

## ***Il processo e le sue alternative: storia, teoria, prassi***

(Cagliari, 25-27 settembre 2014)

1. Il filo delle assonanze e delle dissonanze, delle oscillazioni continue, che caratterizzano l'attuale società europea, è emerso con evidenza nel Convegno '*Il processo e le sue alternative: storia, teoria, prassi*' organizzato dalla Società italiana di storia del diritto e dal SUM (Istituto italiano di scienze umane) e ospitato dal Dipartimento di Giurisprudenza (nonché dalla Facoltà di Scienze economiche, giuridiche e politiche) dell'Università di Cagliari dal pomeriggio di giovedì 25 settembre alla mattinata di sabato 27 settembre 2014.

In particolare il filo conduttore è stato rappresentato dall'analisi dell'estensione della giurisdizione a spazi in passato fuori dalla sua attività protettiva e, al contempo, segno apparentemente contraddittorio ma invero insito *in nuce* in ogni movimento espansionistico riuscito, la sua crisi, evidente nel ricorso sempre più incentivato, se non comandato, dal legislatore a strumenti alternativi alla giurisdizione civile (quella considerata negli Studi tenutisi a Cagliari: l'analisi della giurisdizione penale avrebbe richiesto un diverso filo conduttore, preso atto del suo evidente fallimento nella coeva società italiana, testimoniato dal fatto che buona parte dei processi penali – tali, che non si arrestano cioè in sede di indagini preliminari con un decreto di archiviazione o una sentenza di non luogo a procedere – che si concludono con una condanna vedono quest'ultima, ai sensi di legge, non eseguita, nonché l'alto numero di assoluzioni per prescrizione del reato).

Ovviamente, ricordati gli enti scientifici organizzatori del Convegno, le indagini non sono state circoscritte al fenomeno processuale odierno ma ampio spazio è stato riservato alla prospettiva storica processuale, in particolare a quella romana, anche qui sul filo della giurisdizione e delle sue alternative.

Se si prende a modello quanto ha sottolineato il Presidente della prima seduta di studi (nel pomeriggio di giovedì 25), Aldo Schiavone, piuttosto che procedere a una rassegna cronachistica del Convegno seguendone l'incedere temporale, può essere stimolante passare in rassegna prima le relazioni dedicate alla situazione attuale – quale che fosse la loro collocazione temporale nel consesso di studi – e poi quelle votate alla società romana, ripartendole per aree tematiche.

Dopo gli indirizzi di saluto della Prorettrice Paola Piras, ordinaria di Diritto amministrativo nella Facoltà di Economia, Giurisprudenza e Scienze politiche, della Presidentessa della Facoltà di Economia, Giurisprudenza e Scienze politiche, Pierangela Floris, ivi ordinaria di Diritto ecclesiastico, e di Fabio Botta, Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza, sostanzialmente nell'introduzione al Convegno Aldo Schiavone ha infatti messo in risalto che il diritto romano è disciplina di frontiera, come tale aperta agli altri saperi, giuridici ed antichistici. Il romanista che non dialoga si chiude nel recinto dell'autoreferenzialità, condannandosi alla sterilità. Tale metodologia dialogante va però per Schiavone rettammente intesa: essa va concepita in senso potrebbe dirsi sincronico piuttosto che diacronico. Non dialoga proficuamente il romanista che, per sudditanza verso i giuspositivisti, fa, nel caso di specie, il processualista di complemento. Ciò non risulterebbe di alcun interesse per i giuristi positivi, che al contrario chiedono ai romanisti

approfondite indagini giuridiche di taglio prettamente storico, ai cui risultati attingere e da cui trarre stimoli di riflessione, nella consapevolezza dell'irreversibile diversità delle società moderne da quelle antiche, senza perciò che sia possibile riproporre in alcun modo le soluzioni normative romane nel presente. Quale esempio concreto di eventuale erronea metodologia Schiavone ha indicato, in relazione al tema del Convegno, l'ascrivere natura arbitraria al processo formulare romano, onde farlo risultare accattivante per le attuali spinte in favore dell'arbitrato in luogo della giurisdizione statale, sottacendo la penetrante direzione che di esso faceva il magistrato, con i relativi poteri a sua disposizione.

