

REVISTA DE PROCESSO

Ano 38 • vol. 219 • maio / 2013

Direção
ARRUDA ALVIM

Coordenação
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

CONSELHO INTERNACIONAL – Alan Uzelac (Croácia), Álvaro Pérez Ragone (Chile), Andrea Proto Pisani (Itália), Carlos Ferreira da Silva (Portugal), Dmitry Maleshin (Rússia), Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), Eduardo Oteiza (Argentina), Emmanuel Jeuland (França), Federico Carpi (Itália), Francesco Paolo Luiso (Itália), Hanns Prütting (Alemanha), Héctor Fix-Zamudio (México), Italo Augusto Andolina (Itália), Jairo Parra (Colômbia), Joan Picó i Junoy (Espanha), José Lebre de Freitas (Portugal), Linda Mullenix (USA), Loïc Cadet (França), Lorena Bachmaier Winter (Espanha), Luigi Paolo Comoglio (Itália), Mario Pisani (Itália), Michele Taruffo (Itália), Miguel Teixeira de Sousa (Portugal), Neil Andrews (Inglaterra), Paula Costa e Silva (Portugal), Pedro Juan Bertolino (Argentina), Peter Gilles (Alemanha), Peter Gottwald (Alemanha), Roberto Berzonze (Argentina), Roger Perrot (França), Rolf Stürner (Alemanha), Sergio Chiarloni (Itália), Ulrich Haas (Suíça), Victor Fairén Guillén (Espanha), Vincenzo Vigoriti (Itália), Walter Rechberger (Áustria), Wolfgang Grunsky (Alemanha).

CONSELHO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi, Dierle Nunes, Eduardo Cambi, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Ronnie Preuss Duarte.

CONSELHO DE ORIENTAÇÃO – Thereza Celina de Arruda Alvim (presidente) – Ana Cândida da Cunha Ferraz, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clito Fornaciari Júnior, E. D. Moniz Aragão, Edgard Lippman Jr., Eduardo Ribeiro de Oliveira, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andighi, Fernando da Costa Tourinho Filho, Galeno Lacerda, Gentil do Carmo Pinto, Gilberto Quintanilha Ribeiro, Hélio Tornaghi, Herminio Alberto Marques Porto, João Batista Lopes, José Afonso da Silva, José Augusto Delgado, José Carlos Barbosa Moreira, José Carlos Moreira Alves, José Eduardo Carneira Alvim, José Ignacio Botelho de Mesquita, Luiz Fux, Marcelo Zarif, Milton Luiz Pereira, Moacyr Lobo da Costa, Mozart Victor Russomano, Petronio Calmon Filho, Sebastião de O. Castro Filho, Sérgio Ferraz, Sydney Sanches, Teori Albino Zavascki.

CONSELHO EDITORIAL – Luiz Manoel Gomes Jr. (responsável pela seleção e organização do material jurisprudencial) – Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Freitas Câmara, Amauri Mascaro do Nascimento, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Antonio Carlos Marcato, Antônio Janry Dall'Agnol Jr., Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro, Cândido Rangel Dinamarco, Cássio Mesquita de Barros Júnior, Dirceu de Mello, Donaldo Armelin, Edson Ribas Malachini, Ennio Bastos de Barros, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira, José Rogério Cruz e Tucci, Jurandyr Nilsson, Kazuo Watanabe, Marcos Afonso Borges, Milton Evaristo dos Santos, Milton Paulo de Carvalho, Nelson Luiz Pinto, Nelson Nery Junior, Rodolfo de Camargo Mancuso, Rogério Lauria Tucci, Roque Komatsu, Sérgio Bermudes, Vicente Greco Filho.

CONSELHO DE REDAÇÃO – Alcides Munhoz da Cunha, Angélica Muniz Leão de Arruda Alvim, Antonio Alberti Neto, Antonio Carlos Mattei de Arruda, Antônio Cezar Peluso, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Antonio Gidi, Antonio Rigolin, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Carlos Alberto Carmona, Carlos Eduardo de Carvalho, Carlos Roberto Barbosa Moreira, Cassio Scarpinella Bueno, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, Eduardo Cambi, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim, Eduardo Talamini, Elisabeth Lopes, Fábio Luiz Gomes, Flávio Cheim Jorge, Flávio Renato Correia de Almeida, Flávio Yarshell, Francisco Duarte, Francisco Glauber Pessoa Alves, Fredie Didier Jr., Gilson Delgado Miranda, Gisela Zilsch, Gisele Heloisa Cunha, Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, Henrique Fagundes Filho, James José Martins de Souza, Joaquim Felipe Spadoni, José Eduardo Carvalho Pinto, José Miguel Garcia Medina, José Roberto Bedaque, José Scarance Fernandes, Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Fernando Belinetti, Luiz Guilherme Marinoni, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Sergio de Souza Rizzi, Luiz Vicente Pellegrini Porto, Mairan Maia Jr., Manoel Caetano, Marcelo Abelha Rodrigues, Marcelo Bertoldi, Marcelo Lima Guerra, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Marcus Vinicius de Abreu Sampaio, Odilon Ferreira Nobre, Oreste Nestor de Souza Laspro, Patricia Miranda Pizzol, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Pedro Dinamarco, Rita Giansini, Rodrigo da C. Lima Freire, Ronaldo Bretas de C. Dias, Rubens Lazzarini, Rui Geraldo Camargo Viana, Sérgio Gilberto Porto, Sergio Ricardo A. Fernandes, Sérgio Seiji Shimura, Sidnei Agostinho Beneti, Sônia Márcia Hase de Almeida Baptista, Suely Gonçalves, Ubiratan do Couto Mauricio, Victor Bomfim Martins, William Santos Ferreira, Willis Santiago Guerra Filho.

