

Il diritto fondamentale ad un rimedio effettivo e il ruolo costituzionale dell'avvocato

1. Le previsioni normative

L'art. 111 Cost., nella sua novellata versione, dispone che la giurisdizione si attua mediante il *giusto processo* regolato dalla legge e precisa che <ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata>. Il primo e il secondo comma (insieme agli altri che ne completano il significato) sono stati aggiunti in base dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, ma già facevano parte dei principi costituzionalmente condivisi in ambito europeo, ed erano stati codificati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, agli artt. 6 e 13.¹

Per la verità, la maggior parte delle sentenze della Corte EDU che si occupano della materia tendono a concentrarsi sull'art. 6, che declina in modo analitico il diritto alla difesa dei portatori di interessi qualificati come diritti fondamentali; l'art. 13, a mente del quale <Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciute nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali> è considerato un corollario dell'art. 6.²

Allo stesso modo, la Carta europea dei diritti fondamentali apre la parte relativa alla giustizia con l'art. 47 che dispone: <Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia>.

Il tenore di questa disposizione, che giunge per ultima, rispetto alla nostra Carta costituzionale e alla CEDU, è ancora più pregnante e fissa in modo ancora più preciso degli altri testi il diritto di accesso alla giustizia e la stessa nozione di "giustizia" (intesa come procedimento giurisdizionale).

Il diritto a farsi rappresentare, mentre nel nostro sistema, forse il più garantista dei tre esaminati, fa obbligo alla parte di eleggere il suo difensore, se non vuole che si proceda contro di lei tramite il difensore d'ufficio, nel testo della Carta europea è considerato una facoltà, come nella CEDU, la quale peraltro sottolinea la possibilità di difendersi in proprio. La ragione dell'autodifesa è nota, ed è motivata con ragioni garantiste, essendo poco affidabili gli avvocati nominati dallo Stato

¹ Nell'ampia messe di contributi v. I diritti fondamentali nell'Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona, Bologna, 2013, p. 1373 ss.; AA.VV. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R. Mastrojanni, Milano, 2017

² In particolare v. Manganaro, Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, *iuspublicum network review*, 2011; Imbruglia, Effettività della tutela e ruolo del giudice, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 961 ss; sul diritto di essere ascoltato, in margine alla causa C-348/16 (Moussa Sacko) v. Strazzari, *Diritto ad un ricorso effettivo e autonomia processuale degli Stati: l'audizione personale del ricorrente nelle controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale*, in DPCE on line, 2017/4, p. 987, Essenziale, per la illustrazione e soluzione dei problemi ermeneutici Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011

che è al tempo stesso controparte, e conservi condizioni giuridico-politiche non sono ottimali dal punto di vista della tutela dei diritti.

Se di dovesse dunque trarre un significato dalla sola lettera della legge, sia il combinato disposto degli artt. 6 e 13 della CEDU sia l'art.47 della Carta sembrerebbero deporre a favore di un diritto alla difesa temperato. D'altra parte vi sono persino direttive – come quella relativa alle ADR dei consumatori – o regolamenti, come quello sulle ODR dei consumatori, che esplicitamente escludono la necessità dell'assistenza dell'avvocato. E tuttavia garantiscono al consumatore il diritto di rivolgersi ad un giudice ordinario, se non sia soddisfatto degli strumenti “alternativi” (o meglio “complementari”) apprestati dall'ordinamento per ragioni di efficienza, semplicità, e speditezza della soluzione della controversia.

Questi argomenti non sono dirimenti.

E' evidente la connessione tra enunciazione dei diritti fondamentali e difesa di essi, quando siano violati, difesa ottenuta attraverso un ricorso presentato ad un giudice competente. La connessione tra diritto sostanziale e diritto processuale, tra *ius* e *actio*, è strutturale al riconoscimento e alla garanzia di posizioni soggettive in capo al singolo o a collettività.

Ma assicurare un giudice competente ed un ricorso che raggiunga l'esito sperato – concedere l'accesso alla giustizia e ottenere un verdetto, per dirlo nei termini più generali possibili – implica pur sempre il ricorso ad un avvocato e una rappresentanza in giudizio. Si deve qualificare innanzitutto l'interesse da tutelare, si deve capire se vi sia un rimedio disponibile, si deve procedere alla individuazione di un giudice competente e si deve proporre il ricorso nella sede competente. Ora tutte queste operazioni possono essere fatte anche individualmente, ma sono rischiose, e quindi sia i singoli individui sia le collettività si avvantaggiano della competenza dell'avvocato, che è l'unico soggetto professionalmente qualificato abilitato a sostenere la difesa.

2. Ricorso o rimedio effettivo?

I commentatori degli articoli in esame non si sono posti un problema di natura letterale, perché nelle versioni delle due Carte europee nei Paesi continentali si preferisce parlare di *ricorso*, mentre in common law si usa l'espressione *rimedio*. La versione italiana corrisponde a quella francese, a quella spagnola e a quella tedesca, mentre quella inglese diverge da queste, facendo uso del termine “rimedio”.

