

## GIUSTO PROCESSO, GARANZIE PROCESSUALI, GIUSTIZIA DELLA DECISIONE

Sergio CHIARLONI\*

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *L'interpretazione riduttiva della portata ascrivibile all'introduzione dei primi due nuovi commi dell'articolo 111 costituzionale*. III. *Le interpretazioni che ascrivono ad essi contenuto di novità: la clausola del giusto processo "regolato dalla legge" e la pretesa incostituzionalità dei procedimenti camerati in materia di diritti*. IV. *Il procedimento camerale come contenitore neutro se garantisce il diritto di difesa*. V. *"Ogni processo si svolge nel contraddittorio": costituzionalità del procedimento per decreto ingiuntivo e conseguente costituzionalità della motivazione a richiesta*. VI. *Niente di nuovo dalla clausola che prevede un "giudice terzo e imparziale"*. VII. *La ragionevole durata*. VIII. *Giusto processo, giustizia della decisione e limitazioni legali in materia di prove*.

### I. PREMESSA

Qualche anno fa il Parlamento italiano introduceva nella nostra carta fondamentale, con voto pressoché unanime, alcuni nuovi commi nell'articolo 111, norma di esordio nella sezione dedicata alla giurisdizione. I primi due enunciavano una serie di garanzie applicabili a tutti i processi in generale. Gli erano altri indirizzati a introdurre con particolare pignoleria analitica, più adatta ad un codice di procedura penale che a una Costituzione, alcuni aspetti garantistici a favore dell'imputato. In particolare, l'inutilizzabilità delle dichiarazioni dei c.d. collaboratori di giustizia rese in

\* Profesor de derecho procesal en Italia.

sede di indagini preliminari e non controllate tramite il controinterrogatorio al dibattimento.

Si è trattato di una reazione *ab irato* del ceto politico nei confronti di una sentenza della Corte costituzionale che aveva dichiarato illegittima, perché contraria al principio di dispersione della prova, la modifica di un articolo del codice di procedura penale introdotta pochi anni prima, anch'essa allo scopo di limitare l'utilizzazione probatoria delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia.

Spetta agli storici delle istituzioni illustrare le ragioni per cui questo intervento rappresenta l'epitaffio simbolico alla stagione c.d. di "mani pulite", che aveva visto la procura della repubblica di Milano mettere sotto processo per corruzione e finanziamento illecito dei partiti settori rilevanti della classe dirigente del paese. Non è compito del giurista occuparsi di contesti di decisione o, in altre parole, dei motivi politici, sociali, psicologici e culturali che hanno influenzato un prodotto normativo,<sup>1</sup> a meno che l'indagine non sia indirizzata all'interpretazione e utile per i relativi risultati.

E' a una rivisitazione dei primi due commi del nuovo articolo 111, applicabili in linea di principio ad ogni processo, che sono dedicate queste riflessioni, con l'attenzione particolarmente rivolta al processo civile.

## II. L'INTERPRETAZIONE RIDUTTIVA DELLA PORTATA ASCRIVIBILE ALL'INTRODUZIONE DEI PRIMI DUE NUOVI COMMII DELL'ARTICOLO 111 COSTITUZIONALE

Al riguardo, si presentarono da subito diversificate le posizioni della dottrina italiana, impadronitasi del problema con una notevole ricchezza di interventi.

Forse influenzato inconsapevolmente (e inopportuno) dall'irritazione per le modalità che connotavano l'intervento sulla Costituzione, il mio punto di vista sulla sua portata è stato all'inizio molto riduttivo. Vedevo i nuovi commi primo e secondo dell'articolo 111 (la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice ter-

<sup>1</sup> Uso "contesto di decisione" secondo la definizione stipulativa adottata da Luzzati, *L'interprete e il legislatore, Saggio sulla certezza del diritto*, Milán, 1999, p. 113.

zo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata) come clausole che non rappresentavano un cambiamento *reale* rispetto al quadro precedente, cosicché ci fosse da attendersi una serie importante di *doverosi* interventi correttivi sulla legislazione processuale civile ordinaria ad opera della Corte costituzionale.<sup>2</sup> L'idea di base era che esse non fanno altro che ribadire secondo cadenze assai più analitiche (oltre che alquanto enfatiche e per questa ragione foriere di inutili complicazioni per l'interprete)<sup>3</sup> le garanzie del processo ricavabili e ricavate, attraverso un'elaborazione durata molti lustri, da svariate norme costituzionali, con in prima fila l'articolo 24 nella sua connessione con l'articolo 3o. (diritto di azione e di difesa, e correlate esplicitazioni del contraddittorio e della parità delle armi), mentre l'imparzialità del giudice trova la sua fonte nella "soggezione del giudice soltanto alla legge" (articolo 101) e nella indipendenza e autonomia della magistratura (articolo 104, comma 1o.).

La conclusione andava pertanto nel senso che non esistesse un solo caso in cui a partire dal 2000 la Corte costituzionale avrebbe dovuto cominciare a dichiarare l'illegittimità di norme ordinarie per violazione di garanzie costituzionali, che non si sarebbe potuta (e dovuta) dichiarare prima.

<sup>2</sup> "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, pp. 1010 y ss.; "Giusto processo e fallimento", *Rivista Trimistale di Diritto e Procedura Civile*, 2003, p. 453. Analogamente orientati Didone, "Appunti sul giusto processo di fallimento", *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, a cura di B. Capponi e V. Verde, *Atti del convegno di Campobasso* (26 febbraio 2000), Napoli, 2002, p. 105; Monteleone, "Il processo civile alla luce dell'articolo 111 costituzionale", *Giust. civ.*, 2001, p. 523 ritiene che il nuovo articolo 111 abbia un'efficacia dichiarativa e non costitutiva, avendo reso esplicito ed incontrovertibile ciò che già costituiva il presupposto implicito del nostro sistema giudiziario; parzialmente in questo senso sono anche Bove, "Articolo 111 costituzionale e "giusto processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, 2002, p. 482 il quale afferma che "con la riforma costituzionale in oggetto si sono esplicitate o chiarite meglio garanzie del processo già in precedenza ricavabili per implicito dall'impianto costituzionale"; e Cecchetti, voce "Giusto processo", *Enc. Dir.*, aggiornamento, vol. V, Milán, 2001, p. 618 il quale ritiene che le uniche norme autenticamente nuove introdotte nell'articolo 111 sono quelle contenute nei commi 4 e 5, relative al processo penale.

<sup>3</sup> E' interessante notare che, occupandosi del processo penale, Ferrua, "Il processo penale dopo la riforma dell'articolo 111 della Costituzione", *Quest. giust.*, 2000, 30 asserisce senza mezzi termini da un lato la necessità dell'introduzione della garanzia riferita al contraddittorio nella formazione della prova (garanzia che non si applica al processo civile) e, dall'altro, la superfluità delle altre regole "confusamente affastellate" nell'articolo 111 costituzionale e destinate a suscitare più che a risolvere problemi.

Ad identica conclusione giungeva poco dopo la Corte Costituzionale.<sup>4</sup>

III. LE INTERPRETAZIONI CHE ASCRIVONO AD ESSI  
CONTENUTO DI NOVITÀ: LA CLAUSOLA DEL GIUSTO PROCESSO  
“REGOLATO DALLA LEGGE” E LA PRETESA INCOSTITUZIONALITÀ  
DEI PROCEDIMENTI CAMERALI IN MATERIA DI DIRITTI

Dico subito che malgrado le critiche severe, qualche volta astiose e fuori bersaglio,<sup>5</sup> che mi sono state rivolte, non riesco a convincermi di aver sbagliato nella mia interpretazione, ammettiamolo, da giurista ingenuo circa il significato e la portata della modifica apportata nel 1999 dal Parlamento al testo dell'articolo 111 della Costituzione. Ma con una riserva. Soltanto per quanto riguarda le garanzie “interne”: contraddittorio, parità delle armi, terzietà e imparzialità del giudice, ragionevole durata.

Ad un ripensamento per quanto riguarda, invece, il significato della garanzia del giusto processo vista in correlazione con la giustizia della decisione sarà dedicata la parte conclusiva di questo scritto.

Ma procediamo per ordine.