Schiavone ha infine ricordato che il Convegno di cui qui si dà conto è il quarto incontro di studio di un progetto comune della Società italiana di storia del diritto e del SUM, improntato all'apertura, nel senso ricordato da Schiavone stesso, alle aree del sapere giuridico odierno e dell'antichistica. I precedenti tre si sono tenuti a Firenze (*'Ius controversum' e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, i cui *Atti* sono stati pubblicati presso *L'Erma di Bretschneider*), Padova (*Repubblicanesimo e Impero da Polibio ai Padri fondatori*, alcuni degli interventi ivi tenuti sono stati pubblicati su *SDHI*, 81, 2014) e Bologna (*Legge, eguaglianza, diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, i cui *Atti* sono di prossima pubblicazione ancora presso *L'Erma di Bretschneider*), rispettivamente nel 2010, 2012 e 2013.

2. Per quanto concerne allora le analisi sul diritto positivo, ad una ricognizione dello stato attuale della giurisdizione e delle sue possibili direttrici future è stato dedicato l'intervento di Luigi Ferrajoli, *La giurisdizione nello Stato costituzionale di diritto e il suo futuro*. Ferrajoli ha sottolineato come sia attualmente in crisi la concezione illuministica della giurisdizione quale applicazione della legge al caso concreto, dove vi sia controversia fra le parti, a favore (o sfavore) di una sua estensione ad attività in precedenza non sindacabili e di una sua configurazione quale attività creatrice, e non semplicemente applicativa, di diritto. Nel contesto di crisi della sovranità dello Stato italiano (a favore – e qui davvero si può dire 'a favore' – dell'Unione Europea e del diritto da essa direttamente o indirettamente generato) e della sua politica (che demanda alla giurisdizione tutela di diritti che a livello legislativo non si ha il coraggio di proteggere), la giurisdizione ha oggi altresì un carattere fortemente fattuale, dipendendo spessissimo nei suoi esiti da accertamenti di natura tecnica devoluti ai relativi consulenti. Ciò fa sì che l'attività giurisdizionale non sia più definibile come applicazione – per quanto controversa e opinabile, in una parola quale interpretazione applicativa – della legge, bensì quale creazione nomogenetica – fondata sull'applicazione indiscriminata del precedente in quanto tale, non perché bene argomentato, di sovente scisso da un verificabile aggancio normativo in fonte positiva, oggi peraltro di fattura sempre più confusa e generica – improntata al bilanciamento degli interessi in gioco. Registrare questo attuale stato della giurisdizione non significa auspicare che esso prosegua in futuro, dal momento che il corpo giudiziario non è investito della legittimazione democratica di cui comunque gode il legislatore. Si dovrebbe pertanto giungere ad una rifondazione della scienza legislativa, che potrebbe ad esempio tradursi in una riserva non tanto di legge quanto piuttosto di codice, che produrrebbe immediati effetti benefici in materia penale. Certo le attuali condizioni della politica, ha concluso Ferrajoli, non lasciano sperare nella possibilità di successo di questo auspicio nel medio periodo.

Sul crinale dei movimenti oppositivi all'espansione della giurisdizione sta la diffusione dell'arbitrato privato, su cui si è concentrato Carmine Punzi (*Le nuove frontiere dell'arbitrato*). Essa si lega alla crisi di sovranità degli Stati nazionali, che sempre più a fatica resistono alle relazioni – di ogni tipo – fra individui di nazionalità diversissime, oggi favorite dall'uso di mezzi tecnici in passato impensabili. Le relazioni commerciali fra tali soggetti (anche ovviamente in vesti societarie) sono di sovente improntate al ricorso preventivo a mezzi anticonvenzionali i quali, se falliti, sfociano in procedure arbitrali che saltano la giurisdizione pubblica degli Stati. L'adeguamento alla legislazione europea favorisce in Italia la presa d'atto normativa del progressivo esautoramento della pretesa di assolutezza della giurisdizione nazionale degli Stati (portato soprattutto dalla l.218/95) e in un contesto simile è chiaro che la figura dell'arbitro, che non esercita un potere statale, assume un ruolo centrale. Ruolo centrale che richiede la sua pronuncia non sia degradata a mera attività contrattuale, ma sia concepita come un'attività alternativa alla giurisdizione, come di recente ha finalmente fatto la Cassazione.