C'è differenza tra i due termini, o sostanzialmente essi si equivalgono?

Non è certo pensabile che lo stesso testo normativo possa assumere significati diversi nei Paesi nei quali viene adottato, tanto più quando esso istituisce un diritto fondamentale. Ed allora se i due termini sono fungibili, appare più corretto e significativo usare anziché l'espressione *ricorso effettivo* l'espressione *rimedio effettivo*.

La “cultura dei rimedi” si è sviluppata in ritardo in Italia, intorno agli anni Settanta del Novecento. Come ha precisato Adolfo Di Majo, uno dei primi giuristi ad elaborare la nozione di rimedio in termini moderni, <l'approccio rimediale tende ad inerirsi nel comune linguaggio dei diritti e delle azioni, prospettando forme di tutela che, sul piano sostanziale, sono destinate a riempire il vuoto che sussiste tra i primi e le seconde, raccordandosi direttamente a “bisogni primari e di tutela” che insorgono al momento della violazione e che sovente non sono predicati a livello delle proposizioni normative>³

Nell'esperienza di common law – come peraltro nell'esperienza del diritto romano – i rimedi precedono i diritti⁴.

³ Di Majo, Il linguaggio dei rimedi, in Europa e diritto privato, 2005, n.2, p. 342

⁴ Per tutti v. Brutti, Il diritto privato nell'antica Roma, Torino, 2015, p. 13 ss., con riguardo alla nozione di “actio”

Il diritto comunitario procede anch'esso mediante rimedi⁵. Ciò risulta dalle diverse direttive che stabiliscono quali strumenti giuridici abbia a disposizione il consumatore, il risparmiatore, il lavoratore, l'immigrato di volta in volta con riguardo ai contratti, alla responsabilità civile, alle azioni cautelari, alle azioni di classe.

Ragionare in termini di rimedi è dunque più garantista per il soggetto che vuol difendere il proprio interesse violato dall'Autorità o da un altro privato. Ha osservato Salvatore Mazzamuto che <la specificità del rimedio risiede, in definitiva, nella duttilità delle soluzioni rispetto alla rigidità e all'astrattezza della tutela incentrata sulla tipizzazione degli interessi nelle forme del diritto soggettivo>⁶.

Si è venuto costruendo così un "diritto processuale europeo" attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, mediata da questa, della Corte EDU (o autonomamente rilevante nel caso di ricorsi diretti a quest'ultima).

Accanto al rimedio si deve considerare la sua qualificazione, in quanto il rimedio deve essere *effettivo*. Sul principio di effettività si è raccolta una letteratura vastissima, ma, dal nostro punto di vista, il precetto normativo vuol significare che il rimedio deve raggiungere l'effetto sperato, cioè la rimessione in pristino della situazione alterata, o un risarcimento pecuniario se la situazione è ormai irrimediabilmente modificata.

3. *La prevalenza del rimedio sul ricorso, e la collaborazione tra le Corti.*

E' evidente che non ci può essere rimedio se non vi è un ricorso, ma la cosa non è reciproca, perché il principio di effettività del rimedio implica che in ogni ordinamento nazionale siano apprestati rimedi per la violazione dei diritti fondamentali.

Nel caso in cui non se ne fossero, il giudice non può denegare giustizia, ma piuttosto sollevare la questione dinanzi alla Corte costituzionale, oppure dinanzi alla Corte di Giustizia, a seconda delle situazioni. E nel caso in cui il rimedio fosse negato in ultima istanza, il titolare del diritto leso può rivolgersi alla Corte EDU.

L'interrogativo che si poneva è dunque superabile.

Lo spiega in modo piano l'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nelle conclusioni presentate nella Causa C-69/10 (nel caso Brahim Samba Diouf contro il Ministero del lavoro, dell'impiego e dell'immigrazione lussemburghese, a proposito del diritto all'asilo: <l'Unione - egli dice - conferisce a tutti gli individui il diritto di richiedere la tutela di un giudice a fronte di qualsiasi atto lesivo dei diritti e delle libertà riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione, imponendo, anzitutto, che il *rimedio* giurisdizionale sia effettivo, vuoi nel senso che deve essere giuridicamente idoneo a consentire la riparazione, se del caso, della lesione denunciata, vuoi nel senso che deve trattarsi di un rimedio praticabile, vale a dire soggetto a condizioni che non rendano il suo esercizio impossibile o assai difficile>. Nelle argomentazioni si sottolinea la conformità dell'art.47 della Carta agli artt. 6 e 13 della Convenzione.

La sentenza che ne è seguita, del 28 luglio 2011, ricalca queste considerazioni, stabilendo - con riguardo al caso di specie - che al portatore del diritto fondamentale si deve sempre riconoscere il diritto ad ottenere un controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa.