A giudizio di alcuni il nuovo testo dell'articolo 111 ha costituito addirittura una “rifondazione” delle garanzie costituzionali del processo. La novità sarebbe soprattutto rappresentata dalla clausola “regolato dalla legge”. Ne deriverebbe la sicura incostituzionalità dei processi contenziosi camerali (soprattutto in materia di famiglia e di fallimento) indirizzati ad incidere su *status* o su diritti senza possibilità di un successivo controllo secondo il modulo ordinario.<sup>6</sup> Si tratta di procedimenti dove il legislatore, in vista del soddisfacimento di una fortissima esigenza di velocità del provvedere, vuole che sia il giudice a stabilire le cadenze della procedura e disegna un modello istruttorio ispirato ad una spinta deformalizzazione e ad estesi poteri ufficiosi. Insomma, si è rilevato, in un processo regolato dalla legge, deve essere il legislatore e non il giudice

<sup>4</sup> Corte costituzionale 28 maggio 2001, num. 167 (ordinanza), *Giur. it.*, 2001, p. 2233, con nota di Didone, *Giusto processo, imparzialità del giudice e opposizione allo stato passivo: la Consulta non ci ripensa*; Corte costituzionale 31 maggio 2001, num. 176 (ordinanza), *ivi*, 2001, p. 2014, con nota di Didone, *La terzietà del giudice nell'articolo 146 l.f.*

<sup>5</sup> *Cfr.*, per esempio, Lanfranchi, *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Turín, 2001, pp. 40 y ss.

<sup>6</sup> *Cfr.* la nota 12.

ad individuare forme e termini del “dovuto processo legale”, stabilendo le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio e in particolare le modalità di partecipazione delle parti al procedimento di formazione del convincimento del giudice.

Il ragionamento non è solo semplice. E’ anche elegante e persuasivo. Perbacco, viene spontaneo di consentire, non è regolato dalla legge un processo le cui scadenze sono invece regolate dal giudice.

Ma a guardare le cose in profondità, ci accorgiamo che si tratta di un ragionamento che costituisce un caso eminente delle trappole semantiche in cui si trova sovente invischiato il processualista i cui atteggiamenti culturali sono influenzati dal vizio di impostazione che in passato ho avuto occasione di denotare come “formalismo delle garanzie”.

“Regolato dalla legge”, ribadisco ancora una volta, sta semplicemente a significare che secondo il primo comma dell’articolo 111 il processo non può essere regolato da altre fonti normative. Siamo cioè in presenza della posizione, o meglio della riaffermazione (assieme a tante altre ascrivibili alla nostra norma) di una riserva di legge in materia processuale, da sempre presente nel nostro ordinamento per consuetudine costituzionale.

L’esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo. Così, sarebbe incostituzionale, nel nostro paese, un processo disciplinato in parte tramite regolamenti amministrativi, come avviene in Francia.

Ma la riserva di legge non riguarda (non può riguardare) nel nostro sistema i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, posto che il giudice non è fonte formale di regole generali e astratte, ma è l’organo chiamato a concretizzarle (Qualunque cosa si voglia pensare del “diritto vivente” e dell’efficacia del precedente giudiziario).

Del resto, che l’attribuzione al giudice di un potere discrezionale più o meno accentuato sul processo non violi la clausola “regolato dalla legge” contenuta nel nuovo primo comma dell’articolo 111 della Costituzione può venir dimostrato percorrendo un’altra strada. Basterà riflettere un momento sul potere discrezionale più o meno accentuato attribuito al giudice per dar contenuto a fattispecie ascrivitive di diritti, costruite dal legislatore in maniera indeterminata. Mi riferisco alle clausole generali del diritto sostanziale. Clausole generali la cui esistenza si riscontra non solo nel diritto dei privati. Pensiamo al caso più stringente di riserva di legge, quello che riguarda la legislazione penale. Nessuno, credo, si sognerebbe

di pensare che il principio di legalità è violato dalla circostanza che alcune fattispecie incriminatrici penali sono costruite facendo ricorso a nozioni, come ad esempio di buon costume o pubblica decenza, che debbono venir concretizzate dal giudice tenendo presente l'evoluzione dei comportamenti accettati dalla coscienza sociale.

Orbene, che siano possibili clausole generali in settori del diritto sostanziale (sottoposto in linea di principio alla riserva di legge —*nullum crimen sine lege*—) e non invece nel diritto processuale, pare a me tesi assai difficile da sostenere.

E' una tesi difficile da sostenere anche per un'altra ragione. Dove ci si ferma nel pretendere la regolazione analitica di ogni singolo passo della procedura ad opera della legge? Come ricaviamo, in altre parole, il segnale di confine per il potere assegnabile dal legislatore al giudice senza che ne risulti violata la clausola "la giurisdizione si attua attraverso il processo regolato dalla legge" declamata dal primo comma dell'articolo 111 e interpretata come se il costituente avesse voluto inibire al giudice l'esercizio di poteri discrezionali? saremmo forse capaci di dubitare circa la legittimità dell'introduzione di un sistema di preclusioni giudiziali sul modello tedesco, che sarebbe a mio giudizio, invece, estremamente opportuno, in quanto consentirebbe di adeguare la disciplina processuale alle peculiarità delle singole cause?

Certo, si potrebbe tentare una tipizzazione di poteri discrezionali del giudice costituzionalmente consentiti per contrapporla ai poteri discrezionali costituzionalmente vietati. Ma si vedrebbe subito che la linea di confine sarebbe tracciata con il pensiero rivolto alla garanzia del diritto di difesa. Avremmo così la prova provata che il richiamo alla necessità di un processo "regolato dalla legge" per stabilire la legittimità costituzionale di determinate norme processuali è totalmente inutile. Esso nasconde una petizione di principio e insieme una strumentalizzazione di cui si può e si deve fare a meno.

#### IV. IL PROCEDIMENTO CAMERALE COME CONTENITORE NEUTRO SE GARANTISCE IL DIRITTO DI DIFESA

Appunto, il diritto di difesa. Un nervo scoperto della cultura accademica si trova all'origine dell'incrocio tra la tematica dei procedimenti camerale relativi a diritti ed una clausola costituzionale che non vi ha nulla a che fare.

Da molti lustri si aggira nelle stanze degli studiosi lo spettro della sommarizzazione del processo civile.<sup>7</sup> Qualunque strumento può sembrar buono per esorcizzarlo. Perché non approfittare anche della novità rappresentata dal nuovo testo dell'articolo 111, avanzando un argomento come quello fin qui analizzato?

Per carità, sono l'ultimo a negare che la disciplina di alcuni procedimenti camerale, specie in materia di famiglia, sia fonte di problemi, anche relativamente alle garanzie costituzionali.<sup>8</sup>

Dico anche, tuttavia, e con assoluta convinzione, che il ricorso a parole d'ordine apparentemente seducenti, ma in realtà fuorvianti e imprecise, sia in sé che nella loro furia generalizzatrice, non aiuta a risolvere i problemi.

Qui occorre ben altro. Occorre esercitare l'analisi il più possibile paziente su ogni singola norma bilanciando l'esigenza imprescindibile della velocità nel provvedere tipica di gran parte dei procedimenti camerale (si pensi alla declaratoria dello stato di abbandono di un minore) con l'altrettanto imprescindibile esigenza di salvaguardare diritti fondamentali delle parti che potrebbero venire lesi da un'errata ricostruzione degli interessi in giuoco da parte dell'organo giurisdizionale (si pensi alla correlativa posizione dei genitori naturali).

In questo contesto solo le garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio ci possono aiutare a dirimere tra normativa sufficientemente analitica e normativa troppo sintetica, quando si tratta di attribuire un qualche potere discrezionale al giudice nella conduzione del processo. Non aiuta il ricorso alla regolazione per opera della legge. E neanche aiutano le persistenti lamentele contro la sommarietà dei procedimenti camerale, stucchevoli quando vengano declamate in generale, senza un'analisi accurata delle relative situazioni processuali.