A proposito delle due relazioni in questione Schiavone ha sottolineato l'esigenza di non interpretare la crisi statale in esse sottesa quale ritorno alle caratteristiche delle società di *ancien régime*: qui ci sono elementi fortemente innovativi, che attendono ancora una comprensione più matura, nella difficoltà – già postulata da Hegel – per i contemporanei di penetrare nei gangli che determinano l'indirizzo delle società in cui essi vivono.

I due movimenti – esplosivo e implosivo, centrifugo e centripeto – della giurisdizione sono stati racchiusi nella relazione *L'evoluzione del concetto di giurisdizione nel diritto europeo* di Vincenzo Zeno Zencovich. L'Unione Europea impone infatti da un lato strumenti alternativi, a carattere non giurisdizionale, di risoluzione delle controversie (la ben nota *ADR*, introdotta in Italia proprio a seguito di recezione di direttiva comunitaria) e dall'altro estende l'attività giurisdizionale attribuendola ad autorità diverse dal corpo giudiziario, quali le autorità garanti indipendenti, alle cui decisioni è stata di recente riconosciuta natura giurisdizionale, ammettendo in relazione ad esse l'eccezione di cosa giudicata nel procedimento giudiziario (il che comporta un *vulnus* alla tradizionale separazione fra amministrazione e giurisdizione e alla conseguente divisione dei poteri).

Alla influenza delle decisioni non di carattere generale ed astratto dei competenti organi comunitari bensì di quelle di natura singola e concreta delle corti europee sui giudicati interni degli Stati membri è stato principalmente dedicato l'intervento *La crisi del giudicato* di Francesco Cordopatri. Tralasciando la revisione del giudicato penale (e ivi la declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice) nonché la revocazione straordinaria del giudicato civile, l'interesse oggi più presente è la caducazione del giudicato interno ad opera della Corte di giustizia U.E. quando esso si sia risolto in una violazione del diritto comunitario. Da questo punto di vista vi è però stato, nel luglio 2014, un inopinato revirement della Corte, che ha sancito la prevalenza del giudicato interno, demandando al legislatore nazionale l'approntamento (ovviamente non vincolante) di strumenti per reagire al giudicato che si sia tradotto in una violazione del diritto U.E.

Infine degli attuali strumenti deflattivi del contenzioso, in particolare della conciliazione obbligatoria (evitando qui di adottare l'improprio termine «mediazione», scorretto prestito dalla lingua inglese), si sono occupati i giuristi fiorentini Andrea Proto Pisani

(*Nuove misure alternative alla giurisdizione: una proposta*) e Giovanni Così (*Giudicare, transigere, mediare: una lettura filosofica*).

Il primo (Proto Pisani) ha rilevato che attualmente pendono circa quattrocentotrentacinque cause, in primo grado, su ciascun giudice togato. L'ovvia misura del sensibile ampliamento dell'esiguo corpo giudiziario non è praticabile, per forti resistenze della magistratura e per interesse della pubblica amministrazione e del potere politico a non accollarsi ulteriori spese – costituite dalla remunerazione, proporzionata all'altissimo prestigio della funzione svolta, di un magistrato. Occorre allora pensare a strumenti fortemente deflattivi di tale carico, che non si possono risolvere nell'ampliamento ulteriore della competenza dei giudici di pace (che già sono investiti di ampia competenza), nell'arbitrato privato (giustizia unicamente per ceti abbienti), nell'estensione dei titoli immediatamente esecutivi (comunque poco usati nella prassi) e nell'attuale conciliazione obbligatoria (che già mostra di avere fallito i propri obiettivi, strutturata come è). Proto Pisani ha proposto una misura analoga alla depenalizzazione del 1981 (L. 689/81). Si potrebbe affidare il contenzioso di primo grado a un terzo imparziale, costituito monocraticamente o in collegio (si potrebbe pensare all'uopo anche al ministero dei notai), senza consentire la proposizione di mezzi di prova davanti al giudice che non siano stati esibiti o di cui non sia stata richiesta l'assunzione davanti a tale conciliatore, e attribuendo efficacia esecutiva alla sua decisione, ripartendo le spese di tale innovativo procedimento sulla base del principio della soccombenza.

