

***Giustizia diffusa e condivisa
La collaborazione nella gestione dei conflitti***

**Relazione introduttiva della XII Assemblea Nazionale degli
Osservatori sulla Giustizia civile
Roma, 19- 21 maggio 2017**

di Luciana Breggia

1. Effettività delle tutele e certezza del diritto.

Sono lieta di porgere un saluto per introdurre la XII Assemblea nazionale degli Osservatori sulla Giustizia civile, un'Assemblea un po' speciale perché gli Osservatori *sbarcano* in Cassazione e questo è un segno particolare, come vedremo.

Mi piace ricordare in apertura l'animatore profetico di questa esperienza, Carlo Maria Verardi e in particolare un suo pensiero, espresso in un convegno del 1997 su "La giustizia del 2000. Magistrati e avvocati a confronto", che mi pare scolpisca ancora oggi le ragioni del nostro incontro: diceva Carlo che le riunioni degli Osservatori non erano solo occasioni di aggiornamento professionale, ma espressione del desiderio, del bisogno di confrontare i rispettivi modelli professionali, per sconfiggere la cultura dell'autarchia, che genera diffidenza, esaspera l'individualismo tipico delle nostre professioni e genera solitudini onnipotenti.

Per questo siamo qui.

More solito, l'Assemblea segue un percorso già avviato e tesse di nuovo quel *fil rouge* che da sempre attraversa i nostri incontri: nel titolo è già condensato tanto. Proviamo a procedere per approssimazioni.

L'anno scorso, a Milano¹ affrontammo in modo particolare il tema che da tempo è il cantiere che coinvolge nostre professioni di operatori del diritto: da qualche anno ci interroghiamo sull'effettività delle tutele, richiesta da fonti sovranazionali (art. 46 carta di Nizza, artt. 6 e 13 Cedu), che mira dritto dritto al tema del diritto giurisprudenziale e la prevedibilità delle decisioni. *Ossimoro o binomio?*, ci chiedevamo a Milano.

Come conciliare la funzione inevitabilmente 'inventiva'² dei giuristi con la possibilità di conoscere in anticipo la regola delle nostre condotte?

Tema cruciale, anche se antico, questo del *giudice legislatore*: pone interrogativi e inquietudini: sullo sbilanciamento dei poteri, l'eclissi del diritto civile³, la crisi della fattispecie e l'incalcolabilità del diritto⁴. Ma offre anche speranze, per chi crede che il diritto non sia solo comando formale, diritto

¹ Mi permetto di rinviare al saluto introduttivo della XI Assemblea nazionale svoltasi a Milano, dal titolo *Diritti interessi effettività di tutela*, pubblicato sul sito www.milanosservatorio.it.

²² Nel senso latino di *invenire*, trovare il diritto: Grossi, *Sull'odierna incertezza del diritto*, in *Giust. Civ.*, 2014, p.18.

³ Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 237 s.

⁴ Irti, *La crisi della fattispecie*, *Riv. dir. proc.* 2014, I, p.36.; id., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, I, p.11 ss

disincarnato - come rileva Paolo Grossi⁵ - separato dalla dimensione sociale. Si recupera la fattualità del diritto, anche sotto la spinta del diritto europeo che, sempre cito Paolo Grossi, "cola fattualità da tutti i pori"⁶.

Occorre allora accettare la sfida che questo tempo di transizione ci offre alla ricerca di nuovi equilibri. La sfida di quello che Grossi chiama il *ritorno al diritto*: il diritto deve tornare come ordinamento del sociale. Questo, a mio parere, non significa, come è stato detto, rifiutare il processo astrattivo proprio del diritto⁷.

Io credo che, ci piaccia o no, lo scenario è dato: l'inerzia del legislatore, la complessità della società e la sua corsa, e soprattutto la disgregazione del vecchio sistema delle fonti che lascia il passo al sistema multilivello derivante dall'intreccio di norme nazionali e sovranazionali valorizza la funzione creativa di giudici, avvocati e dottrina⁸: proprio per questo dobbiamo sentirci impegnati nel buon uso di questa funzione. Un diritto che si affida a principi e clausole generali a contenuto altamente flessibile ed espansivo e come tali a necessaria determinazione giudiziale potrebbe dar luogo, come è stato osservato, a veri e propri abusi o a discriminazioni⁹. In realtà, il giudice non compie mai "un esercizio senza rete"¹⁰ perché non prescinde dal quadro legale, ma semmai ne testa i margini di elasticità, ne cerca i confini¹¹. E' innegabile però che oggi il contesto esalti la funzione dell'interprete - giurista, giudice, operatore pratico - e ne faccia il protagonista responsabile della costruzione di una nuova giuridicità. L'agire dell'interprete è più complesso e instabile perché nella prospettiva del diritto come ordinamento esige anche l'ascolto dei processi di trasformazione sociale: in una parola, è stato detto, l'ascolto della vita¹². Nel bel dialogo con il musicista Mario Brunello, anche Zagrebelsky, rileva che l'interprete riempie lo spazio tra la norma (o il testo musicale) e il momento dell'interpretazione con "la vita che scorre tra le persone e nel tempo"¹³.