Nella grande maggioranza dei casi i procedimenti camerale non sono affatto sommari, nel senso che alla parola viene dato dal legislatore. Non siamo in presenza né di una cognizione superficiale, né di una cognizione parziale. La cognizione è piena, talora pienissima, si potrebbe dire, es-

<sup>7</sup> Tra gli scritti più significativi ed impegnati indirizzati ad esorcizzare lo spettro mi limito a ricordare gli antesignani Lanfranchi, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, c. 332 y ss. e Cerino Canova, "Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria", *Rivista di Diritto Civile*, 1987, pp. 475 y ss.

<sup>8</sup> Preoccupazioni al riguardo circolano da tempo. *Cfr.*, per tutti, da ultimo Proto Pisani, "Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori", *Quest. giust.* 2000, pp. 467 y ss.

sendosi molto giustamente osservato come accada che in alcuni di questi procedimenti siano attribuiti al giudice strumenti di indagine più penetranti di quelli concessi al giudice del processo ordinario<sup>9</sup> e come, di conseguenza, l'attendibilità dei risultati istruttori e, correlativamente, le probabilità di giustizia del provvedimento siano addirittura superiori.<sup>10</sup>

Piuttosto, la cognizione si può definire come informale o, se si preferisce, deformalizzata.<sup>11</sup> Ma un processo veloce, concentrato, sottoposto al penetrante potere direttivo del giudice e all'assumibilità officiosa dei mezzi istruttori non contrasta di per sé con la ricchezza di esplicazione del diritto di difesa.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Taruffo, "La prova dei fatti giuridici", *Trattato Cicu-Messineo*, vol. III, t. 2, sez. I, Milán, 1992, p. 468.

<sup>10</sup> Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex articolo 737 ss. CPC (apunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, *Rivista di Diritto Civile*, I, 1990, pp. 393 y ss.

<sup>11</sup> Denti, "I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela", *Rivista Trimistale di Diritto Processuale Civile*, 1990, p. 1105. vari nuovi riti per le liti societarie?", *Corr. giur.*, 2000, p. 566.

<sup>12</sup> Cfr. Trocker, "Il valore costituzionale del "giusto processo", *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C. M. Verardi, Atti del Convegno dell'Elba 9-10 giugno 2000, Milán, 2001, p. 41, che afferma come il giusto processo non possa dirsi violato perché ci si trova in presenza di un processo a ridotta rigidità formale. Contra, Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, *Rivista di Diritto Civile*, 2002, I, p. 280; ID, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile", *Foro It.*, 2000 V, c. 242 y ss., dove sostiene che "questo modulo processuale è adeguato all'esercizio da parte del giudice di talune attribuzioni non contenziose ma certamente (anche se arricchito del c.d. diritto alla prova, eccetera) non è conforme a Costituzione se applicato per la tutela giurisdizionale (destinata a sfociare nel giudicato formale e sostanziale) dei diritti o status" o, come evidenziato nell'articolo dello stesso Autore, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, cit., 467 ss., a procedimenti a tutela dei minori suscettibili di incidere su situazioni soggettive forti quale la potestà parentale; nello stesso senso si esprime anche Civinini, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie", *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., 272 e 276; Costantino, *ibidem*, 262 e 270, il quale, in un'ottica *de jure condendo* afferma le necessità di rivedere quelle ipotesi in cui la tutela dei diritti è integralmente affidata al procedimento camerale. Mentre *De jure condito*, ponendo l'attenzione sulle nuove "garanzie procedurali minime" introdotte dall'articolo 111 costituzionale, individua fra queste anche la preventiva conoscenza del meccanismo procedimentale. Da ciò consegue, egli afferma, la necessità di uniformare le prassi locali negli uffici giudiziari, ricordando che fra i compiti dei presidenti di sezione, ex articolo 47 quater d. leg. 20 marzo 1998 num. 51, vi è di curare "lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione", così da perseguire l'applicazione uniforme delle regole processuali all'interno del medesimo ufficio.

Naturalmente, il diritto di difesa deve venir assicurato, non solo nella disciplina, ma anche nelle prassi. Il che non sempre avviene.

La Corte costituzionale ha già in parecchie occasioni provveduto ad indicare come si deve articolare il processo camerale sui diritti. L'attuazione della garanzia del contraddittorio ne richiede l'instaurazione iniziale, un'organizzazione della dialettica processuale che consenta alle parti di far valere le proprie ragioni, il diritto di dedurre prove, la possibilità di discutere presupposti o quanto meno risultati dell'attività istruttoria, la facoltà di farsi assistere da un difensore.<sup>13</sup>

Inutile aggiungere che la violazione di questi principi da parte del giudice di merito rende il suo provvedimento ricorribile ex articolo 111 costituzionale alla Corte di Cassazione (per nullità del procedimento dopo la recentissima riforma dell'articolo 360 CPC che estende al ricorso straordinario la proponibilità di tutti i motivi).

#### V. "OGNI PROCESSO SI SVOLGE NEL CONTRADDITTORIO":

##### COSTITUZIONALITÀ DEL PROCEDIMENTO PER DECRETO INGIUNTIVO E CONSEGUENTE COSTITUZIONALITÀ DELLA MOTIVAZIONE A RICHIESTA

Il secondo comma dell'articolo 111 esordisce con una formula che sembra comportare un problema, almeno per il giurista ingenuo: "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità".

Immaginiamo un processo per decreto ingiuntivo (o per decreto penale) non seguito dall'opposizione. Ci troviamo di fronte ad un processo che non si è svolto nel contraddittorio tra le parti, secondo il perentorio comando costituzionale.

Dunque, ad un processo illegittimo?

Sarebbe una ben clamorosa novità introdotta con la riforma dell'articolo 111!

Si tratta, invece, di un bello scherzo giocato al costituente dall'enfasi retorica in cui si è lasciato invischiare.

Di fronte all'apparente stringenza del sillogismo sopra riferito, sembra esistere un solo modo di salvare la letteralità del dettato costituzionale

<sup>13</sup> In una direzione analoga a quella qui argomentata, scrivendo che non "vi è un vincolo costituzionale ad evitare di prevedere riti che lasciano margini di elasticità e di discrezionalità al giudice nell'organizzazione delle scansioni endoprocessuali", *cfr.* Consolo, "Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?", *Corr. giur.*, 2000, p. 565.

assieme alla legittimità dei (preziosissimi) procedimenti a contraddittorio eventuale e differito. Proclamare che la fase *inaudita altera parte* di questi procedimenti non costituisce un processo giurisdizionale. Sennonché si tratta di una strada impercorribile. Basti pensare, oltre che ad alcune caratteristiche del procedimento che depongono in senso esattamente contrario, soprattutto all'efficacia del provvedimento che lo conclude, qualora non venga opposto.

Ecco allora che l'interprete si trova costretto all'interpretazione correttiva. Bisogna far dire al testo cosa diversa da quella che dice. Non è necessario che ogni processo si svolga nel contraddittorio. E' sufficiente che il contraddittorio sia garantito alla parte che lo pretende, anche in un momento successivo al provvedimento. La garanzia diventa rinunciabile (anche per rinuncia implicita ricavabile dalla mancata proposizione dell'opposizione) per opera della parte a cui favore è prevista, secondo modalità tipiche di alcune tra le garanzie costituzionali relative al processo (basti pensare al *guilty plea* nordamericano).<sup>14</sup>

Questa conclusione avvalorata una particolare interpretazione di altro comma dell'articolo 111, che in passato ho tentato (senza fortuna) di accreditare.<sup>15</sup>

L'interprete che voglia mantenere l'interna coerenza del proprio agire dovrà, nel momento in cui ammette la legittimità del procedimento per decreto ingiuntivo di fronte al testo del secondo comma dell'articolo 111 costituzionale, ammettere anche la legittimità della motivazione a richiesta

<sup>14</sup> Anche se, bisogna ricordarlo, il giudice nordamericano controlla approfonditamente in un colloquio con l'imputato l'esistenza di una sua attuale volontà di rinunciare al *trial*, mentre nel caso, ad esempio, del decreto ingiuntivo non è detto che la mancata proposizione dell'opposizione sia sintomo della volontà di non opporsi e di adempiere la condanna, potendo invece nascere da un errore di interpretazione dell'atto notificato, dovuto alla convinzione diffusa che in tanto si possa essere condannati in quanto si sia previamente chiamati alla difesa davanti ad un giudice. Al quale proposito va sottolineata la notevole incoerenza di un legislatore processuale che prevede all'articolo 164 la nullità della citazione per mancato avvertimento che il convenuto non costituendosi in cancelleria incorre nelle decadenze previste dall'articolo 167, e non prevede invece all'articolo 641 primo comma. alcuna sanzione per mancato avvertimento all'ingiunto circa il termine per proporre opposizione.