CONSELHO DE APOIO E PESQUISA – Adriano Peráceo de Paula, André de Luiz Correia, Cláudia Cimardi, Cláudio Zarif, Cleunice Pitombo, Cristiano Chaves de Farias, Daniel Mitidiero, Fabiano Carvalho, Fernando Zeni, Fernão Borba Franco, Francisco José Cahali, Graziela Martins, Gustavo Henrique Righi Badaró, José Carlos Puoli, José Sebastião Fagundes Cunha, Leonardo Lins Morato, Maria Elizabeth Queijo, Maria Lúcia Lins Conceição, Maria Thereza Assis Moura, Rita Vasconcelos, Roberto Portugal Bacellar, Robson Carlos de Oliveira, Rodrigo Barioni, Rogéria Dotti Doria, Rogério Licastro Torres de Mello, Sandro Gilbert Martins.

SEGUNDOS PARECERISTAS (DUPLO BLIND PEER REVIEW) – Daniel Mitidiero, Darci Guimarães Ribeiro, Eduardo de Avelar Lamy, Fernando da Fonseca Gajardoni, Flávio Luiz Yarshell, Fredie Didier Jr., Gregório Assagra de Almeida, Joaquim Felipe Spadoni, Leonardo Carneiro da Cunha, Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Luis Otávio Sequeira de Cerqueira, Luiz Manoel Gomes Júnior, Osmar Mendes Paixão Côrtes, Pedro Miranda de Oliveira, Sidnei Amendoeira Junior.

ISSN 0100-1981

REVISTA DE PROCESSO

Ano 38 • vol. 219 • maio / 2013

Direção
ARRUDA ALVIM

Coordenação
TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP

Repositório de jurisprudência autorizado pelo Superior Tribunal de Justiça, pelos Tribunais Regionais Federais das 1.ª, 4.ª e 5.ª Regiões, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS TRIBUNAIS™

GIUSTO PROCESSO (DIRITTO PROCESSUALE CIVILE)

1

SERGIO CHIARLONI

Professor de Processo Civil na Universidade de Turim.

Recebido em: 19.06.2012
Aprovado em: 23.01.2013

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O autor comenta alterações da Constituição Italiana, que dizem respeito ao processo civil e ao processo penal. Temas relevantíssimos como justo processo, decisão justa, renunciabilidade de garantias, razoável duração do processo e outros igualmente importantes.

PALAVRAS-CHAVE: Justo processo – Decisão justa – Renunciabilidade de garantias.

RIASSUNTO: L'autore comenta delle alterazioni nella Costituzione italiana (cinque nuovi commi), introdotte dalla legge di revisione del 23 novembre del 1999 n. 2. I temi principali sono: giusta decisione, giusto processo, rinunciabilità delle garanzie, ragionevole durata del processo ed altri ugualmente importanti.

PAROLE CHIAVE: Giusta decisione – Giusto processo – Rinunciabilità delle garanzie.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le due diverse posizioni ricostruttive delle garanzie previste dai commi 1 e 2 dell'art. 111. Con una nota comune – 3. Giusto processo e giustizia della decisione – 4. (Segue): giusto processo, giustizia della decisione e manchevolezze nella disciplina delle prove – 5. Il significato della clausola "regolato dalla legge" – 6. (Segue): Giusto processo e procedimenti camerali – 7. Rinunciabilità al contraddittorio e rinunciabilità alla motivazione dei provvedimenti – 8. Terzietà e imparzialità del giudice – 9. Ragionevole durata – 10. Letteratura.

1. PREMESSA

La legge di revisione costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, approvata dal Parlamento con voto pressoché unanime, ha introdotto nella nostra

carta fondamentale cinque nuovi commi nell'art. 111, norma di esordio della sezione dedicata alla giurisdizione. I primi due enunciano una serie di garanzie applicabili a tutti i processi in generale. Gli altri tre sono dedicati al processo penale. Il terzo comma specifica, con notevole pignoleria ed in contraddizione con lo spirito di sintesi della costituzione del 1948, una serie di aspetti garantistici a favore dell'imputato, già tranquillamente ricavabili dalla fondamentale garanzia del diritto di difesa previsto nella prima parte della costituzione all'art. 24. Il quarto comma costituzionalizza nella prima parte il modello di processo accusatorio enunciando la "regola d'oro" del contraddittorio nella formazione della prova. Con la conseguenza, subito dopo espressamente sancita, anche se forse si potrebbe discuterne la necessaria deducibilità, dell'irrelevanza probatoria delle dichiarazioni accusatorie rese in sede di indagini preliminari, se non controllate tramite il controinterrogatorio al dibattimento.¹ Quest'ultimo era il punto essenzialmente voluto dai revisori: si è trattato, infatti, di una reazione *ab irato* del Parlamento nei confronti della sentenza n. 361/1998 della corte costituzionale che aveva dichiarato illegittima, perché contraria al principio di dispersione della prova, una legge ordinaria di pochi anni prima, la 267 del 1997, che modificava un articolo del codice di procedura penale, anch'essa allo scopo di limitare l'utilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie rese al di fuori del dibattimento.²

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 dei contesti di decisione o, in altre parole, dei motivi sociali, psicologici e culturali che hanno influenzato un prodotto normativo,³ a meno che l'indagine non sia indirizzata all'interpretazione e utile per i relativi risultati.

1. Un ampio esame dei problemi implicati dai rapporti tra il quarto e quinto comma dell'art. 111, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si trova, da ultimo, in UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, 2. ed., Milano, 2007, 166 ss.

2. Per un'analisi del conflitto tra il Parlamento e la Corte costituzionale cfr. Pederzoli, *Corte costituzionale e Parlamento: il confronto sul giusto processo, Giusto processo? Introduzione di diritti fondamentali dei cittadini o creazione di canoni processuali di rango costituzionale? Scritti in onore di Giuseppe di Federico*, a cura di Guarneri e Zannotti, Padova, 2006, 115 ss.; ZANNOTTI, *La costituzionalizzazione dei principi del giusto processo nel dibattito parlamentare*, ivi, 31 ss.

3. Uso "contesto di decisione" secondo la definizione stipulativa adottata da LUZZATI, *L'interprete e il legislatore, Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 113.