Il secondo (Così), senza proporre soluzioni *de iure condendo*, ha messo in evidenza come l'attuale conciliazione non funzioni. L'indirizzo della conciliazione è corretto, ma il suo *quid* o *quomodo* la rende inefficace. L'esperienza storica del primo codice di rito civile del 1865 dimostra che la figura del conciliatore, posta in apertura alla prima ordinanza processuale unitaria, funzionava, e anche bene, dal momento che risolveva circa i due terzi del contenzioso civile, giovandosi anche di un'attenta riflessione dottrinale sui limiti del suo operato. L'accentramento sulla giurisdizione statale frutto delle concezioni imperanti fra 1938 e 1942 ha portato al sistema attualmente in vigore – minimamente risolto dall'inefficace conciliazione da poco reintrodotta dopo la declaratoria di incostituzionalità dell'ottobre 2012 –, dove il 60% delle cause civili sono introdotte per un valore inferiore a 3000€, di modo che il giudicato non consente alla parte vittoriosa nemmeno di recuperare le spese. È allora evidente il difetto di eticità della popolazione italiana, che porta a devolvere a un'inefficace causa civile conflitti che con maggiore senso civico e quindi libertà individuale potrebbero essere risolti sul piano etico.

3. Sul versante romanistico alla *iurisdictio*, al *ius dicere* magistratuale nel processo privato, sono state dedicate le relazioni di Giovanni Nicosia (*'Ius dicere': dalle 'legis actiones' alle riforme augustee*), Massimo Brutti (*Giurisdizione e giuristi nel Principato*), Fabio Botta (*Sui limiti soggettivi del giudicato nel processo romano*) e si vuole anche Valerio Marotta (*Processo imperiale e formazione del consenso*).

Il primo (Nicosia), attraverso una finissima analisi delle fonti presentate ai Convegnisti, ha sostenuto che i *tria verba* (*do, dico, addico*) sono l'essenza della giurisdizione, e valgono a tracciare per il *ius dicere* un'area limitata al processo privato e alla fase *in iure* della procedura bipartita di epoca prima monarchica poi repubblicana. La

*iurisdictio* consiste nelle pronunce magistratuali, prima vincolate poi progressivamente discrezionali (ad esempio, il *'dare iudicium'* arriva a consistere altresì nel *'denegare actionem'*), ed è concettualizzata (per l'appunto nel trittico *'do, dico, addico'*) in relazione al *lege agere*. Il *'dicere viam'* e *'dicere vindicias'*, nonché l'*'addicere'*, nel processo formulare non hanno applicazione, e il *'dare iudicem'* e *'iudicium'* trapassano nel rito pretorio come si erano evoluti nel processo per *legis actiones*.

Il secondo (Brutti) ha affermato che le riforme giudiziarie augustee, abrogando in massima parte le *legis actiones*, istituzionalizzano il processo pretorio, tipicamente repubblicano, così facendo nascere la letteratura *ad edictum*. Al tempo stesso in epoca augustea nasce un nuovo tipo di processo per fattispecie non tutelate nell'editto, il che riflette in ambito processuale il compromesso alto, non meramente di facciata, fra ordinamento precedente e nuove istituzioni, intese in realtà a preservare le prime. Le istituzioni processuali del nuovo rito, segnatamente l'appello, stimolano nella riflessione dei giuristi la concessione di mezzi – quale l'*exceptio doli* all'*actio iudicati* – che raggiungano gli stessi effetti che nel processo cognitorio assicurava il gravame. E, a livello concettuale, determinano nella giurisprudenza severiana, in particolare in Paolo e Ulpiano, l'elaborazione di nuove categorie processuali unificanti, quali la *'notio'* (v. D. 50.16.99 pr.), incerte e faticose, destinate a non sopravvivere in età tarda.