Un esempio di cosa si intenda per *inventor iuris* è offerto dalla recente sentenza della Corte di Cassazione che enuncia il principio di diritto nell'interesse della legge (art. 363 cpc) in tema di parto anonimo¹⁴: l'inerzia protratta del legislatore pur dopo una sentenza della Corte costituzionale additiva di principio - con richiamo, in dispositivo, dell'intervento del legislatore - ¹⁵ pone all'interprete il dilemma di applicare una norma incostituzionale o procedere con l'integrazione giudiziale per evitare un vulnus di tutela nel caso concreto. Questa è la scelta della Cassazione, che esclude espressamente e motivatamente il carattere infungibile dell'intervento del legislatore. Interessante notare l'ampio riferimento ai protocolli dei Tribunali per i minorenni che, dopo la sentenza della Corte costituzionale n.

⁵ Da ultimo in *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015 ss.

⁶ Grossi, op. cit., p. 124.

⁷ Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in Riv. Dir. Proc. 2016, p. 918.

⁸ Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2016, p. 1153.

⁹ Così Scalisi, *Ritorno al diritto (dialogo con Paolo Grossi)*, in Riv. dir. privato, 2017, p. 128.

¹⁰ L'espressione è di Rordorf, nell'Editoriale di *Questione giustizia* n. 4 del 2016, p. 3.

¹¹ Del resto, "il giudice sillogista non è mai davvero esistito" sottolinea Canzio, *Nomofilachia, dialogo tra le Corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 71.

¹² Scalisi, op. cit. p. 131.

¹³ Brunello - Zagrebelsky, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, 2016, p. 51.

¹⁴ Cass. sez. un. 25 gennaio 2017, n. 1946, pubblicata, tra l'altro, in *Foro it.*, 2017, I, c.477, con nota redazionale di Casaburi. Sulla pronuncia vedi anche i commenti di Lipari, *Giudice legislatore*, ivi, c. 492 e di Amoroso, *Pronuncie additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, ivi, c.494.

¹⁵ Corte cost. 22 novembre 2013, in *Foro it.* 2014, I, c. 4.

278 del 2013, hanno ritenuto di dar corso all'istanza del figlio di interpello della madre naturale per l'eventuale revoca della scelta di rimanere anonima. I protocolli sono un prodotto originale degli osservatori: il primo fu elaborato a Salerno nel 2002, oggi sono utilizzati ben oltre il circuito degli osservatori e, da qualche anno, anche in Cassazione¹⁶.

Non possiamo esimerci dal riempire il vuoto. Il vuoto di tutela, ma anche il vuoto fisiologico che sta la norma e la prassi.

2. Conseguenze della funzione normativa della giurisprudenza.

La valorizzazione della funzione dell'interprete ha delle conseguenze.

2.1 La lingua del diritto

Innanzitutto sul linguaggio del diritto e il raccordo tra atti difensivi e provvedimenti, non a caso oggetto di un gruppo di lavoro di domani.

L'attuale, sempre più diffusa attenzione al linguaggio delle sentenze¹⁷ non risponde ad una semplice e indifferibile esigenza di ecologia linguistica, indispensabile anche per la funzione di regolazione del caso concreto, ma è strettamente collegata alla funzione *normativa* che la giurisprudenza svolge sempre in modo più intenso.

L'analisi del linguaggio dei giudici acquista nuova dignità nel momento in cui si valorizza, come vedremo, l'argomentazione giuridica, che non può avere le caratteristiche del linguaggio rigoroso proprie di un sistema chiuso e coerente di enunciati. L'argomentazione è allora parte del comando giuridico perché il bilanciamento dei principi (costituzionali o sovranazionali) consta proprio di argomenti: chiarezza e sinteticità sono espressione dell'appartenenza delle sentenze al *genus* normativo: allo stesso modo della fattispecie legale, anche la sentenza non deve contenere nulla di più e nulla di meno di quanto necessario per adempiere la sua funzione normativa¹⁸. Non solo: per gli Osservatori la parola del diritto è frutto della collaborazione di giudici e avvocati, come auspicavamo già all'Assemblea di Firenze del 2005, quale precisa opzione per un modello di processo condotto con il metodo orale e concentrato dove si filtri il materiale processuale sin dall'inizio. Ma vorrei sottolineare un altro aspetto della collaborazione quale strumento indispensabile per la costruzione della regola del caso concreto nel nuovo complesso ordine giuridico: tanto più la certezza diviene un processo e non è più un dato oggettivo¹⁹, tanto più la formazione della regola del caso concreto, che è compito interno del processo, deve essere frutto della cooperazione di giudici e avvocati. Cooperazione che si manifesta nel dialogo processuale, sia attraverso il colloquio orale in udienza, sia nel raccordo tra atti

¹⁶ Da ultimo, il Protocollo d'intesa del 15.12.2016 tra la Corte di Cassazione, il Consiglio Nazionale forense e l'Avvocatura dello stato sull'applicazione del nuovo rito civile di cui al dl. n. 168/2016 convertito con legge n. 197/2016.