Non si può peraltro fare a meno di sottolineare l'inopportunità "politica" della costituzionalizzazione del modello accusatorio per il processo penale, quando molti ordinamenti di consolidata tradizione democratica si ispirano a modelli contrapposti.⁴ Senza contare poi l'inopportunità "tecnica" del furore analitico che contrassegna i nuovi commi terzo, quarto e quinto dell'art. 111, adatto ad un codice di procedura penale, ma certamente non ad una carta fondamentale. Come è dimostrato dalla grande mole di problemi interpretativi e applicativi al di fuori delle questioni di costituzionalità, subito nati con riferimento alla seconda parte del quarto, oltre che al quinto comma,⁵ che hanno richiesto un intervento del legislatore ordinario con la legge n. 63/2001, con la quale è stato modificato l'art. 526 c.p.p.

I primi due commi del nuovo art. 111 Cost., applicabili come si è visto a tutti i processi, sono stati introdotti all'evidente scopo di inserire in un contesto più vasto (e anche più dignitoso) la più specifica revisione voluta dal Parlamento.

Ma si sa che l'inserzione nel sistema provoca sovente effetti che trascendono l'intentio legis. Cercheremo di dimostrare che un effetto del genere si è verificato nel nostro caso, contrariamente a quanto ebbi occasione di ritenere in passato.

2. LE DUE DIVERSE POSIZIONI RICOSTRUTTIVE DELLE GARANZIE PREVISTE DAI COMMII 1 E 2 DELL'ART. 111. CON UNA NOTA COMUNE

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

Emergono immediatamente due posizioni contrapposte.

Alcuni autori ritengono che i nuovi commi 1 e 2 dell'art. 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 terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata) non

4. Viene qui opportuno ricordare l'ammonimento della Corte suprema nordamericana, con riferimento al quarto e quinto emendamento della Costituzione: "We must bear in mind that no single model of procedural fairness, let alone a particular form of procedure, is dictated by the Due Process Clause". Si tratta di *Kremer v. Chem. Constr. Corp.*, 456 U.S. 461, 483 (1982) (ricordando *Mitchell v. W.T. Grant Co.*, 416 U.S. 600, 610 (1974), che trovo citata da SOLUM, *Procedural Justice*, in 78 *Southern California Law Review*, 2004, 185, nt. 126.

5. Se ne trova un elenco esaustivo in CONTI C., *Giusto processo (diritto processuale penale)*, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento V, 633 ss.

rappresentino un cambiamento reale rispetto al quadro precedente.⁶ L'idea di base è che essi 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)⁷ le garanzie del processo ricavabili e ricavate, attraverso un'elaborazione durata molti lustri, da svariate norme costituzionali, con in prima fila il già richiamato art. 24 nella sua connessione con l'art. 3 (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, oltre che nel concetto "in sé"⁸, nella soggezione del giudice soltanto alla legge (art. 101) e nella indipendenza e autonomia della magistratura (art. 104 comma 1).⁹

La conclusione va pertanto nel senso che non esiste un solo caso in cui, a partire dal 2000 e sul fondamento dei primi due commi del novellato art. 111 cost., possa essere dichiarata illegittimità di norme ordinarie che non si sarebbe potuta (e dovuta) dichiarare prima.

6. Cfr. CHIARLONI, Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile, *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010 ss.; ID., Giusto processo e fallimento, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 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, V. VERDE, *Atti del convegno di Campobasso* (26 febbraio 2000), Napoli, 2002, 105; MONTELEONE, Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost., *Giust. civ.*, 2001, 523 ritiene che il nuovo art. 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, Art. 111 Cost. e "giusto processo civile", *Riv. dir. proc.*, 2002, 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, Milano, 2001, 618 il quale ritiene che le uniche norme autenticamente nuove introdotte nell'art. 111 sono quelle contenute nei commi 4 e 5, relative al processo penale.

7. È interessante notare che, occupandosi del processo penale, FERRUA, Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione, *Questione giustizia*, 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'art. 111 Cost. e destinate a suscitare più che a risolvere problemi.

8. Per questo ovvio rilievo cfr., da ultimo, UBERTIS, Neutralità metodologica del giudice e principio di acquisizione processuale, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 16.

9. Cfr., peraltro per una presa di posizione favorevole alle enunciazioni analitiche delle garanzie in costituzione COMOLIO, I modelli di garanzia costituzionale del processo, *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1991, 735 ss.

Ad identica conclusione giunge poco dopo la Corte costituzionale.¹⁰

Altri autori, al contrario, ritengono addirittura che i due commi in discorso rappresentino una rifondazione delle garanzie costituzionali del processo, grazie all'introduzione di nuovi principi, facendo leva – come meglio vedremo *infra*, § – soprattutto sulle clausole "regolato dalla legge" del primo comma e "giudice terzo e imparziale" del secondo.

Ciò che importa qui rilevare è che le due contrapposte posizioni hanno un'importante elemento in comune: la convinzione che le garanzie costituzionali del processo, anche se diversamente interpretate nello loro portata, siano da considerare, all'interno di una fortunata classificazione ben analizzata da John Rawls,¹¹ come requisiti di giustizia procedurale pura, autosufficienti rispetto al risultato (vale a dire il provvedimento finale), da ritenere comunque giusto indipendentemente dal contenuto, una volta che le garanzie suddette siano rispettate nelle concrete discipline processuali. E dunque senza necessità di prendere in considerazione i rapporti tra di esse e l'accuratezza della decisione.

3. GIUSTO PROCESSO E GIUSTIZIA DELLA DECISIONE

La svalutazione della portata da ascrivere al concetto di "giusto processo" introdotto nel primo comma dell'art. 111 era ovvia da parte di chi, come chi scrive, riteneva che la riforma dell'art. 111 non avesse introdotto alcuna sostanziale novità sul fronte delle garanzie costituzionali.¹² Certo, ammettevo, si tratta di un concetto culturalmente e storicamente molto importante, sottoposto in passato e oggi ancora a finissime analisi.¹³ Un concetto non

10. Corte Cost. 28 maggio 2001, n. 167 (ordinanza), in *Giur. it.*, 2001, 2233, con nota di DIDONE, *Giusto processo, imparzialità del giudice e opposizione allo stato passivo: la Consulta non ci ripensa*; Corte Cost. 31 maggio 2001, n. 176 (ordinanza), *ivi*, 2001, 2014, con nota di DIDONE, *La terzietà del giudice nell'art. 146 l.f.*

11. *Una teoria della giustizia*, trad. it. a cura di Maffettone, Milano, 1982, 84 ss.