E già il Comitato per i diritti umani nel suo parere del 29 marzo 2004 aveva stabilito che l'art.13 della Convenzione europea abilita l'interessato ad ottenere soddisfazione se nell'ordinamento

⁵ Trocker, op.cit.; Lenaerts, Effective judicial protection in the EU, in europa.eu/justice, 2013

⁶ Mazzamuto, La nozione di rimedio nel diritto continentale, in Europa e diritto privato, 2007, n.3, p. 593; Sirena e Adar, La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo, in Riv.dir.civ., 2012, p. 359 ss.; Smorto, Sul significato di "rimedi", ivi, 2014, n.1, p. 159 ss.; Vettori, Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo, in Persona e mercato, s.d.

nazionale a cui è soggetto non preveda un rimedio utile per tutelare il diritto fondamentale di cui è titolare.

Si può dunque condividere la tanto discussa pronuncia della Corte costituzionale n. 238 del 2014 che non ha dato ingresso alla Convenzione internazionale sui crimini di guerra, che avrebbe preteso che alle vittime non si potesse riconoscere il diritto al risarcimento del danno da parte dello Stato tedesco. La sentenza è argomentata sulla base degli artt. 2 e 24 Cost., ma al medesimo risultato si sarebbe potuto pervenire applicando gli articoli in commento.

Sempre al rimedio si rifanno le sentenze della Corte di Giustizia nei casi di tutela del consumatore (Aziz e Mostaza Claro) , perché non è soltanto il ricorso al giudice (naturale) o al procedimento aggiudicativo , o alla ragionevole durata del processo, o alla possibilità per l'interessato di difendersi dicendo l'ultima parola (prescrizione ora adottata anche con la riforma del processo civile di cassazione) che si vuol mettere in rilievo nell'art.47, ma la necessità di offrire al titolare del diritto uno strumento processuale che gli possa assicurare il rimedio (cioè, di volta in volta, il risarcimento del danno, la restituzione, la reintegrazione e così via) che gli consenta di tutelare adeguatamente il diritto vantato.

4. *Il rimedio coltivato dall'avvocato.*

Più si ragiona in termini di rimedio – parola talvolta ritenuta generica, evasiva, inaffidabile – più si legittima la tesi che non vi può essere accesso alla giustizia , giusto e rapido processo, ricorso effettivo , più ci si convince che i diritti fondamentali in tanto possono essere compiutamente difesi in quanto il titolare sia in grado di consultare un legale e di farsi rappresentare (tecnicamente) in giudizio da un avvocato.

Gli studiosi del diritto privato hanno tracciato l' origine (e la causa) della assenza nel vocabolario ottocentesco e novecentesco dell'espressione "rimedio"; l'organizzazione della tutela dei diritti era fondata non su una concezione rimediale, ma su una concezione costruita su "diritti primari". Ma solo se c'è un rimedio effettivo (diritto secondario) il diritto primario può avere concreta realizzazione. E' questo un principio ben noto ai giuristi romani: basta ricordare il brocardo "ubi remedium ibi ius".

Un diritto non assistito da un rimedio è una semplice enunciazione, flatus vocis, senza effettiva concretezza.

E' l'avvocato che conosce i rimedi: il titolare del diritto nella maggior parte dei casi non conosce neppure il diritto che gli è proprio, la sua estensione, le sue potenzialità; ciò che la persona comune avverte è la necessità di giustizia; è l'avvocato che deve scegliere il procedimento (ricorso) che conduce ad una soluzione (un ricorso effettivo) perché attraverso il ricorso può ottenere un rimedio per il suo assistito.

Solo in questo modo "ricorso" e "rimedio" possono considerarsi fungibili, e solo in questo modo i giuristi continentali possono continuare a parlare di ricorsi e i giuristi inglesi parlare di rimedi.

E' dunque non solo ragionevole, ma imprescindibile, che là dove si parla di accesso alla giustizia e di giusto processo (art.111 Cost.) sia menzionato il ruolo dell'avvocato.⁷ Spetta all'avvocato districarsi tra diritti e rimedi, tra Corti interne e Corti internazionali, tra atti e termini processuali, per far sì che l'assistito ottenga soddisfazione e quindi il suo "accesso alla giustizia" non sia soltanto una assicurazione volta alla promozione della tutela ma si risolva in una tutela effettiva.

E' altrettanto evidente che l'avvocato deve essere un professionista che ha acquisito il titolo, che ha maturato l'esperienza richiesta per patrocinare davanti alle singole Corti, che ha seguito i corsi di aggiornamento, che, come si precisa nella legge che disciplina la professione forense, uniformi il proprio comportamento al codice etico (e quindi sia assoggettato alla giurisdizione del Consiglio nazionale forense): sia soprattutto un avvocato libero e indipendente.

⁷ In questo senso v. perspicuamente Luciani, *L'avvocatura e la Costituzione*, p. 16 ss. del datt.

Là dove la presenza dell'avvocato non è richiesta (ma si tratta di casi eccezionali) si deve tuttavia sempre consentire la scelta di assistenza da parte dell'interessato e la possibilità di rivolgersi al giudice nel caso dovesse prima esperire le procedure di ADR.