dei maggiori studiosi contemporanei, scomparso nei giorni scorsi: Taruffo, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Verso la decisione giusta*, Torino, 2020, p. 433 ss.

[4] Come, ad esempio, nel caso del par. 917, 2° cpv., della *Zivilprozessordnung* tedesca, a seguito della sentenza del 10 febbraio 1994 della Corte di giustizia nel caso Mund & Fenster (causa C-398/92).

[5] Non essendo stato ratificato il Protocollo, non sappiamo quali sarebbero, per l'Italia, le alte corti: certo la Cassazione, il Consiglio di Stato, la Corte di conti.

[6] Un'ottima messa a punto si può leggere in Vincenti, *La Cassazione e le Corti europee*, in Acierio, Curzio, Giusti, *La Cassazione civile*, 3° ed., Bari, 2020, p. 533 ss.

[7] Art. 94 del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

[8] V., si vis, Biavati, *Profili critici del contraddittorio nel procedimento pregiudiziale europeo*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, V, Torino, 2008, p. 379 ss.

[9] V. ad esempio Nalin, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 117 ss., spec. p. 142. Del resto, il primo caso francese oggetto di richiesta di parere riguardava esattamente una questione collegata al margine di apprezzamento.

[10] L'art. 4, par. 2, del Protocollo 16 prevede, come nella tradizione di Strasburgo, che possano essere allegate opinioni autonome o dissenzienti da parte di qualcuno dei giudici. Il contrasto di letture potrebbe quindi emergere già all'interno del parere. Nella letteratura processualciviltica, v. Asprella, *L'opinione dissenziente del giudice*, Roma, 2012, p. 272 ss.