12. 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 statuale di punire in certi settori della criminalità. Non interessa il giurista positivo.

13. Le troviamo ampiamente ricordate in CECCHETTI, voce *Giusto processo* cit., 596 s.

ignoto alla stessa precedente giurisprudenza della Corte costituzionale,¹⁴ oltre che ricorrente, in molte leggi fondamentali straniere. Ad esempio, riecheggia il *due process of law* della tradizione costituzionale nordamericana e il *procès équitable* della convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ma aggiungevo, imprudentemente, 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 ex art. 24 commi 1 e 2 cost.¹⁵

Sennonché, una riflessione successiva sulla stranezza di una Costituzione che disciplina un meccanismo per produrre risultati senza apparentemente occuparsi della bontà di questi ultimi e lo stimolo ad approfondire l'analisi delle teorie anglosassoni sulla giustizia procedurale¹⁶ mi hanno fatto capire la necessità di un impegno a sviluppare le scarse intuizioni indirizzate in dottrina¹⁷

14. Per l'indicazione di ventiquattro pronunce che a partire dal 1996 fanno riferimento al giusto processo cfr. CECCHETTI, Op. cit., 597, nota 17.

15. Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e "due process of law clause", *Giur. cost.* 1961, 1284; *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 121. Ma si tratta di punto di vista corrente. Vedi già prima COUTURE, La garanzia costituzionale del dovuto processo legale, *Riv. dir. proc.*, 1954, 81 ss. e dopo VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile*. "Due process of Law" e art. 24 cost., Milano, 1970; DENTI, Valori costituzionali e cultura processuale, *Riv. dir. proc.*, 1984, 443 ss. COMOGGIO, *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, 297 e 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 storica comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, Palermo, 1999, 29; FERRARA, Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo, *Rassegna parlamentare*, 1999, 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).

16. Grazie ai lavori di una giovane studiosa: BERTOLINO G., prima *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.

17. Cfr. con particolare vigore TARUFFO, Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 476 s.: "l'ideologia secondo la quale il processo deve

a sostenere che il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre risultati accurati, ossia provvedimenti corretti dal punto di vista della soluzione sia della questione di fatto sia 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 2 dell'art. 111? Non per questo se ne può predicare l'estraneità rispetto alla giustizia della decisione. Contraddittorio e parità delle armi sono garanzie pensate anche¹⁸ allo scopo di far scaturire, grazie alla dialettica processuale, la soluzione giusta

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, 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 inesausta che ancora dovrebbe mettere in mora la dottrina processualcivile". PIVETTI e NARDIN, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, in [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 art. 111 o in altre norme costituzionali riguardanti il processo" Ma vedi altresì DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, vol. III, 7; CARRATTA, Prova e convincimento del giudice nel processo civile, *Riv. dir. proc.*, 2003, 36 e ss.; PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* cit., 63; Per un accenno alla connessione tra giusto processo e dovere di verità delle parti cfr. COMOGGIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, 276.

18. 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, sia dal punto di vista della legittimazione politica delle procedure, sia dal punto di vista della soddisfazione dei partecipanti per la correttezza del trattamento ricevuto. Per indicazioni bibliografiche al riguardo cfr. BERTOLINO G., Op. ult. cit., 62 ss.

delle questioni di fatto e di diritto dedotte nella controversia.¹⁹ Sulla terzietà e imparzialità come garanzie soprattutto indirizzate ad evitare decisioni sbilanciate 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, passata in giudicato 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.²⁰

Ma vi è di più. Il giusto processo ha direttamente, in via autonoma, 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 pura non si attagli al processo giurisdizionale, malgrado i tentativi di alcuni scrittori volti ad accreditarlo, legittimando le procedure soltanto dal punto di vista dell'etica democratica – *audiatur et altera pars* – oltre che della soddisfazione dei partecipanti e del rispetto della loro dignità. La giustizia della procedura indirizzata a dirimere conflitti tra consociati (nei termini dell'art. 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 ottenuto.²¹

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,

19. Di forza epistemica del contraddittorio parla FERRUA, Il "giusto processo", 2. ed., Bologna, 2007, 91 ss.

20. Vale la pena di ricordare che SOLUM, Op. cit., 251 s., distinguendo tra *systemic accuracy* (la generale correttezza statistica dei risultati dell'attività giurisdizionale) e *case accuracy* (la correttezza della soluzione del singolo caso) fa un analogo ragionamento con riguardo alla disciplina della prescrizione, sottolineando come la regola che obbliga, a pena di estinzione del diritto vantato in giudizio, ad iniziare la controversia entro un tempo determinato è di grande aiuto per la prima, mentre la seconda viene salvaguardata dalla opportuna diffusione nel pubblico dei contenuti della disciplina suddetta.

21. Per un'analisi delle teorie anglosassoni della giustizia procedurale basate sull'accuratezza del risultato Cfr. BERTOLINO G., Op. ult. cit., 104 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*, Milano, 1992, 7 ss.

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 l'accuratezza del risultato e l'impossibilità di avere l'assoluta certezza di raggiungerla.²²

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*.

4. (SEGUE): GIUSTO PROCESSO, GIUSTIZIA DELLA DECISIONE E MANCHEVOLEZZE NELLA DISCIPLINA DELLE PROVE

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, cosa impossibile; quanto ad eliminare le fonti di incertezza relative a quella ricostruzione, almeno quelle 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 all'avversario tutta la documentazione rilevante.²³

22. Cfr., per questo rilievo, da ultimo, FERRUA, Il "giusto processo" cit., 67.

23. Per una recente analisi della attuale disciplina della *discovery* inglese, dove vengono evidenziate le caratteristiche della *disclosure*, con l'attenzione rivolta a supposti

In proposito, per quanto riguarda l'inesistenza di un obbligo della parte di dire la verità,²⁴ sia in sede di allegazione dei fatti, sia in sede istruttoria 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 ristretta al processo penale,²⁵ come fondamento del *privilege against self incrimination*,²⁶ senza alcuna stringente necessità di estenderla ai diritti dei privati, come giustamente sottolineano i giuristi anglosassoni.²⁷ Per quanto

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, 35 ss.