Il terzo (Botta) ha ripercorso la monografia di Betti sui limiti soggettivi della cosa giudicata, da Betti posta alla base della concezione sui limiti soggettivi del giudicato espressa nel suo manuale di procedura civile italiana. Sono le azioni a legittimazione popolare (quale quella di sepolcro violato) e l'*exceptio rei iudicatae* nei suoi rapporti con quella di litispendenza (*res in iudicium deducta*) a consentire l'elaborazione di limiti soggettivi alla sentenza civile romana. Per oggettivi e giustificati motivi di tempo il relatore ha tuttavia dovuto rimandare agli *Atti* l'esegesi dei testi sottoposti all'attenzione dei Convegnisti.

Il quarto (Marotta) si è occupato del processo cognitorio praticato in provincia, mettendo in risalto i parametri che contraddistinguevano il buon governatore nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali (riferite ora pure all'attività giudicante del funzionario preposto allo svolgimento del rito cognitorio) e alle forme di consenso (e dissenso) assicurate alla popolazione per testimoniare un controllo dell'attività giurisdizionale diffuso e soprattutto stimolare l'adozione degli opportuni rimedi dall'alto, che comunque potevano essere presi anche per iniziativa d'ufficio, non innescata dalle denunce dei provinciali. Soprattutto, però, Marotta ha messo in evidenza come le modalità di esercizio della giurisdizione da parte dei governatori fossero già state fissate nei libri *de officio* della giurisprudenza tardoclassica. Gli editti processuali generali del 331 (I agosto e I novembre) ripetono in realtà principi che già si trovano nell'elaborazione dei giuristi severiani.

Alla giurisdizione non statale (religiosa ed arbitrale), se si vuole alle alternative alla giurisdizione pubblica, sul filo conduttore del Convegno, sono state dedicate le relazioni – sotto la presidenza di Giovanni Luchetti – di Javier Paricio (*Arbitri e pretori fra Repubblica e Principato*) e Francesco Sitzia (*L'arbitrato nel diritto delle 'Novellae'*) nonché di Salvatore Puliatti (*La giurisdizione episcopale*).

I primi due si sono occupati dell'arbitrato privato, rispettivamente nella Repubblica

e nel Principato nonché in età giustiniana, il terzo dell'arbitrato religioso (cristiano ed ebraico) in materia civile, non del differente esercizio della giurisdizione ecclesiastica, in materia civile e criminale, quando fosse coinvolto un membro dell'ordine sacro.

Paricio ha ripercorso gli elementi essenziali dell'arbitrato in età repubblicana e nel Principato, soffermandosi sulle visioni differenti di Talamanca e Ziegler (ancor prima La Pira) sulla natura del *compromissum*, e sui rapporti fra *iudicium* e arbitrato, connotati dalla reciproca indifferenza (testimoniata anche dall'obbligo di pagamento della penale per l'inadempimento dell'accordo compromissorio, senza che ciò si traducesse in una tutela reale che valesse a paralizzare il giudizio civile) salve eccezioni viste dai giuristi.

Sitzia si è diffuso in una ricostruzione acuta e penetrante delle caratteristiche dell'arbitrato in età giustiniana, valorizzando all'uopo l'esegesi che delle riforme giustiniane in materia, particolarmente di Nov. 82.11 (che abroga il *compromissum iuratum*), dà la tradizione bizantina, specialmente Teodoro. L'aspetto forse di maggior rilievo della relazione Sitzia è stata la negazione da parte del relatore che l'*actio in factum* concessa all'attore vittorioso nell'arbitrato radicato non per *compromissum* bensì per accordo informale delle parti, assistito dal patto di rispettare il lodo arbitrale, nel 530 (dalla disposizione poi inserita nel codice del 534 *sub* C. 2.55.5) in caso di approvazione o mancata contestazione, giudiziale o stragiudiziale, entro il breve termine di decadenza (dieci giorni) introdotto dalla *lex*, avesse natura esecutiva. Altre ad avviso di Sitzia sarebbero state le finalità dell'azione, dal momento che sarebbe alquanto distonico che per esercitare l'azione esecutiva a seguito di *iudicium* occorresse attendere quattro mesi, ridotti a dieci giorni per il giudizio arbitrale non radicato *ex compromisso*. Inoltre non si può trascurare il fatto che per l'esecuzione del lodo dell'arbitro scelto in forza di un *compromissum iuratum* la *lex* in materia del 529 (poi nota come C. 2.55.4) non concede soltanto l'*actio in factum*, ma pure una *condictio ex lege* o un'*actio utilis in rem* (che Ziegler giustifica postulando la loro inserzione in sede compilatoria, senza che ciò convinca il relatore). Il riferimento all'*executioni mandari*' contenuto nel testo normativo del 530 andrebbe pertanto inteso in senso atecnico.