<sup>15</sup> Chiarloni, *Accesso alla giustizia e uscita dalla giustizia*, in *Doc. giust.*, 1995, num., 1-2, c. 40; "Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex articolo 186 quater CPC", *Rivista Trimistale di Diritto e Procedura Civile*, 1996, pp. 519 y ss.

del provvedimento giurisdizionale civile (di primo grado), di fronte al testo del quinto comma della medesima norma.

Il consenso per il contraddittorio eventuale e differito in primo grado si deve accompagnare ad uguale consenso per la motivazione eventuale e differita nel medesimo grado.

Questa conclusione si impone, in quanto va ritenuta illusoria la garanzia che consisterebbe nel consentire al pubblico in generale il controllo “democratico” dell’attività giurisdizionale civile di merito in primo grado attraverso la conoscenza della motivazione delle sentenze. Il pubblico in generale non è generalmente interessato ai contenuti dell’attività giurisdizionale civile di merito in primo grado. I volumi che contengono le sentenze, tra l’altro consultabili soltanto su autorizzazione ministeriale, giacciono negli archivi esposti alla critica roditrice dei topi e, rarissimamente, alle curiosità scientifico-statistiche di qualche ricercatore dotato di pazienza e buona volontà.

L’eventuale interesse del pubblico può nascere in specifici casi dove vengano all’esame questioni nuove. Ma sarebbe senz’altro soddisfatto, per così dire in seconda battuta, dalla possibilità di conoscere le motivazioni delle sentenze grazie ai gravami proposti dalle parti, oppure grazie alla pubblicazione nelle riviste giuridiche quando la riserva di motivazione sia stata sciolta.

La garanzia costituzionale ha qui una funzione più ristretta in confronto a quella che la motivazione assolve, assieme alla pubblicità, nel processo penale o, nel processo civile, nei gradi superiori di giudizio e in particolare nel giudizio di cassazione.

La conoscenza degli argomenti di fatto e di diritto che sorreggono una decisione civile di primo grado serve essenzialmente alle parti, e in modo particolare al soccombente, interessato a soppesarli, nel momento in cui decide di portare la sua critica alla sentenza.

Se si riflette sulla funzione reale della garanzia (oltre che, oggi, sulla imprescindibile coerenza con la ricostruzione sopra offerta del secondo comma dell’articolo 111: se in primo grado è rinunciabile il contraddittorio, rinunciabile ha da essere nel medesimo grado la motivazione), sembra lecito concludere che essa sarebbe soddisfatta, per le sentenze civili di merito in primo grado, da una disciplina ordinaria che prevedesse la stesura della motivazione solo a richiesta delle parti che abbiano impugnato la sentenza (ed eventualmente anche per scelta dello stesso giudice che ritiene di aver affrontato una questione importante o di aver proposto una nuova soluzione per una questione di *routine*).

L'introduzione di una norma di questo tipo contribuirebbe grandemente a ridurre la durata dei processi civili, anche se e a suo tempo ho esagerato scrivendo che la riduzione sarebbe di almeno un terzo, grazie ad un ragionamento, alquanto superficiale, basato sulla circostanza che oltre la metà delle durate è assorbita dalla fase successiva alla fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni.<sup>16</sup>

#### VI. NIENTE DI NUOVO DALLA CLAUSOLA CHE PREVEDE UN "GIUDICE TERZO E IMPARZIALE"

"Davanti ad un giudice terzo e imparziale": questa la clausola di chiusura del secondo comma. Anche qui una formula enfatica (un giudice non è giudice se è parziale). Ed una formula inutilmente ripetitiva (quale la differenza tra giudice terzo e giudice imparziale?). A quest'ultimo proposito il significato dell'uso congiunto dei due sinonimi, "la malizia dell'endiadi", si spiega, probabilmente, pensando che il costituente abbia voluto riferire l'imparzialità alla funzione esercitata nel processo e la terzietà al piano ordinamentale, con implicito accenno alla separazione della carriera tra fun-

<sup>16</sup> *Accesso alla giustizia, cit., loc. cit.* Per una tempestiva autocritica di questo punto di vista cfr. *Valori e tecniche, cit.*, p. 523, dove osservavo come nel processo ordinario, anche se la fase decisoria occupa più di metà della durata delle cause, molta di questa durata viene assorbita dallo studio della causa per la decisione. Il giudice istruttore non è affatto in grado (a differenza del giudice del lavoro) di emanare un dispositivo immediato al termine dell'istruzione della causa. Ammettiamo pure che il giudice istruttore non si sia limitato a seguire passivamente le attività delle parti, assistendo come un invitato di pietra all'assunzione delle prove verbalizzate dai difensori e fissando burocraticamente i successivi rinvii, come sovente ancora oggi accade. In ogni caso, al termine dell'istruzione egli ha la necessità di studiarsi una causa di cui non sa nulla, perché ha ormai dimenticato tutto quello che ha appreso, come inevitabile effetto del semplice trascorrere del tempo e del sovrapporsi dei diversi incidenti relativi alle parecchie centinaia di cause che giacciono sul suo ruolo. E' questo un tributo inevitabile da pagare sull'altare di un processo scritto e non concentrato, anzi così diluito che, ad esempio, per sciogliere la questione di fatto, il giudice sarà costretto a studiarsi i verbali allo scopo di apprezzare le dichiarazioni di testimoni che lui stesso ha ascoltato mesi o magari anni prima e che sono ormai cancellate dalla sua memoria. La conseguenza è che l'introduzione della motivazione a richiesta comporterebbe una rilevante riduzione delle durate, ma non così miracolosa come avevo mostrato di credere. Il giudice dovrà comunque spendere molto tempo di studio, magari nell'intimità della sua casa, per impadronirsi di una causa di cui non è affatto padrone, prima di poterla decidere. A meno che non si acconci a tirare i dadi, come il giudice Brigialloca di rabelaisiana memoria (il quale peraltro "esaminava minutamente i processi", per rispettare le forme, per stare in esercizio, per far trascorrere il tempo, padre della verità).

zione requirente e funzione giudicante che determinerà sicuramente un prossimo riaccendersi della relativa ormai annosa polemica.<sup>17</sup>

Ad ogni modo, si tratta di una formula che non aggiunge niente di nuovo a quanto ricavabile dal testo originario della Costituzione e dalle successive elaborazioni della Corte costituzionale, contrariamente al contrario parere manifestato in dottrina.<sup>18</sup>

E' da tempo che in materia di imparzialità del giudice si accumulano le declaratorie che hanno aggiunto nuove ipotesi di incompatibilità con riguardo alla partecipazione a precedenti atti del procedimento, rispetto a quelle originariamente previste dal legislatore nei due codici di rito.

Finora è stata particolarmente attiva la giurisprudenza sul processo penale. Una considerazione complessiva degli interventi di questi ultimi anni fa emergere un curioso e davvero singolare paradosso: da un lato un atteggiamento negativo verso la struttura del processo accusatorio e delle connesse garanzie per l'imputato, al punto di determinare la semidistruzione del modello con la pronuncia 255 del 1992, che enunciava il "principio di non dispersione della prova"; dall'altro un accentuato formalismo garantistico in materia di incompatibilità che ha portato a declaratorie di accoglimento in casi in cui è difficile ritenere che l'imparzialità del giudice sia messa a repentaglio, mentre a repentaglio è stata sicuramente messa l'efficienza —quella poca che è rimasta— nell'amministrazione della giustizia penale.

Il legislatore del 1988 aveva fondato la disciplina dell'incompatibilità del giudice "determinata da atti compiuti nel procedimento" su una regola tanto semplice quanto tradizionale. Ai sensi dell'articolo 34 del nuovo codice di procedura nel testo originario, non può partecipare alle eventuali fasi successive del processo un magistrato che ha portato l'accusa, o rinviato a giudizio l'imputato, ovvero ha emanato nei suoi confronti provvedimenti di merito suscettibili di diventare definitivi. Si deve astenersi e, se non lo fa, potrà essere ricusato.