24. In un saggio di grande acutezza, *L'avvocato e la verità*, ora in *Il processo civile nello stato democratico*, Napoli, 2006, 131 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'art. 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 (opportunitamente 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*, *The Eyes of Justice* a cura di R. Kevelson, New York 1993, 272 ss.
25. Per una pluralità di ragioni, attentamente esaminate da BERTOLINO G., Op. ult. cit., 162 ss. Né va dimenticato che nel quinto emendamento la stessa costituzione nordamericana restringe al processo penale la portata del principio.
26. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano 1969, vol. II, 236 e 380.
27. Cfr., ad esempio, LANGBEIN, *The historical origins of the privilege against self incrimination at common law*, *Mich. Law Rev.*, 1994, 1047 ss., citato da BERTOLINO G. Op. ult. cit., 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 sfacettatura di una ben più generale garanzia della parte di ogni fenomeno processuale". Così Consolo in *Postilla...sed* (e quando) *magis amica veritas?*,

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 assicuri con sanzioni adeguate l'adempimento del relativo provvedimento del giudice. Senza contare poi l'enorme importanza 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 il discorso si fa in proposito più delicato, il giusto processo esige, in relazione all'accertamento dei fatti, anche l'attribuzione di un potere sussidiario di ammissione *ex officio* dei mezzi prova, oltre i confini oggi disegnati per il processo ordinario, e 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.²⁸ Senza contare poi che secondo altri scrittori l'attribuzione al giudice di poteri istruttori ufficiosi connoterebbe i sistemi processuali ispirati ad un'ideologia e

Corr. giur., 2007, 45. Va peraltro ricordato che anche a parere di Consolo, questa "garantigia" 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.

28. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, *Riv. dir. proc.*, 1960, 562; FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, *ivi.*, 1972, 201 s.; MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 189 ss.

una prassi autoritarie, mentre la mancanza di questi poteri sarebbe propria dei sistemi processuali ispirati ad un'ideologia e una prassi liberali.²⁹

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.³⁰

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.³¹

29. Ultimamente, con particolare vigore in questo senso, MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, trad. it., Napoli, 2002, 102 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 successiva 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 e all'emanazione dei relativi provvedimenti senza il contraddittorio del convenuto; all'estrema rigidità delle preclusioni (cfr. gli artt. 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.

30. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa* cit., 452 ss.

31. *Contra*, ancora recentemente CIPRIANI, *Sulle prove nel processo civile*, ora in *Il processo civile nello stato democratico* cit., 236 s., 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, CIPRIANI, *L'autoritarismo processuale e le prove documentali, Il giusto processo civile*, 2007, 293.

Per quanto riguarda poi il rapporto con l'imparzialità del giudice risulta difficile capire perché mai essa sarebbe messa a rischio dall'attribuzione di poteri ufficiosi in materia di prove, oltretutto sussidiari rispetto all'attività di parte. La circostanza che i poteri in parola siano attribuiti al giudice del dibattimento dall'art. 507 c.p.p. 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.³² Se si colloca la figura del giudice accanto a quella dello storico per illuminarne differenze ed analogie, non si può far a meno di sottolineare che l'imparzialità di quest'ultimo sia messa a rischio dal fatto che sceglie in perfetta autonomia i mezzi di indagine.

Quanto infine alla parità delle armi è ben vero che la Corte costituzionale scrive in un suo recente provvedimento³³ che essa risulterebbe violata in quanto l'esercizio del potere ufficioso, 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 che finiscono con l'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 ufficioso che riapre i termini per le deduzioni probatorie a favore di tutte le parti secondo quanto già previsto dal vecchio terzo comma dell'art. 184 (ora, con la riforma del 2006,

32. E' vero che alcuni studiosi del processo penale ritengono che i poteri di iniziativa probatoria del giudice al dibattimento, anche se non comporta violazione del principio di allegazione e quindi della correlazione tra accusa e sentenza, determina una lesione dell'imparzialità. Cfr., con particolare decisione, MARAFIOTTI, *L'art. 507 c.p.p. al vaglio delle Sezioni unite: un addio al processo accusatorio e all'imparzialità del giudice dibattimentale*, Riv. it. dir. proc. pen., 1993, 829 s.; nonché, con un approccio più prudente, LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, ivi, 1997, 669. Ma al riguardo mi sembrano definitivamente persuasivi i contrari rilievi di FERRUA, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale, Questione giustizia*, 2001, 114 s., e in *Il "giusto processo"* cit., 52, chiaro essendo che l'imparzialità non si può assolutamente ritenere scalfita quando l'esercizio del potere ufficioso si presenta in via sussidiaria rispetto all'attività di parte e senza che sia consentita al giudice la ricerca di prove sulla base di un'autonoma ipotesi ricostruttiva dei fatti. E' forse inutile aggiungere che deve essere assicurata alle parti il diritto alla prova contraria, anche alle parti eventuali, non prese in considerazione dalla normativa, come giustamente sottolinea UBERTIS, *Neutralità metodologica* cit., 26 ss.

33. Cfr. Corte cost. 14 marzo 2003, n. 69 (ordinanza), Giur. It., 2003, 1330 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*.

dall'ottavo comma dell'art. 183).³⁴ Affermare che il provvedimento ufficioso 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, da molto tempo assai autorevolmente criticata³⁵ e ora 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.³⁶

5. IL SIGNIFICATO DELLA CLAUSOLA "REGOLATO DALLA LEGGE"

L'analisi del concetto di "giusto processo" richiede anche un'indagine sulle garanzie che solitamente vengono considerate come la sua unica manifestazione. Dico subito, ma devo ora sottolineare, con esclusivo riferimento a regolazione per legge, contraddittorio, parità delle armi, terzietà e imparzialità del giudice, ragionevole durata, che ritengo di dover insistere³⁷ nella mia interpretazione riduttiva circa il significato e la portata della modifica apportata nel 1999 dal Parlamento al testo dell'art. 111 della Costituzione.