¹⁷ Manifestata da innumerevoli iniziative di convegni e seminari, in gran parte ricordati da Barbagallo, *Per la chiarezza delle sentenze e delle loro motivazioni*, in *Foro it.*, 2016, V, c. 362, nota 2. Con decreti ministeriali 9 febbraio, 28 luglio e 19 ottobre 2016, è stata inoltre istituita una Commissione ministeriale sulla sinteticità degli atti processuali, che ha depositato la sua relazione in data 1°.12.2016.

¹⁸ In questo senso le riflessioni di Scoditti, *Chiarezza e semplicità delle sentenze: simplex sigillum veri*, in *Foro it.* 2016, V, 368 e 370.

¹⁹ Secondo la felice espressione di Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p.1140.

difensivi e provvedimenti scritti, concepiti come moduli intelligenti, volti ad esaltare la funzione dialogica degli scritti - tenendo conto delle modalità telematiche di comunicazione - e non a deprimere le facoltà espressive in nome di una brevità meccanica.

Infine, anche la riscoperta della fattualità del diritto impone attenzione al linguaggio: occorre un uso appropriato delle parole che veicolano i contenuti fattuali delle fattispecie giuridiche, ma occorre un uso appropriato del linguaggio per scavare nei fatti che stanno fuori e al di là della fattispecie e che consentono di individuare rimedi effettivi per la lesione di interessi non specificamente espressi nella norma, per l'interpretazione di clausole generali e principi.

La lingua - cito Ferrari - è la casa dei fatti²⁰.

2.2. Ragionevole prevedibilità e nomofilachia.

La questione più difficile resta quella di come conciliare la funzione creativa della giurisprudenza con l'esigenza di prevedibilità delle decisioni. Non nel senso della *calcolabilità* giuridica, di cui parla Natalini Irti²¹ - in senso weberiano, funzionale al capitalismo moderno - e nemmeno nel senso della giustizia predittiva, elaborata su base di algoritmi (già in uso in Usa, specie per la valutazione del rischio di recidiva²², di recente sperimentata in Francia²³), ma come ragionevole prevedibilità: ne parliamo negli anni passati facendo riferimento alla riscoperta dell'argomentazione giuridica che rende trasparente e quindi controllabile la giustificazione delle decisioni²⁴ e consente una cultura del precedente. Sono le nuove figure di certezza dell'esperienza giuridica odierna²⁵. Oggi vogliamo aprire una prospettiva nuova proprio perché, come anticipavo, siamo nella casa della nomofilachia: ma abita ancora qui?

Si impone una riflessione sul ruolo della Corte di Cassazione, attualmente piegata sulla decisione dei casi singoli piuttosto che concentrata nell'assicurare la nomofilachia, sia pure intesa in senso dinamico ed evolutivo, schiacciata da numeri non adeguati ad una corte autorevole e suprema.

²⁰ Così Ferrari, *Fatti e parole nella giurisprudenza*, in *Foro it.* 2016, parte V, c. 367. A sua volta Ferrari ricalca la metafora di Heidegger secondo cui il linguaggio è la casa dell'essere.

²¹ Irti, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 917.

²² Normalmente il programma Compas è stato utilizzato ai fini della determinazione della cauzione, della valutazione dell'eventuale definizione del procedimento con una sentenza di *probation* (simile al nostro istituto della messa alla prova) ed in fase esecutiva per la valutazione della concessione della *parole*. Di recente, per la prima volta, il programma COMPAS è stato utilizzato dalla Corte distrettuale nel quale elemento determinante per quantificare (inasprendola) la pena inflitta all'imputato. La Corte Suprema del Wisconsin, nel luglio 2016, ha ritenuto legittimo l'uso di algoritmi a tali fini, specificando tuttavia che lo strumento non potrebbe essere l'unico elemento su cui fondare una pronuncia di condanna. Sulla giustizia predittiva ricordo che, di recente, la University College di Londra e l'Università di Sheffield hanno sperimentato un algoritmo testandone la capacità di predire i verdetti della Corte europea dei Diritti dell'Uomo, raggiungendo un grado di precisione pari al 79%.

²³ Sulla base di una piattaforma on line *Predictice.com*, che consente di prevedere le probabilità di successo di un procedimento giudiziario e ottimizzare la strategia processuale degli avvocati.

²⁴ Perché obbliga chi esprime le ragioni ad averne: Caria, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto e Storia*, 2016, che cita al riguardo Perelman, *Logica giuridica. nuova retorica*, Milano 1979, p. 231. Mi permetto di rinviare anche al mio contributo *La giustizia del 21° secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. proc. e dir. civ.* 2016, p. 719.