Il principio di ragione sotteso alla regola è intuitivo. Un essere umano, in modo particolare se si tratta di uno specialista, non è mai proclive a riconoscere di aver commesso un errore nell'esprimere un giudizio, ancor-

<sup>17</sup> Così Ferrua, *Il "giusto processo"*, 2a. ed., Bologna, 2007, p. 53.

<sup>18</sup> *Contra*, nel senso che il nuovo secondo comma dell'articolo 111 rappresenterebbe una novità di particolare importanza, *cfr.* Scarselli, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e l'imparzialità del giudice nel processo civile", *Quest. Giust.*, 2000, p. 82.

ché complesso. La sua imparzialità sarebbe messa a rischio davvero gravissimo, se lo si chiamasse a rivedere criticamente il proprio operato. In altre parole, a contraddirsi. Ma un giudice parziale collide con l'idea stessa di giudice e, correlativamente, di giusto processo.

Oggi le cose non sono più così lineari. L'articolo 34 del nuovo codice di procedura penale è diventato irricognoscibile a seguito delle successive addizioni.

Il controllo di costituzionalità ha fatto nascere nel corso di pochi anni, evocandole dalle pieghe della normativa, molte nuove ipotesi di incompatibilità.

Si tratta peraltro di ipotesi strutturalmente diverse da quelle originariamente previste dal legislatore ordinario.

La Corte ha affermato l'incompatibilità del giudice che ha partecipato ad atti di un procedimento riguardante un certo imputato, anche se non si può mai trovare nella situazione, quando chiamato a decidere sulla colpevolezza di quel medesimo imputato, di contraddire se stesso, rispetto al suo operato di prima.

Tanto per fare un esempio riferito alla sentenza (la 131 del 1996) che ha dato luogo a notevoli sconcerti per il suo fortissimo impatto disorganizzativo: non contraddice se stesso il giudice del dibattimento che dichiara innocente l'imputato di cui ha respinto in sede di riesame il ricorso contro un provvedimento restrittivo della libertà personale, per aver ritenuto gli indizi di colpevolezza sufficienti, o addirittura gravi, come ora viene richiesto dal legislatore.

Non si contraddice, quel giudice, perché lo sviluppo dell'istruttoria dibattimentale può tranquillamente condurlo a riconoscere irrilevanti ai fini della condanna i medesimi indizi da lui ritenuti a suo tempo idonei a giustificare la conferma del provvedimento restrittivo.<sup>19</sup>

Insomma, non solo non c'è niente di nuovo per quanto riguarda la garanzia dell'imparzialità. Bisogna aggiungere che la precedente giurisprudenza della Corte ha notevolmente esagerato, infilandosi per un percorso —cosa che avviene con una certa frequenza— dove alla tutela attenta de-

<sup>19</sup> Per il rilievo che la cognizione sommaria dei fatti rilevanti non può determinare prevenzione distruttiva dell'imparzialità quando si tratti di apprezzare quei medesimi fatti a cognizione piena *cf.* Tarzia, "Il processo di fallimento e l'imparzialità del giudice", *Rivista di Diritto Processuale*, 1997, pp. 24 y ss.

lle garanzie fondamentali si sovrappongono scelte di mera opportunità, che dovrebbero essere lasciate al legislatore ordinario.

## VII. LA RAGIONEVOLE DURATA

*Justice delayed is justice denied* insegnava Jeremia Bentham oltre un secolo e mezzo addietro. Il che significa, in termini italiani di oggi, che il diritto di azione dei cittadini risulta vulnerato se il sistema non riesce a garantire una “durata ragionevole” dei processi. Se ne è resa conto anche la Corte costituzionale, in un recente *obiter dictum*,<sup>20</sup> dopo aver in passato consentito l’introduzione di tentativi obbligatori di conciliazione osservando che essi non incidono in modo marcato sui tempi processuali.<sup>21</sup>

Ora la clausola finale del secondo comma dell’articolo 111, riferendosi ad ogni tipo di processo ci dice che “la legge ne assicura la ragionevole durata”. In questa disposizione c’è un’eco di quanto è stabilito dall’articolo 60. della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, grazie alla quale il governo italiano è stato condannato a pagare notevoli somme ai propri cittadini che hanno ricorso alla Corte di Strasburgo. Ma, come già è stato osservato,<sup>22</sup> mentre la Convenzione attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo immediatamente azionabile (“Ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole”), il secondo comma dell’articolo 111 si adegua nel suo dettato al tipo di controllo svolto dalla Corte costituzionale. Essa, a differenza della Corte europea,<sup>23</sup> “non può sindacare la durata del singolo processo ma esclusiva-

<sup>20</sup> Corte Costituzionale 22 ottobre 1999, num. 388, in tema di legittimità dell’articolo 696 CPC, dove troviamo scritto che l’effettività della tutela giurisdizionale implica la durata ragionevole del processo. La si può leggere”, *Giur.it.*, 2000, pp. 1127 y ss., con nota di Didone, *op. cit.*, nota 4.

<sup>21</sup> *Cfr.*, ad esempio Corte Costituzionale 4 marzo 1992, num. 82, *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1843.

<sup>22</sup> Ferrua, *op. cit.*, nota 17, p. 54.

<sup>23</sup> E a differenza delle Corti d’appello cui la c.d. legge Pinto, emanata a tamburo battente sul finire della XIII legislatura, attribuisce la competenza a conoscere delle domande di risarcimento dei cittadini italiani nei confronti del governo per irragionevole durata dei loro processi. La legge è una conseguenza della situazione che si era creata presso la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, venutasi a trovare nell’impossibilità di garantire la ragionevole durata dei propri processi, a causa dell’enorme numero di ricorsi italiani per violazione dell’articolo 60. della Convenzione. Le Corti italiane si trovano così oberate di processi

mente disposizioni che prevedano tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue, non giustificate da garanzie difensive".<sup>24</sup>

Anche se la cronica lentezza dei processi italiani dipende essenzialmente dal malfunzionamento delle strutture e anche se la garanzia della ragionevole durata era comunque ricavabile indirettamente dall'articolo 24, comma primo, una qualche piccola utilità potrà venir ricavata dalla nuova disposizione. Alla luce del suo chiaro e diretto enunciato, per esempio, potremo sperare che la Corte costituzionale si risolva a rivedere le proprie, numerose, pronunce di rigetto su alcune questioni. In particolare su quella relativa alla disciplina della doppia deserzione dell'udienza civile, in passato sollevata indicando come norma costituzionale di raffronto, oltre all'articolo 24, l'articolo 97 che sancisce il principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione. Le norme ordinarie finora inutilmente impugnate danno un notevole contributo a rendere irragionevoli le durate processuali, grazie all'enorme spreco di risorse. Senza contare l'immanente irrazionalità sottesa alla necessità di fissare una nuova udienza nel caso di mancata comparizione delle parti, nella stragrande maggioranza dei casi dovuta al raggiungimento di un accordo transattivo al di fuori del processo.

#### VIII. GIUSTO PROCESSO, GIUSTIZIA DELLA DECISIONE E LIMITAZIONI LEGALI IN MATERIA DI PROVE

Viene ora il momento dell'autocritica. Con riferimento al primo comma del nuovo articolo 111 della Costituzione "La giurisdizione si attua attraverso il giusto processo regolato dalla legge" avevo sostenuto che non bisognava lasciarsi impressionare dallo stereotipo del "giusto processo".<sup>25</sup> Ovviamente, riconoscevo che si tratta di un concetto cultural-

per irragionevole durata, con il pericolo che anche nei confronti di questi ultimi venga in futuro chiesto il risarcimento per violazione dell'articolo 60. della convenzione.

<sup>24</sup> Ferrua, *op. cit.*, nota 17.