Come già anticipato, a giudizio di alcuni il nuovo testo dell'art. 111 ha, invece, 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.³⁸ 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 scadenze 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 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'art. 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.³⁹

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.⁴⁰

Così, sarebbe incostituzionale, nel nostro Paese, un processo disciplinato in parte tramite regolamenti amministrativi, come avviene in Francia.

34. Cfr. nello stesso senso, TARUFFO, *Poteri probatori cit.*, 479.

35. Cfr. FRANK J., *Courts on trial: myths and reality in American justice*, 3. ed. New York, 1973, 91.

36. Cfr., con riferimento agli Stati Uniti, RESNIK, *Managerial Judges*, 96 *Harw. Law Rev.*, 1982, 446 ss.; MARCUS, *Discovery containment redux*, 39 *Boston Coll. Law Rev.*, 1998, 747 ss.; con riferimento all'Inghilterra ZUCKERMAN, *Reform in the Shadow of Lawyers' Interests*, in *Reform of Civil Procedure* a cura dello stesso e di Cranston, Oxford, 1995, 62 ss.; JOLOWICZ, *The woolf report and the adversary system*, 15 *Civ. Just. Quart.*, 1996, 198 ss. ANDREWS, *A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"*, 19 *Civ. Just. Quart.*, 2000, 23 ss.

37. Malgrado le critiche severe che mi sono state rivolte: cfr. per esempio, LANFRANCHI, *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, 40 ss.

38. Cfr., *infra*, la nota 41.

39. Cfr. al riguardo, in generale, ZAGREBELSKY G., *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Torino 1970.

40. Per una critica di questo punto di vista cfr. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1187, nota 7.

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). A differenza di quanto accade per le corti superiori di *common law*, o per la nostra corte costituzionale – che però non è un organo giurisdizionale in senso proprio – legittimate ad emanare norme di regolazione dei loro processi.⁴¹

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'art. 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 ascrivibili 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 penserebbe 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'art. 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,

41. Insomma, e in parole molto povere: se un giudice pretendesse di emanare delle norme generali e astratte di regolazione del processo non ci si troverebbe di fronte ad una violazione della riserva di legge. Ben peggio, egli emetterebbe un mero *flatus vocis*, alla medesima stregua del privato che emanasse una sentenza *joci causa*.

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, preoccupandoci del c.d. aspetto positivo della riserva di legge, che entrerebbe in considerazione nei "rapporti tra riserva di legge e potere giudiziario".⁴² 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.

6. (SEGUE): GIUSTO PROCESSO E PROCEDIMENTI CAMERALI

Appunto, il diritto di difesa. Un nervo scoperto della cultura accademica si trova all'origine dell'incrocio tra la tematica dei procedimenti camerali 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.⁴³ Qualunque strumento può sembrar buono per esorcizzarlo. Perché non approfittare anche della novità rappresentata dal nuovo testo dell'art. 111, avanzando un argomento come quello fin qui analizzato?

Certo, devo riconoscere che la disciplina di alcuni procedimenti camerali, specie in materia di famiglia, è fonte di problemi, anche relativamente alle garanzie costituzionali.⁴⁴

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

42. Cfr. CECCHETTI, voce cit., 612, ed ivi riferimenti bibliografici alla nota 115.

43. Tra gli scritti più significativi contrari agli interventi di sommarizzazione del processo mi limito a ricordare gli antesignani LANFRANCHI, La cameralizzazione del giudizio sui diritti, *Giur. it.*, 1989, IV, c. 332 ss. e CERINO CANOVA, Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria, *Riv. dir. civ.*, 1987, 475 ss.

44. Preoccupazioni al riguardo circolano da tempo. Cfr., per tutti, da ultimo PROTO PISANI, Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori, *Questione giustiziale*, 2000, 467 ss.

provvedere tipica di gran parte dei procedimenti camerali (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 camerali, stucchevoli quando vengano declamate in generale, senza un'analisi accurata delle relative situazioni processuali.

Nella grande maggioranza dei casi i procedimenti camerali 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, essendosi 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 ordinario⁴⁵ e come, di conseguenza, l'attendibilità dei risultati istruttori e, correlativamente, le probabilità di giustizia del provvedimento siano addirittura superiori.⁴⁶

Piuttosto, la cognizione si può definire come informale o, se si preferisce, deformalizzata.⁴⁷

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.⁴⁸

45. TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1992, vol. III, t. 2, sez. I, 468.

46. PROTO PISANI, Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice), *Riv. dir. civ.* I, 1990, 393 ss.

47. DENTI, I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1105.

48. 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, Milano, 2001, 41, che afferma come il giusto processo non possa dirsi violato perché ci si trova in presenza di un processo a ridotta

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.⁴⁹ 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.⁵⁰

Inutile aggiungere che la violazione di questi principi da parte del giudice di merito rende il suo provvedimento ricorribile ex art. 111 Cost. alla corte di

rigidità formale. Contra, PROTO PISANI, Giusto processo e valore della cognizione piena, *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 280; ID, Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile, *Foro It.*, 2000 V, c. 242 s., 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, ecc.) non è conforme a Costituzione se applicato per la tutela giurisdizionale (destinata a sfociare nel giudicato formale e sostanziale) dei diritti o status" e, particolarmente, (Cfr. *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori* cit., 467 ss.) se applicato a procedimenti a tutela dei minori suscettibili di incidere su situazioni soggettive forti quale la potestà parentale; nello stesso senso v. anche CIVININI, Il nuovo art. 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, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile"*, ivi, 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'art. 111 Cost., 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 art. 47 quater d.leg. 20 marzo 1998 n. 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.

49. Per un'analisi di questa giurisprudenza cfr. CARRATTA, I procedimenti camerali-sommari in recenti sentenze della Corte costituzionale, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, 1049 ss.

50. 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, 565.

cassazione (per nullità del procedimento dopo la recentissima riforma dell'art. 360 c.p.c. che estende al ricorso straordinario la proponibilità di tutti i motivi).

7. RINUNCIABILITÀ AL CONTRADDITTORIO E RINUNCIABILITÀ ALLA MOTIVAZIONE DEI PROVVEDIMENTI

Il comma 2 dell'art. 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".