Puliatti ha ripercorso le statuizioni imperiali, da Costantino fino ad Arcadio ed Onorio, con le quali si diede riconoscimento all'arbitrato in materia civile fra laici devoluto al vescovo cristiano e a quello deferito ai Patriarchi giudaici da litiganti di stirpe ebraica. Particolarmente interessante, nella relazione, è risultata l'indicazione di Symm. *Ep.* 3.36, quale fonte che confermerebbe l'autenticità, da sempre discussa, di Const. Sirm. 1, che nel 333 attribuisce addirittura natura giurisdizionale al giudizio civile vescovile, intentabile anche contro la volontà della controparte. Secondo Puliatti la successiva riconduzione di tale giudizio alla sua origine arbitrale per opera di Arcadio e Onorio, con il necessario consenso della controparte, andrebbe in realtà incontro alle stesse richieste delle gerarchie ecclesiastiche, operate dalle richieste giudiziarie dei postulanti (come lamentavano Ambrogio e Agostino), e d'altra parte risponderebbe al fatto che i ceti di governo, perciò anche giudicanti, appartenevano ormai alla confessione cristiana. Se di arbitrato si vuole parlare occorre quanto meno porre in risalto le sue distinzioni dall'arbitrato ordinario, costituite dalla prescrizione delle formalità compromissorie e dalla sua esecutività.

Con maggiori riflessi sul diritto sostanziale si è rivelata, infine, la relazione di Letizia Vacca, *La rilevanza delle 'res iudicatae' nella formazione del diritto casistico*.

Nel menzionare le *'res iudicatae'* quali fonti del diritto, come a tutti noto, Cicerone fa un'asserzione fortemente forense, intendendo significare che la sentenza può essere impiegata in giudizio come fonte di convincimento del giudice. Nulla avrebbero perciò a che fare con il diritto casistico, in quanto esse si atteggiano ad *exempla* non a precedenti. Il diritto casistico si sviluppa invece secondo un metodo scientifico, quello adottato dai giuristi, che creano un rapporto fra il caso concreto (la fattispecie) e una determinata soluzione. È l'attività giurisprudenziale a dare coerenza, ad assicurare la tenuta, del complesso ordito delle fonti ordinamentali, fra queste includendo pure sentenze dei giudici e decreti magistratuali. Editti e decreti magistratuali, fino alla *formula*, sono guidati dai giuristi, nel *consilium* del pretore: sentenze del *iudex privatus* sono condizionate dal parere rilasciato per il caso dal giurista (aspetto quest'ultimo che in età imperiale cresce vieppiù per l'*auctoritas principis* che investe l'attività rispondente del giurista, fino alla formale vincolatività dei pareri conformi decretata con rescritto da Adriano). Nel mondo provinciale, dove non vi era eco dell'attività dei giuristi, i privati si rivolgevano invece al *princeps* per ottenere responsi oppure nelle loro controversie svolte innanzi all'autorità romana esibivano quanto lo stesso Cesare aveva stabilito in un caso identico o simile verificatosi in passato.

L'alto livello del Convegno emergerà dai relativi *Atti*. In questa sede si deve salutare con favore la calorosa, organizzata e generosa ospitalità garantita ai Convegnisti dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, il che ha favorito lo svolgimento attento, sereno e proficuo del Convegno, sviluppatosi in clima di convivialità fra tutti gli intervenuti.

Stefano Barbati  
(Università 'Cattolica' - Piacenza)  
stefano.barbati@unicatt.it