<sup>25</sup> Vale forse la pena di ricordare l'intenzione polemica che sottendeva la formula, quasi ad insinuare che il processo fino ad allora fosse stato ingiusto. Aveva per obiettivo il processo penale. Ma apparteneva al folklore delle istituzioni e sarà presto dimenticata. Può interessare forse il commentatore politico o lo studioso dei costumi, interessati a comprendere i motivi profondi di un'evoluzione politico-culturale e normativa indirizzata a rendere sempre più difficile l'attuazione del dovere statale di punire in certi settori della criminalità. Non interessa il giurista positivo.

mente e storicamente molto importante, che è stato in passato e viene ancor oggi sottoposto a finissime analisi. Esso ricorre da tempo nel sapere giuridico (ha dato persino il nome ad una rivista nel nostro paese), nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, oltre che in molte leggi fondamentali straniere. Ad esempio riecheggia il *due process of law* della tradizione costituzionale nordamericana. Ma aggiungevo che il suo contenuto innovativo fosse da ritenere totalmente inesistente, ricordando come già Cappelletti avesse ben messo in rilievo la perfetta simmetria tra *due process of law* e diritto di azione e di difesa.<sup>26</sup>

Da qualche tempo sono convinto di avere sbagliato.<sup>27</sup> Grazie ai lavori di una giovane studiosa<sup>28</sup> ho capito che bisogna impegnarsi a sviluppare

<sup>26</sup> In diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Articolo 24 Costituzione e “due process of law clause”, *Giur. Cost.* 1961, p. 1284; *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 121. Ma si tratta di punto di vista corrente. Vedi già prima Couture, “La garanzia costituzionale del dovuto processo legale”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1954, pp. 81 y ss. e dopo Vigoriti, Garanzie costituzionali del processo civile. “Due process of Law” e articolo 24 costituzionale, Milán, 1970; Denti, “Valori costituzionali e cultura processuale”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, pp. 443 y ss.; Comoglio, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova, 1970; *id.*, “I modelli di garanzia costituzionale del processo”, *Scritti in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, I, pp. 297 y ss.; Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 287; Serio, “Brevi note sul due process of law”, *Il giusto processo nell’esperienza storico comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, Palermo, 1999, p. 29; Ferrara, “Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo”, *Rassegna parlamentare*, 1999, p. 542, il quale sottolinea che il testo costituzionale antecedente alla riforma dell’art. 111 era già in linea con le garanzie insite nel principio del giusto processo (semplicemente il costituente del 1948 si era correttamente astenuto dalla puntuale specificazione delle conseguenze derivanti dalle garanzie esplicitate).

<sup>27</sup> Già in Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile, in *Nuova giur. civ. comm.* 2004, II, p. 507 scrivevo “se non si vuole immiserire la formula del comma 1o. come se fosse semplicemente riassuntiva delle garanzie del contraddittorio, della parità delle armi, della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata, successivamente menzionate nel comma 2o. della medesima norma, è giocoforza ritenere che il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre sentenze giuste, ovviamente nei limiti consentiti in questo mondo e nel rispetto delle garanzie”.

<sup>28</sup> Bertolino G., Teoria generale della giustizia e giusto processo (tesi di laurea discussa alla facoltà di giurisprudenza dell’Università di Torino il 21 ottobre 2002). Ed ora *Giusto processo civile e giusta decisione, Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*, tesi di dottorato discussa all’università di Bologna il 12 giugno 2007.

le scarse intuizioni indirizzate in dottrina<sup>29</sup> a sostenere che il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre sentenze giuste, ossia rispondenti al doppio criterio di verità della corretta soluzione sia della questione di fatto che della questione di diritto, ovviamente nei limiti consentiti in questo mondo e nel rispetto della garanzie. Nell'ambito di una concezione cognitivista e non decisionista del processo giurisdizionale, dove l'accertamento veritiero dei fatti ne costituisca un fondamentale ideale regolativo.

Vogliamo ritenere, come sostenevo, la formula del giusto processo semplicemente riassuntiva delle garanzie menzionate nel comma secondo dell'articolo 111? Non per questo se ne può predicare l'estraneità rispetto alla giustizia della decisione. Contraddittorio e parità delle armi sono garanzie pensate *anche*<sup>30</sup> allo scopo di far scaturire, grazie alla dialettica processuale,

<sup>29</sup> Cfr., con particolare vigore Taruffo, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *questa rivista*, 2006, pp. 476 y ss.: "l'ideologia secondo la quale il processo deve tendere a concludersi con decisioni giuste appare coerente con un'interpretazione non formalistica e non meramente ripetitiva della clausola costituzionale del "giusto processo"; Braccialini, "Spunti tardivi sul giusto processo", *Questione giustizia*, 2005, p. 1208: "quando diciamo giusto processo, ci riferiamo solo a regole processuali a garanzia del contraddittorio, oppure abbiamo anche in mente obiettivi sostanziali del processo e ci preme che esso sia reale strumento di realizzazione dei diritti e non solo il sistematico strumento per renderli ineffettivi? E il giudice è solo l'arbitro di questa partita spesso ad armi impari, o non dovrebbe essere il garante del suo giusto risultato, cioè la realizzazione in concreto del diritto calpestato? Secondo me questo è il contributo concettuale più significativo di tutto l'articolato, il suo stimolo più fecondo; questa è la domanda inevasa che ancora dovrebbe mettere in mora la dottrina processualciviltistica."; Pivetti e Nardin, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), inserito nel dicembre 2005: "occorre anche che il processo si svolga in modo tale da tendere ad una decisione giusta, oltre che sollecita. "Giusto processo", infatti, non significa esclusivamente processo conforme alle altre regole specifiche e agli altri principi espressamente consacrati nel nuovo articolo 111 o in altre norme costituzionali riguardanti il processo" Ma vedi altresì Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Milán, 2001, vol. III, p. 7; Carratta, "Prova e convincimento del giudice nel processo civile", *Riv. Dir. Proc.*, 2003, pp. 36 y ss.; Pivetti, "Per un processo civile giusto e ragionevole", *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il giusto processo civile cit.*, p. 63. Per un accenno alla connessione tra giusto processo e dovere di verità delle parti cfr. Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Turin, 2004, p. 276.

<sup>30</sup> Senza, cioè, voler negare fondamento alle tesi di quei teorici anglosassoni della giustizia procedurale che pongono l'accento anche sulla valorizzazione per così dire interna delle garanzie processuali, concepite dal punto di vista della soddisfazione dei partecipanti per la correttezza del trattamento ricevuto. Per indicazioni bibliografiche al riguardo cfr. Bertolino, *op. cit.*, nota 28, pp. 62 y ss.

la soluzione giusta delle questioni di fatto e di diritto dedotte nella controversia.<sup>31</sup> Sulla terzietà e imparzialità come garanzie soprattutto indirizzate ad evitare decisioni parziali non occorre spendere parola. Ma anche la ragionevole durata ha a che fare con la giustizia della decisione. Non solo per il connotato di ingiustizia che inquina la sentenza giusta, intervenuta per così dire fuori tempo massimo, magari dopo lustri dall'episodio della vita che ha dato origine alla controversia. Ma anche perché, se passa molto tempo tra l'istruzione probatoria e la decisione, diminuiscono le probabilità di corretta valutazione delle prove.

Ma vi è di più. Assai di più. Il giusto processo ha *direttamente* a che fare con la giustizia del suo risultato. Almeno se si condividono le analisi di alcuni studiosi anglosassoni che si sono occupati di giustizia delle procedure.

Si tratta di indagini che hanno messo in rilievo come il modello di giustizia procedurale che guarda soltanto alla soddisfazione dei partecipanti e al rispetto della loro dignità non si attagli al processo giurisdizionale. La giustizia della procedura indirizzata a dirimere conflitti tra consociati (nei termini dell'articolo 111 il "giusto processo") e non solo indirizzata a compiere delle scelte —si pensi alle procedure elettorali— esige che si volga lo sguardo anche al risultato perseguito.<sup>32</sup>

Esige nel nostro caso che si guardi alla giustizia della sentenza.