Cominciamo con l'essere indulgenti e leggiamo la norma come se dicesse: ogni processo deve potersi svolgere...ecc. ecc., altrimenti dovremmo addirittura dubitare del processo in contumacia.⁵¹

Immaginiamo un processo per decreto ingiuntivo (o per decreto penale) dal momento della proposizione del ricorso al momento dell'emanazione del provvedimento di condanna. Ci troviamo di fronte ad un processo che non si è svolto (nel senso che non si è potuto svolgere) 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'art. 111.

Ma un simile risultato interpretativo non può venire accolto.

Di fronte all'apparente stringenza del sillogismo sopra riferito, sembra esistere un solo modo di salvare la letteralità del dettato costituzionale 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 (meglio: sia strutturato in modo da potersi svolgere) nel contraddittorio. E' sufficiente che il contraddittorio sia garantito al convenuto, anche in un momento successivo al provvedimento di condanna emesso nei

51. Vizio antico la scarsa precisione semantica in questa materia. Mi riferisco alla determinazione del principio del contraddittorio nell'art. 111 c.p.c., dove il legislatore dice che "il giudice... non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta... non è comparsa".

suoi confronti. In altre parole, la garanzia è rinunciabile (implicitamente), non solo a seguito del comportamento del convenuto regolarmente citato che preferisce non comparire in un giudizio ordinario, ma anche a seguito della mancata proposizione dell'opposizione in un processo per decreto ingiuntivo. Insomma, la garanzia del contraddittorio è rinunciabile ad opera della parte a cui favore è prevista, come vediamo accadere anche il altre fattispecie (basti pensare al nostro patteggiamento, ovvero al *guilty plea* nordamericano).⁵²

Questa ovvia conclusione avvalorata una particolare interpretazione di altro comma dell'art. 111.⁵³

L'interprete che voglia mantenere l'interna coerenza del proprio agire, nel momento in cui, di fronte al testo del secondo comma dell'art. 111 Cost., ammette la legittimità del procedimento per decreto ingiuntivo con eventuale successivo contraddittorio a richiesta, dovrà ammettere anche la legittimità della motivazione a richiesta del provvedimento giurisdizionale civile (di primo grado), di fronte al testo del sesto 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.

Occorre riflettere sui destinatari della garanzia. Va ritenuta insostenibile un'interpretazione che ne ritenga destinatari tutti i cittadini, interessati al

52. 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'art. 164 la nullità della citazione per mancato avvertimento che il convenuto non costituendosi in cancelleria incorre nelle decadenze previste dall'art. 167, e non prevede invece all'art. 641 primo comma, alcuna sanzione per mancato avvertimento all'ingiunto circa il termine per proporre opposizione. Per quanto riguarda poi i fondati dubbi di legittimità, malgrado la giurisprudenza contraria della Corte costituzionale, che investono la disciplina della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo rimando a CONSOLO, *Del vaglio alla stregua dell'art. 111 Cost. "potenziato" dei non troppo "equi" artt. 649 e 655 c.p.c. ed in genere del procedimento monitorio*, *Corr. giur.* 2001, 815 ss. specie p. 817.

53. CHIARLONI, *Accesso alla giustizia e uscita dalla giustizia*, *Doc. giust.*, 1995, n., 1-2, c. 40; Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186 quater c.p.c., *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 519 s.

controllo "democratico" dell'attività giurisdizionale civile di merito in primo grado attraverso la conoscenza della motivazione delle sentenze. Malgrado le sentenze siano formalmente pubbliche, 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 giacciono negli archivi, oggetto rarissimo delle curiosità scientifico-statistiche di qualche ricercatore dotato di pazienza e buona volontà, oltre che della necessaria autorizzazione ministeriale.

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, con riferimento ai gradi superiori di giudizio e in particolare al 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 davvero questa è la funzione reale della garanzia (e se si vuole oggi mantenere la 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 intendano impugnare 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.⁵⁴

54. *Accesso alla giustizia* cit., loc. cit. Per una tempestiva autocritica di questo punto di vista cfr. *Valori e tecniche* cit., 523, dove osservavo come nel processo ordinario, anche se la fase

8. TERZIETÀ E IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE

"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 carriere tra funzione requirente e funzione giudicante che determinerà sicuramente un prossimo riaccendersi della relativa ormai annosa polemica, probabilmente non sopita dalla recentissima riforma dell'ordinamento giudiziario.⁵⁵

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 diverso parere manifestato in dottrina.⁵⁶

decisoria occupa più di metà della durata, molto tempo viene assorbito 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 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 incombenti 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 Brigialoca 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").

55. Così FERRUA, *Il "giusto processo"* cit., 53.

56. *Contra*, nel senso che il nuovo secondo comma dell'art. 111 rappresenterebbe una novità di particolare importanza, cfr. SCARSELLI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e l'imparzialità del giudice nel processo civile*, *Questione Giustizia*, 2000, 82.

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 per prevenzione "determinata da atti compiuti nel procedimento" su una regola tanto semplice quanto tradizionale. Ai sensi dell'art. 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 astenere 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, ancorché 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'art. 34 del nuovo codice di procedura penale è diventato irriconoscibile 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.⁵⁷

Insomma, non solo non c'è niente di nuovo per quanto riguarda la garanzia dell'imparzialità. Bisogna aggiungere che già la precedente giurisprudenza della Corte ha notevolmente esagerato, infilandosi per un percorso – cosa che avviene con una certa frequenza – dove alla tutela attenta delle garanzie fondamentali si sovrappongono scelte di mera opportunità, che dovrebbero essere lasciate al legislatore ordinario.

Fortunatamente, per quanto riguarda il processo civile la Corte è sembrata molto più prudente. Ci si poteva aspettare (qualcuno se lo augurava ed è rimasto deluso)⁵⁸ che venisse stabilita anche qui l'incompatibilità a conoscere del merito nei confronti del giudice investito di una domanda cautelare. Invece con la sentenza 326 del 1997⁵⁹ la Corte ha respinto il relativo incidente. Non si è fatta cogliere dal demone della generalizzazione indebita argomentando esclusivamente sulla base della analogie strutturali. Ha giustamente sottolineato l'incommensurabilità di principio dei valori in gioco tra processo civile e processo penale (la libertà da un lato e la proprietà in senso largo dall'altro).⁶⁰ Ha rilevato poi (ma qui l'argomento è a mio avviso insufficiente,

57. 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 cfr. TARZIA, Il processo di fallimento e l'imparzialità del giudice, *Riv. dir. proc.*, 1997, 24 ss.