²⁵ Benedetti, *Fattispecie ed altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67.

Per questo abbiamo creato il gruppo di lavoro sul tema *Prevedibilità delle decisioni e dialogo fra i diversi gradi della giurisdizione*, che dovrà affrontare questioni cruciali: come può giocare oggi un ruolo della Corte di cassazione nel panorama degli *inventores iuris* che funga da garante del buon metodo creativo, tenendo insieme i cancelli delle parole²⁶ e insieme l'ascolto della società? Perché la parola della Corte non arriva 'in tempo', specie rispetto a contenziosi complessi, ma seriali?

E' possibile immaginare soluzioni *de iure condendo*: il panorama comparatistico ci offre, ad esempio, l'istituto della *Saisine pour avis la Cour de cassation* che consente in Francia, per le questioni nuove, difficili e ricorrenti, di ottenere, con un rinvio pregiudiziale del giudice di merito, l'interpretazione – non vincolante – della Corte. Istituto diverso dal quello previsto dall'art. 363 del nostro codice di rito sul principio di diritto nell'interesse della legge che pure può essere uno strumento utilissimo, come risulta dal recente invito del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione del 31.1.2017 per un “*dialogo aperto sulla enunciazione del principio di diritto*”. Si invitano gli Uffici, ma anche le Università, le strutture della formazione decentrata presso le Corti d'appello, il CNF, le riviste giuridiche, a collaborare per permettere un più intenso impiego del ricorso ex art. 363 cpc secondo plurime direzioni. La nota del Procuratore Generale, diretta a sperimentare nella prassi organizzativa dell'ufficio la costituzione di un sistema informativo ‘a rete’ che agevoli gli elementi di conoscenza per sviluppare il settore dei ricorsi ex art. 363 cpc è in perfetta sintonia con il *metodo osservatori*, volto a trovare soluzioni già a legislazione invariata.

In analoga prospettiva, potremmo prendere spunto dal Progetto avviato dalla Corte Edu per creare una Rete delle Corti Supreme, progetto in cui si colloca il protocollo d'intesa per il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte di Cassazione con la Corte dell'11 dicembre 2015, attraverso momenti di formazione e informazione tra la Corte europea e la Corte di Cassazione. In particolare, si prevedono incontri periodici stabili, in cui, tra l'altro, si attuino scambi di informazioni sulla tipologia dei casi pendenti e l'accesso a documenti pubblici per i casi più rilevanti.

Analogamente potremmo ipotizzare incontri periodici, ad esempio semestrali, della Corte con i Presidenti delle 26 Corti di appello italiane che possano segnalare le questioni da trattare con priorità. Si potrebbe così attuare quel confronto e canale di comunicazione di cui oggi si sente il bisogno. Il dialogo tra le Corti interne ha il passo del bradipo e dobbiamo capire in quali modi accelerarlo e renderlo funzionale. Così come possiamo immaginare accorgimenti organizzativi affinché, su determinate questioni, il giudice d'appello intervenga tempestivamente e non dopo tanti, troppi anni. Questo incide sul delicato tema delle priorità, ma oggi la situazione non è sostenibile. Giustizia condivisa allude anche alla necessità di un dialogo tra primo, secondo e terzo grado di giurisdizione.

L'aggettivo nomofilattico deriva etimologicamente dal greco νόμος, che significa *norma*, unito al verbo φυλάσσω, che indica l'azione del *proteggere con lo sguardo*.

Non si allude dunque alla rigida custodia in un recinto, ma alla protezione attraverso uno sguardo vigile, presente, attento. Uno sguardo che dobbiamo recuperare attraverso le riunioni ex art. 47 *quater* all'interno della singola sezione ed anche con nuove pratiche di discussione collegiale, nuove forme di dialogo anche tra le Corti interne.

²⁶ IRTI, *I cancelli delle parole*, Napoli, 2015, *passim*.

Sarà oggetto della discussione del gruppo di lavoro approfondire e dare sbocchi a questa necessità. Voglio solo ricordare che ci muoviamo in ambito europeo: il CCJE (Consultative Council of European Judges) Working group - Gruppo di lavoro del Consiglio Consultivo dei giudici europei nell'ambito del Consiglio d'Europa - incaricato di redigere l'Opinione n. 20 sul ruolo delle corti rispetto all'applicazione uniforme del diritto, si riunirà proprio qui a Roma dal 7 al 9 giugno 2017. Lo stesso Gruppo ha varato a novembre 2016 l'opinione n. 19 sul ruolo dei Presidenti delle corti²⁷ : a questi affida un ruolo essenziale per assicurare qualità, e coerenza delle decisioni giudiziarie. Compito che esige, nel rispetto dell'indipendenza dei giudici, la promozione della uniformità nella interpretazione e nella citazione dei precedenti della singola corte e nel dialogo con le corti a tutti i livelli nazionali e sovranazionali, per esempio attraverso la formazione e la disponibilità di banche dati, lo scambio di informazioni e la promozione del dialogo.