La sentenza è giusta quando passa l'esame di un doppio criterio di verità. Quando cioè è il frutto di una corretta interpretazione delle norme coinvolte e di un'esatta ricostruzione dei fatti. Naturalmente, è appena il caso di rilevarlo, se si vuole scansare l'accusa di positivismo ingenuo, non si tratta qui di verità assolute, proprie soltanto del ragionamento matematico deduttivo. I criteri che entrano in gioco sono criteri di approssimazione per ambedue i settori. Proprio per questa ragione la giustizia procedurale del processo giurisdizionale è una giustizia imperfetta, a segnalare nel medesimo tempo la connessione con il risultato e l'impossibilità di avere l'assoluta certezza di raggiungerlo.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Di forza epistemica del contraddittorio parla Ferrua, *op. cit.*, nota 17, pp. 91 y ss.

<sup>32</sup> Per un'analisi delle teorie anglosassoni della giustizia procedurale basate sull'accuratezza del risultato *Cfr.* Bertolino, *op. cit.*, nota 28, pp. 104 y ss. E per un'analisi delle contrarie teorie che in materia di giurisdizione concludono nel senso che non rileva la qualità della decisione che conclude il processo *cfr.* Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milán, 1992, pp. 7 y ss.

<sup>33</sup> *Cfr.*, per questo rilievo, Ferrua, *op. cit.*, nota 17, p. 67

La correttezza del ragionamento interpretativo dipende dalla bontà della formazione professionale assicurata ai giudici e dai controlli in sede di impugnazione, fino alla corte di cassazione, organo della nomofilachia. Qui non mi pare che esista un rapporto che valga la pena di essere approfondito tra regolazione del processo e correttezza del *decisum*.

Le cose cambiano se guardiamo alla disciplina del giudizio sul fatto. Il giusto processo esige che la disciplina delle prove sia indirizzata non tanto ad assicurare la certezza di un'esatta ricostruzione del fatto, che non è di questo mondo; quanto ad eliminare le fonti di incertezza relative a quella ricostruzione, che sono eliminabili senza mettere a rischio le garanzie costituzionali "interne": contraddittorio, parità delle armi, imparzialità del giudice.

Bertolino ha già messo in rilievo che non corrisponde a questa ricostruzione del concetto di giusto processo, né la facoltà consolidata delle parti di mentire tanto in sede di interrogatorio formale che di interrogatorio libero, né la disciplina dell'esibizione, che non prevede alcun mezzo coercitivo per acquisire al processo i documenti nella disponibilità della parte che non intende produrli. A differenza di quanto accade negli ordinamenti di *common law*, a cominciare da quello nordamericano, pur provvisto di una Costituzione rigida che prevede le garanzie ricavabili dal principio del *due process*. Ordinamenti dove la parte può essere chiamata a testimoniare e la disciplina della *discovery* prevede sanzioni pesanti, che arrivano fino alla privazione della libertà per *contempt of court*, nel caso che la parte non fornisca al suo avversario tutta la documentazione rilevante.<sup>34</sup>

In proposito, per quanto riguarda l'inesistenza di un obbligo della parte di dire la verità,<sup>35</sup> sia in sede di allegazione dei fatti, sia in sede istrut-

<sup>34</sup> Per una recente analisi della attuale disciplina della *discovery* inglese, dove vengono evidenziate le caratteristiche della *disclosure*, con l'attenzione rivolta a supposti problemi di riconoscimento ed esecuzione che i relativi provvedimenti potrebbero incontrare negli ordinamenti continentali, *cfr.* Zuffi, "La disclosure inglese: aspetti comparatistici e transnazionali", *Corr. giur.*, 2007, pp. 35 y ss.

<sup>35</sup> In un saggio di grande acutezza, *L'avvocato e la verità*, ora in *Il processo civile nello stato democratico*, Napoles, 2006, pp. 131 y ss., Cipriani sottopone a serrata critica un mio vecchio lavoro dove sostenevo alquanto provocatoriamente che parti e avvocati nel processo civile italiano hanno "un consolidato diritto di mentire", senza che per gli avvocati si ponga neppure un problema di deontologia professionale. Riconosco di avere esagerato nella forma e prendo atto che ora l'articolo 14 del nuovo codice deontologico degli avvocati prevede per loro un dovere di verità. Tuttavia rimane il fatto che nel nostro ordinamento non esiste un dovere di verità per le parti sottoposte all'interrogatorio (op-

toria è ormai di solare evidenza la debolezza del riferimento all'onere della prova, l'inutilizzabilità del principio *nemo testis in causa propria* storicamente condizionato a tempi remoti e l'inconsistenza del tradizionale richiamo giustificativo al principio *nemo tenetur edere contra se*, la cui portata viene giustamente ristretta al processo penale,<sup>36</sup> *privilege against self incrimination*,<sup>37</sup> senza alcuna stringente necessità di estenderla ai diritti dei privati, come giustamente sottolineano i giuristi anglosassoni.<sup>38</sup> Per quanto riguarda l'ineffettività dell'ordine di esibizione, non eseguibile forzatamente e senza la previsione di misure coercitive per il caso di mancata esecuzione spontanea sembra palese il contrasto con il diritto di difendersi provando, almeno tutte le volte che la parte interessata non disponga di altri mezzi di prova. Qui diventa veramente difficile immaginare che una qualche garanzia costituzionale si frapponga ad una disciplina che garantisca con sanzioni adeguate l'adempimento del relativo provvedimento del giudice. Senza contare poi l'enorme im-

portunamente previsto con forme loro peculiari oltre Manica e oltre Atlantico) e che per quanto riguarda gli avvocati è facile prevedere la non applicazione in sede disciplinare della ricordata norma del codice deontologico. La bella analisi di Cipriani sulla dialettica processuale quando vede protagonisti bravi e leali professionisti mi trova ovviamente del tutto d'accordo, anche se sulla "parzialità istituzionale" dell'avvocato non si possono ignorare i rilievi di Taruffo, *Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence*, in *The Eyes of Justice* a cura di R. Kevelson, Nueva Cork, 1993, pp. 272 y ss.

<sup>36</sup> Per una pluralità di ragioni, attentamente esaminate da Bertolino, *op. cit.*, nota 28, pp. 162 y ss.

<sup>37</sup> Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milán. 1969, vol. II, pp. 236 y 380.

<sup>38</sup> *Cfr.*, ad esempio, Langbein, "The Historical Origins of the Privilege Against Self Incrimination at Common Law", *Mich. Law Rev.*, 1994, pp. 1047 y ss., citato da Bertolino, *op. cit.*, nota 28, p. 166, nota 87. A meno di non correre il rischio di cadere nella fallacia naturalistica, non serve osservare in contrario che non avrebbe senso parlare di una "peculiarità penalistica" del principio *nemo tenetur*, in quanto esso costituirebbe "solo un sfaccettatura di una ben più generale guarentigia della parte di ogni fenomeno processuale" Così Consolo in *Postilla... sed (e quando) magis amica veritas?*, *Corr. giur.*, 2007, p. 45. Va peraltro ricordato che anche a parere di Consolo, questa "guarentigia" è scalfibile, sia pure con prudenza, ad esempio introducendo il dovere di verità a carico di determinate parti: "società che attinge al mercato dei capitali e tenuta alla trasparenza informativa, ente pubblico soggetto all'accesso; produttore di beni di largo consumo; associazioni *pro bono* attrici in processi di rilevanza collettiva, curatele fallimentari", Una discreta tipologia, non c'è dubbio. Mancano tuttavia indicazioni su sanzioni adeguate per la violazione dell'obbligo. Non mi pare che la responsabilità aggravata, cui si accenna sia sufficiente, vista anche la ricorrente ritrosia nella sua applicazione per i casi in cui è attualmente prevista.

portanza e direi l'urgenza di introdurre la coercibilità dell'ordine di esibizione ora che si va stagliando all'orizzonte una disciplina ammodernata della tutela collettiva di consumatori e risparmiatori, dove molto sovente sono soltanto i convenuti (si pensi alle banche e alle compagnie di assicurazione) ad avere la disponibilità di gran parte della documentazione rilevante.