3. Elaborazione di regole e soluzione di conflitti.

Il pensiero sulla funzione creativa delle corti ci porta sul terreno delle regole. Ma torniamo al terreno, connesso ma non del tutto sovrapponibile, della soluzione dei conflitti.

Mi pare innegabile osservare che quanto più si esalta la funzione dell'invenzione del diritto, tanto più diviene difficoltosa la funzione della soluzione dei conflitti, tradizionalmente affidata alle corti.

E già negli anni passati abbiamo cominciato a delineare un sistema integrato e complementare di giustizia, dove accanto - non al posto - della giurisdizione si muova un sistema di metodi diversi, maggiormente adeguati ai conflitti che tradizionalmente venivano riversati in una giurisdizione tanto bulimica quanto incapiente.

Siamo alla ricerca di un equilibrio, quella equilibrata relazione tra giurisdizione e a.d.r. raccomandata dalle fonti europee. Il giudizio non appare più lo strumento privilegiato per la composizione dei conflitti, nemmeno nell'ambito della giustizia statale, se si pensa alle pratiche conciliative (conciliazione, mediazione demandata, consulenza tecnica preventiva) che da essa originano; ma abbiamo bisogno di una giurisdizione efficace ed efficiente per la funzione simbolica del 'dire il diritto', cioè precisare la comprensione pubblica di norme e valori ufficiali²⁸.

²⁷ "...16. Coherent and consistent case-law is an important part of legal certainty. Presidents of courts have a role in ensuring the quality, coherence and consistency of judicial decisions. This task can be fulfilled only if the court presidents promote consistency in the interpretation and citation of the case-law of the court itself, higher courts, Supreme Court and international courts (for example, by facilitating education and training including seminars, meetings, ensuring access to the relevant databases, as well as promoting dialogue and the exchange of information between different instances, etc.). The CCJE emphasises that, in the course of fulfilling these tasks, court presidents must respect the principle of judicial independence"

²⁸ In tal senso le interessanti analisi del prof. Jean Guy Belley, incaricato nel 1999 dal Ministero della Giustizia del Québec di formulare una proposta per la revisione del codice di procedura civile, analisi illustrata da Foddai, *Accesso alla giustizia e modelli partecipativi in Canada: spunti di riflessione per l'Italia*, nel volume collettaneo a cura di Foddai, *Il Canada come laboratorio giuridico. Spunti di riflessione per l'Italia*, Napoli, 2013, p. 91 ss

Occorre ridisegnare i compiti della giurisdizione rispetto un sistema caratterizzato da una pluralità di ordini giuridici, che vede il ricorso anche a metodi consensuali e alternativi alla giurisdizione²⁹.

Se questa riflessione è condivisa dovrebbe coerentemente mutare la prospettiva del gruppo di lavoro sul tema delle risorse: non dovrà occuparsi solo delle risorse per una giurisdizione, come quella attuale, che ingoia le più disparate conflittualità, perché questo si tradurrebbe in uno spreco di risorse. Occorre invece usare il grandangolo ed allargare la visione all'intero pianeta giustizia. Dunque sì alle risorse per le corti (alcune da ottimizzare e altre da richiedere *ex novo*), ma solo dopo che i loro compiti siano stati ridefiniti: solo così potrà essere assicurato il diritto al giusto processo, diritto al quadrato, come nota Rordorf, perché altrimenti nessun altro diritto sarebbe effettivo³⁰.

Inoltre è indispensabile occuparsi anche delle risorse per le a.d.r. che integrano il sistema giustizia, spesso intrecciandosi e dialogando con i percorsi giudiziari. Risorse per la formazione dei professionisti delle a.d.r., risorse per banche dati di a.d.r. aggiudicative (come l'ABF e ACF), risorse per informare adeguatamente l'utenza. La prospettiva è in verità più ampia dell'informazione: se si offre ai cittadini la possibilità di regolare autonomamente i propri conflitti senza far ricorso necessariamente alle istituzioni statali e ai professionisti del diritto, è necessario dotarli degli strumenti adeguati per affrontare questo compito: occorre un processo di democratizzazione del sapere giuridico, anche attraverso uno sforzo di semplificazione del linguaggio, richiesto ai professionisti del diritto, agli operatori commerciali, alle amministrazioni pubbliche; un'opera di informazione attraverso uffici di orientamento aperti presso le Università, gli enti locali e infine <<il compito più ambizioso, un programma scolastico di educazione giuridica che abbia come fine la responsabilizzazione dei cittadini nella ricerca della giustizia>>³¹. Ci siamo concentrati sulla formazione dei professionisti, ma poco su quella delle persone.