A mio giudizio, ma, lo devo riconoscere, il discorso si fa in proposito più delicato, il giusto processo richiede, in relazione all'accertamento dei fatti, anche l'attribuzione di un potere sussidiario di ammissione *ex officio* dei mezzi prova, anche oltre ai confini oggi disegnati per il processo ordinario, in analogia a quanto stabilito, invece, per il processo del lavoro. Si eliminerebbe in tal modo l'incertezza sulla ricostruzione operata dal giudice dovuta a lacune nelle richieste istruttorie di una delle parti. E' vero che la comune dottrina è prevalentemente orientata nel nostro paese a ritenere il principio di disponibilità delle prove come una manifestazione importante del principio dispositivo che regge il processo civile tra privati, nella misura in cui riguarda nella stragrande maggioranza dei casi diritti negoziabili sul piano del diritto sostanziale. Ed è anche vero che molti scrittori pensano addirittura che l'attribuzione al giudice del potere in discorso minerebbe la sua imparzialità, nonché la parità delle armi tra le parti.<sup>39</sup> Senza contare poi che secondo altri scrittori l'attribuzione al

<sup>39</sup> Liebman, "Fondamento del principio dispositivo", *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, p. 562; Fazzalari, *L'imparzialità del giudice*, ivi., 1972, pp. 201 y ss.; Montesano, "Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile", *Rivista Trimistiale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, pp. 189 y ss. Ultimamente, nello stesso senso, Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. it, Napoli, pp. 61, 102 y ss. L'autorevole scrittore iberico celebra l'affermazione completa del principio di disponibilità delle prove nel nuovo codice di procedura civile spagnolo, che manifesterebbe essenzialmente per tale ragione la sua natura liberale in confronto all'impostazione autoritaria del codice italiano. Rinviando al saggio di Taruffo citato alla nota 38 per le considerazioni di ordine generale, mi pare che l'affermazione del principio di disponibilità delle prove, rispetto all'ammissione (in via sussidiaria e presumibilmente in concreto rara) della loro assumibilità anche d'ufficio per alcune di esse non sia sufficiente per sostenere la contrapposta fondazione ideologica dei due codici. Basti pensare all'enormità dei poteri ora concessi al giudice spagnolo, investito con ricorso anziché con citazione e legittimato al controllo della regolarità dell'atto introduttivo senza il contraddittorio del convenuto; all'estrema rigidità delle preclusioni (*cf.* gli articoli. 136, 269 e 272 LEC) che consente un processo ispirato senza compromessi al principio di oralità (altro che mito, come qui si usa dire da chi non mette mai il naso fuori di casa); alla inesistenza di controlli intermedi prima della sentenza definitiva sui provvedimenti istruttori del giudice.

giudice di poteri istruttori officiosi connoterebbe i sistemi processuali ispirati ad un'ideologia e una prassi autoritarie, mentre la mancanza di questi poteri sarebbe propria dei sistemi processuali ispirati ad un'ideologia e una prassi liberali.

Di quest'ultimo punto di vista non intendo occuparmi. Della sua pochezza teorica e inconsistenza storica oltre che dalla prospettiva dell'analisi comparata ha fatto giustizia, spero definitiva, Michele Taruffo in un suo saggio recente.<sup>40</sup>

Per quanto riguarda il principio dispositivo c.d. in senso sostanziale, se ne vogliamo fare la colonna portante del processo tra privati, esso va ristretto al principio della domanda con tutte le sue articolazioni. E' ovvio invece che i poteri del giudice in materia di prove hanno a che fare con il c.d. principio della trattazione o *Verhandlungsmaxime*, liberamente disciplinabile sulla base di ragioni di opportunità, senza minimamente far venir meno la privatezza dei rapporti per i quali si è manifestato il bisogno di tutela giurisdizionale.<sup>41</sup>

Per quanto riguarda poi il rapporto con l'imparzialità del giudice risulta difficile capire perché mai esse sarebbero messe a rischio dall'attribuzione di poteri officiosi in materia di prove, oltretutto sussidiari rispetto all'attività di parte. La circostanza che essi siano attribuiti al giudice del dibattimento dall'articolo 507 delle CPP in un processo penale ispirato, come processo di parti, al modello accusatorio dovrebbe far riflettere, anche perché si tratta di un potere che trova applicazione molto frequente. Se poi ricordiamo che un vecchio stereotipo culturale mette sovente la figura del giudice accanto a quella dello storico per illuminarne differenze ed analogie, non si può far a meno di sottolineare che nessuno si è mai sognato di pensare che l'imparzialità di quest'ultimo sia messa a rischio dal fatto che sceglie in perfetta autonomia i mezzi di indagine.

<sup>40</sup> In *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa, cit.*, nota 29, pp. 452 y ss.

<sup>41</sup> *Contra*, ancora recentemente Cipriani, *Sulle prove nel processo civile. Ora in Il processo civile nello stato democratico, cit.*, pp. 236 y ss. che ritiene il c.d. principio di disponibilità delle prove una sorta di manifestazione necessaria dell'onere della prova. Ma se concordiamo nel fatto che la regola dell'onere della prova non ha a che fare con i diritti processuali delle parti, ma è una regola di giudizio per il giudice, ci rendiamo subito conto che la tradizionale manifestazione linguistica della regola non si oppone alla sua applicazione alle prove assunte d'ufficio, come rischio della mancata prova. Cfr, peraltro, per qualche precisazione che va nel senso di ammettere in qualche caso le prove d'ufficio, Cipriano, "L'autoritarismo processuale e le prove documentali", *Il giusto processo civile*, 2007, p. 293.

Quanto infine alla parità delle armi benvero che la Corte costituzionale scrive in un suo recente provvedimento<sup>42</sup> che essa risulterebbe violata in quanto l'esercizio del potere officioso, una volta esauriti i poteri delle parti di formulare istanze istruttorie, finirebbe "per aggirare, in favore di una parte e in danno dell'altra, gli effetti del maturarsi delle preclusioni". Ma ci troviamo qui in presenza di un ricorso enfatico a grandi principi per occultare problemi e preoccupazioni di bassa cucina. Un vizio antico della cultura giuridica, non solo italiana. Nessuna garanzia costituzionale per le parti può ritenersi violata dall'esercizio di un potere istruttorio officioso che riapre i termini per le deduzioni probatorie a favore di tutte le parti secondo quanto già previsto dal vecchio terzo comma dell'articolo 184 (ora, con la riforma del 2006, dall'ottavo comma dell'articolo 183).<sup>43</sup> Affermare che il provvedimento officioso che ammette la prova "aggira" le preclusioni "a favore" di una parte e "a danno" dell'altra significa preoccuparsi del fatto che la parte che ha torto in fatto e che spera di vincere la causa per l'errore commesso dall'avversario nel non dedurre in tempo la sua prova viene "danneggiata" dal successivo intervento del giudice. Tutto ciò non ha a che fare con le garanzie costituzionali, bensì con la vetusta concezione del processo come un giuoco dove non vince la parte che ha ragione, ma la parte che si può avvalere del campione, cioè dell'avvocato, più abile. Una concezione da tempo superata negli ordinamenti continentali e, come è ben noto, in via di superamento nei due più importanti ordinamenti di *common law*, che si vanno orientando, attraverso diversi meccanismi, in direzione di un aumento dei poteri di controllo del giudice per meglio assicurare la giustizia delle decisioni.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Cfr. Corte costituzionale 14 marzo 2003, num. 69 (ordinanza), *Giur. It.*, 2003, pp. 1330 y ss. con mia nota, *Poteri istruttori d'ufficio del giudice civile: le sirene dell'ideologia liberista inducono la Corte Costituzionale in un errore di interpretazione del diritto positivo*.

<sup>43</sup> Cfr., nello stesso senso, Taruffo, *Poteri probatori*, cit., nota 29, p. 479.

<sup>44</sup> Cfr., con riferimento agli Stati Uniti, Resnik, "Managerial judges", *96 Harw. Law Rev.*, 1982, pp. 446 y ss.; Marcus, "Discovery Containment Redux", *Boston Coll. Law Rev.*, num. 39, 1998, pp. 747 y ss.; con riferimento all'Inghilterra Zuckerman, "Reform in the Shadow of Lawyers' Interests", *Reform of civil procedure a cura dello stesso e di Cranston*, Oxford, 1995, pp. 62 y ss.; Jolowicz, "The Woolf Report and the Adversary System", *Civ. Just. Quart.*, num. 15, 1996, pp. 198 y ss.; Andrews, "A New Civil Procedural Code for England: Party-Control, "Going, Going, Gone", *Civ. Just. Quart.*, num. 19, 2000, pp. 23 y ss.