Sullo sfondo di questo discorso si staglia, è evidente, il tema dell'accesso alla giustizia. Ma accesso di chi? ³² Gruppi vulnerabili o minoranze marginali per ragioni sociali o culturali non hanno accesso alla giustizia per motivi 'di fatto', non di diritto. Per questo non bastano più strategie giuridiche, ma occorrono interazioni con i servizi sociali, il sistema sanitario ed educativo.

Se la giustizia, come recita il titolo dell' Assemblea, deve essere diffusa, deve dipanarsi dentro e fuori le corti, con l'indispensabile coinvolgimento degli enti locali: occorre investire seriamente nei punti di accesso e di accoglienza, che non possono più essere lasciati alle iniziative variegiate, volontaristiche e gratuite degli Sportelli, ma devono entrare a pieno titolo tra le vere risorse per l'accesso al diritto, non necessariamente al processo. La Direttiva europea sull'aiuto alle

²⁹ Foddai, *Il Canada*, op. cit., p. 83.

³⁰ Rordorf, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra le Corti Supreme*, in *Foro it.* 2017, v, c. 100,

³¹ Foddai, *Il Canada*, op. cit., p.97, ove riporta le conclusioni del Rapporto di Mc Donald, incaricato dal Governo del Québec di dirigere il Gruppo di lavoro sull'accessibilità della giustizia: Macdonald (sous la direction de) *Jalons pour une plus grande accessibilité a la justice: rapport du Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice*, Québec, Ministère de la Justice, 1991.

³² Frankenberger, *Accesso di chi? Quale giustizia? L'accesso alla giustizia come discorso*, in *Riv. Critica dir. Priv.*, 2015, p. 557 ss.

vittime di reato³³ offre un interessante esempio: l'operatore sociale dei servizi di assistenza alle vittime, pur non essendo un professionista del diritto, deve essere formato anche sui temi giuridici per dare informazioni e consigli sui diritti delle vittime, come emerge dagli articoli 8 e 9³⁴. Si affaccia di nuovo il tema della democratizzazione del sapere giuridico.

A quasi 40 anni dalla ricerca pubblicata nel 1978, dal titolo *Florence Project on Access to justice*³⁵, l'attenzione si va spostando dal tema dell'accesso a quello della giustizia, dentro e fuori il sistema³⁶.

4. Squilibri.

Oggi invece assistiamo ad un vero squilibrio derivante dal mancato intervento sulla ridefinizione della missione del giudice e alla mancanza di risorse, sia per le a.d.r. sia per le corti.

Basti pensare, per fare un esempio, alla mancata attuazione dell'Ufficio del processo, rimasto per ora al livello insufficiente ed embrionale dell'esperienza, pur felice di per sé, dei tirocinii. Certo non mancano iniziative virtuose - penso al Progetto dell'Osservatorio romano sull'ufficio per il processo presso la sezione in materia di immigrazione - progetti che però rischiano di rimanere sulla carta senza un serio investimento in tal senso.

E' questa, a mio parere, la radice di prassi giudiziali invasive dell'autonomia dei mediatori, ai quali si chiede il sostegno che il giudice dovrebbe trovare nel suo ufficio. Ordinanze di mediazione demandata che dettano ai mediatori istruzioni, procedure, impongono accertamenti tecnici e formulazione di proposte in vista di successive sanzioni nel percorso giudiziario. Prassi anomale, a mio parere, che in nome di una funzione deflativa esasperata e impropria sacrificano l'essenza della mediazione che deve invece sempre più allentare l'abbraccio potenzialmente mortifero con il processo³⁷. Occorre restituire dignità e riconoscimento - anche sociale ed economico - alla figura del mediatore, spesso considerato un semplice ausiliario del giudice.

Potremmo dare uno sguardo oltralpe: la riforma per la modernizzazione della giustizia del XXI secolo attuata in Francia (con la legge organica 8.8.2016 e la legge 18.11.2016), introduce la figura del *Greffier assistant des magistrats* (GAM) al fine di rinforzare l'*equipe* intorno al giudice e assisterlo nei suoi compiti giurisdizionali, in vario modo, anche con ricerche giuridiche e, sotto le direttive dei magistrati, con la redazione dei progetti di decisione. L'*equipe* è rafforzata dalla nuova figura del *Juriste - assistant*, di durata massima di tre anni rinnovabili una

³³ Direttiva 2012/29/UE del parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

³⁴ In particolare, secondo dell'art. 9, co. 1, lettera a) i servizi devono fornire anche "*informazioni, consigli e assistenza in materia di diritti delle vittime, fra cui le possibilità di accesso ai sistemi nazionali di risarcimento delle vittime di reato, e in relazione al loro ruolo nel procedimento penale, compresa la preparazione in vista della partecipazione al processo*".

³⁵ Cappelletti, (ed.) , *Access to justice*, Milano - Sijthoff, Alphen aan der Rijn, 1978.

³⁶ Così Macdonald, *La Justice avant l'accès*, in *Expanding Horizon: rethinking access to justice in Canada*, pp. 50-52, citato da Foddai, *Il Canada*, op. cit., p. 99.

³⁷ Per alcuni esempi di ordinanze di questo tipo mi permetto di rinviare al mio contributo *Mediazione e alternative dispute resolution*, ne *Il Libro dell'anno del diritto-2017*, Istituto Enciclopedia Italiana, p. 577.

volta³⁸. La previsione – ancora da attuare compiutamente – si riferisce all'intreccio di ruoli stabili e ruoli provvisori, ben orchestrati per dare ausilio alla funzione propria del giudice.

Non sembra vada in questa direzione la riforma sulla magistratura onoraria: basti pensare che l'art. 10, co. 9 del decreto legislativo approvato definitivamente il 10.7.2017 in base alla legge di delega n. 57/2016, prevede che l'assegnazione del giudice onorario di pace all'ufficio per il processo possa essere revocato per sopravvenute esigenze di funzionalità dell'ufficio del giudice di pace a cui il giudice è addetto: ancora una volta una risorsa instabile e volatile.

Vale la pena di ribadire con chiarezza che l'esigenza prioritaria è quella di ridisegnare i compiti della giurisdizione e delle risorse secondo una visione di sistema, che escluda interventi emergenziali, incoerenti e pasticciati.

5. Il multiculturalismo.

Uno dei settori dove più si nota la divaricazione tra giurisprudenza che produce regole rispetto alla soluzione di conflitti è costituito dai problemi connessi ai flussi migratori: nell'applicazione delle norme che riguardano i migranti le corti sono investite di compiti di creazione del diritto e orientamento sociale più che di soluzione del conflitto. La legge stabilisce spesso direttive e principi ma la norma effettiva si crea a livello giudiziario, amministrativo, sociale. Basti pensare al concetto di "positivi segnali di integrazione" utilizzato dalle Commissioni per i rifugiati e dai tribunali. Un concetto non definito dalla normativa che può dar vita a valutazioni arbitrarie³⁹.

In un commento alla pronuncia della Corte di assise di Parigi in uno dei primi processi sull'escissione delle donne africane si è giustamente sottolineato come sotto accusa, più che l'imputata, era l'escissione in sé. Il processo era all'escissione⁴⁰.

*"Noi viviamo in tempo - scriveva Boaventura de Sousa Santos nel 1987 - che può essere definito del diritto poroso o della porosità legale, comunque di una rete molteplice di ordinamenti giuridici che ci costringe a continue trasposizioni, anche al limite della legalità. La nostra vita giuridica è composta da una intersezione di diversi sistemi giuridici cioè della interlegalità. L'interlegalità è il corrispondente giuridico del pluralismo giuridico"*⁴¹.

I minori stranieri (ma non solo) sono i soggetti che per eccellenza spingono per l'interazione, l'intreccio dinamico tra diversi sistemi normativi a confronto o in conflitto (sistemi legali, sistemi familiari, consuetudinari etc).

³⁸ La legge è il frutto di anni di lavoro e una discussione pubblica con la partecipazione degli enti locali, del mondo dell'educazione, delle più varie professioni, dei saperi diversi al giudiziario. Il lavoro è stato avviato dalla Ministra Taubira ed è stato discusso coralmemente presso l'Unesco in un grande *Debat National* il 10 e l'11 gennaio 2014, preparato da ben 18 mesi di lavoro di gruppi (sull'organizzazione giudiziaria, il ruolo del giudice, il sistema penale). Tutti gli atti e il materiale connesso al *Colloque national* possono leggersi nel sito ufficiale del Ministero della giustizia francese: <http://www.justice.gouv.fr/la-justice-du-21e-siecle-12563/> Gli Osservatori hanno avuto l'onore di partecipare al *Colloque*, proprio per raccontare l'esperienza di una collaborazione molto originale.

³⁹ Si veda l'inchiesta de l'Espresso, *Il quiz della vergogna*, n. 17 del 23 aprile 2017, p. 46.

⁴⁰ Facchi, *L'escissione: un caso giudiziario*, in *Materiali di discussione e di ricerca*, quaderno 3, Torino 1992, p. 37.

⁴¹ Boaventura de Sousa Santos, *Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of law*, in *Journal of Law and Society*, vol.14, n. 3 Autumn 1987, p. 279 ss.

“La diversità culturale è patrimonio comune dell’Umanità”, come recita la rubrica e il contenuto dell’art. 1 della Dichiarazione universale dell’Unesco sulla diversità culturale adottata a Parigi, il 2.11.2001. Per questo, a parte gli aspetti che saranno trattati nel gruppo sul tema della famiglia e minori, abbiamo pensato ad un altro gruppo di lavoro che si occuperà del multiculturalismo per accettare la sfida lanciata dagli elementi di diversità insiti nella cultura di riferimento degli stranieri, particolarmente pressante oggi con riguardo ai casi di protezione internazionale. Sfida che potrà essere affrontata solo con il contributo di conoscenze e saperi diversi da quello giuridico.

Inutile sottolineare al riguardo la preoccupazione che suscita la riduzione delle garanzie attuata dal c.d. decreto Minniti (d.l. n. 13/2017) rispetto a diritti fondamentali e la particolare attenzione e sensibilità richiesta a tutti gli operatori del settore.

Siamo consapevoli della crisi del progetto dell’Unione Europea a causa della crisi finanziaria e del fenomeno migratorio. Ma proprio per questo si rafforza l’esigenza di assicurare tutela ai diritti fondamentali e questo oggi è il compito prevalente dei giuristi europei: gli Osservatori devono fare la loro parte perché si realizzi una forma di nomofilachia europea attraverso il dialogo e la collaborazione tra le Corti nazionali ed europee⁴².

E’ un compito che richiede in primo luogo conoscenza di quella cultura, come base per ogni valutazione di giudici, avvocati, operatori. Resta sullo sfondo la considerazione di quanto su questi temi possa la giurisdizione, pur doverosamente formata e informata, e quanto più feconda sarebbe l’opera degli educatori, degli operatori sociali e dei mediatori culturali.

Ma è tema comune a tutto il campo dei conflitti questo dell’educazione riconnessa alla responsabilità che deve innervare l’esperienza giuridica del futuro: la giustizia è una forma di responsabilità sociale che lo Stato deve condividere con le altre istanze sociali⁴³ e gli stessi utenti: le nostre professioni non possono più essere disabilitanti nei confronti delle persone, ma promotrici della loro consapevolezza e responsabilità. Questo vuol dire, a mio avviso, rimettere le persone al centro della giustizia: non solo in quella mite rappresentata dalla mediazione, ma anche nel processo, e negli snodi informali (es. interrogatorio libero) che possono esservi o nei momenti di diritto partecipativo o collaborativo che possono intersecarlo.

La fattualità del diritto, la ri-centratura della giustizia intorno alle persone, l’aumento crescente dei flussi migratori, hanno conseguenze anche sul linguaggio. Se le persone diventano destinatarie delle parole delle professioni forensi viene alla ribalta anche il linguaggio parlato, che assume una particolare valenza in alcuni momenti: nel colloquio tra difensore e assistito, nel tentativo di conciliazione del giudice, nel dialogo che precede l’invio in mediazione, il linguaggio deve necessariamente essere sfronato non solo di inutili tecnicismi ma anche, per quanto possibile, di espressioni tecniche che vanno tradotte in volgare. Un discorso particolare va poi svolto per le audizioni delle persone che richiedono asilo, nelle quali, oltre ad elementi giuridici e linguistici, si aggiungono profili

⁴² Rordorf, *op. cit.*, indica la nota sentenza della Corte costituzionale n. 24/2017 sulla vicenda Taricco quale esempio della volontà di dialogo.

⁴³ Come sottolinea Foddai, *Il Canada, op. cit.*, p. 94, riportando le analisi del Prof. Belley, ricordate alla nota 28.

etnici, psicologici e antropologici che rendono il colloquio estremamente complesso e difficile da svolgere senza adeguata preparazione⁴⁴.

La formazione sul linguaggio non riguarda solo gli scritti, non persegue solo il lodevole tentativo di razionalizzare il colloquio processuale, ma introduce a un tema cruciale per i sistemi giudiziari e non giudiziari di soluzione dei conflitti che è quello della comunicazione: diritto di comprendere e di essere compresi⁴⁵.

Oggi siamo negli uffici della Corte di cassazione: è un segnale che vorrei cogliere per lanciare un invito per il prossimo anno: torniamo negli uffici, con la rifondazione dei cantieri locali degli Osservatori, i nodi che costituiscono la rete e vanno rinforzati perché la rete sostenga i cambiamenti epocali in atto.

Ma vorrei concludere con una riflessione che non riguarda solo gli Uffici e mi pare adeguata all'idea di diffusione e condivisione suggerita dal titolo dell'Assemblea. Platone, nel *Protagora* racconta che Zeus aveva inviato Hermes per condurre tra gli uomini il rispetto e la giustizia e Hermes aveva chiesto se avrebbe dovuto distribuirle nello stesso modo in cui gli uomini si erano distribuiti le altre tecniche, ad esempio solo ad alcuni l'arte medica, solo ad altri altre tecniche artigianali e così via. E Zeus risponde: la giustizia e il rispetto devono essere distribuite tra tutti, tutti devono esserne partecipi: se pochi avessero parte in essi, come nelle altre tecniche, non potrebbero esistere città⁴⁶.

⁴⁴ Sul tema, si veda il bel saggio di Veglio, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n. 2 del 2017, p. 2 ss.

⁴⁵ E' il titolo della rubrica dell'art. 3 della Direttiva per l'aiuto alle vittime citata alla nota 33, che detta le misure da adottare per informazioni e sostegno alle vittime.

⁴⁶ Platone, *Protagora*, Milano, 1993, p. 69.