58. Cfr., SCARSELLI, Terzietà del giudice e Corte costituzionale, *Foro it.*, 1998, I, 1007.

59. *Giust. civ.*, 1998, I, 20.

60. Sembra contrario a far leva su questa differenziazione VIGNERA, che dopo aver ricordato le numerose pronunce in tema di incompatibilità che hanno profondamente inciso

in quanto sommaria comunque rimane) sulla differenza della cognizione, più approfondita nel caso delle misure cautelari penali. Rimane comunque il risultato, opportuno, per cui, almeno nel processo civile, una delibazione sommaria rivolta ad un provvedimento connotato dalla provvisorietà non rende incompatibile per il merito il giudice che l'ha operata. Attenzione: anche se nel singolo caso (prove schiacciati dell'attore, inesistenti o deboli difese del convenuto) la cognizione è stata piena.⁶¹

E' vero che con alcune successive pronunce interpretative di rigetto il giudice delle leggi ha suggerito come interpretazione costituzionalmente orientata alcune incompatibilità per prevenzione anche nel settore del processo civile. Ma si tratta di situazioni diverse, dove il provvedimento dato dal giudice poi incompatibile non è provvisorio e viene emanato a seguito di una cognizione piena, anche se deformalizzata. Così, questa volta opportunamente, la Corte ha ritenuto che il giudice che emanato il decreto di repressione della condotta antisindacale non può conoscere dell'opposizione⁶² e che sempre dell'opposizione non possa conoscere il giudice il quale ha fatto parte del collegio che ha dichiarato il fallimento.⁶³

9. 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

sull'art. 344 c.p.p. parla di "mortificazione" della garanzia della terzietà del giudice civile nella recente giurisprudenza costituzionale. Cfr. *La garanzia costituzionale della terzietà del giudice civile*, in [www.ambientediritto.it].

61. Parzialmente contrario mi sembra CONSOLO, Il giudice cautelare non diviene in via generale incompatibile a statuire sul merito secondo la Consulta, *Giur. it.*, 1998, 410, nota alla sentenza 326/1997. Pur condividendone il contenuto, l'a. ravvisa un'ipotesi di astensione per gravi motivi di convenienza ai sensi dell'art. 52 secondo comma c.p.c. (non obbligatoria e quindi senza determinare l'incompatibilità in senso forte che dà luogo alla ricsuzione) quando "il giudice cautelare ante causam abbia dovuto spingere il suo esame fino ad una valutazione ex professo del merito".

62. CORTE COST. 15 ottobre 1999, n. 387, *Foro it.*, 1999, I, 3441, con nota di SCARSELLI, *La consulta detta le nuove regole sull'incompatibilità del giudice nel processo civile*.

63. Corte cost. 23 dicembre 2005, n. 460, *Foro it.*, 2006, I, 639 con nota di FABIANI, *Terzietà del giudice fallimentare: sintonie e asimmetrie fra Consulta e legislatore e in Fallimento*, 2006, 511 con nota di TISCINI, *Opposizione alla sentenza di fallimento e terzietà del giudicante*. La corte di cassazione è invece ferma nel ritenere insussistente l'incompatibilità. Cfr. da ultimo, Cass., sez. I, 19-09-2000, n. 12410, con nota critica di SCARSELLI, *Brevi note sul giusto processo fallimentare*, *Foro it.* 2001, I, 114 ss.

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*,⁶⁴ dopo aver in passato consentito l'introduzione di tentativi obbligatori di conciliazione osservando che essi non incidono in modo marcato sui tempi processuali.⁶⁵

Ora la clausola finale del secondo comma dell'art. 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'art. 6 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,⁶⁶ 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'art. 111 si adegua nel suo dettato al tipo di controllo svolto dalla Corte costituzionale. Essa, a differenza della Corte europea,⁶⁷ "non può sindacare la durata del singolo processo ma esclusivamente disposizioni che prevedano tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue, non giustificate da garanzie difensive".⁶⁸

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'art. 24, comma 1.° Cost., una qualche piccola utilità potrà venir ricavata dalla nuova disposizione. Alla luce del suo chiaro e diretto enunciato, per esempio, potremo sperare che la

64. Corte cost. 22 Ottobre 1999, n. 388, in tema di legittimità dell'art. 696 c.p.c., dove troviamo scritto che l'effettività della tutela giurisdizionale implica la durata ragionevole del processo. La si può leggere in *Giur. it.*, 2000, 1127 ss., con nota di DIDONE, *La Corte costituzionale, la ragionevole durata del processo e l'art. 696 c.p.c.*

65. Cfr., ad esempio Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 82, *Giur. it.*, 1992, I, 1, 1843.

66. FERRUA, *Il "giusto processo"* cit., 54.

67. E a differenza delle Corti d'appello cui la c.d. legge Pinto, emanata 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'art. 6 della Convenzione. Le Corti italiane si trovano così oberate di processi per irragionevole durata, con il pericolo che anche nei confronti di questi ultimi venga in futuro chiesto il risarcimento per violazione dell'art. 6 della convenzione.

68. FERRUA, *Op. loc. ult. cit.*

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'art. 24, l'art. 97 che sancisce il principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione. Le norme ordinarie finora inutilmente impugnate (a causa di una severità eccessiva nella valutazione della rilevanza) 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.

FONTI – Art. 111 cost., mod. dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

10. LETTERATURA

ALLISON, *Ideology, prejudice, and process values*, in *New England Law Review*, 1994, 657 ss.; ANCONA, Sul "giusto processo" ovvero della giustizia e della verità nel processo, in [www.filosofiadeldiritto.it]; ANDRIOLI, La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto, *Temi Rom.*, 1964, 444 ss.; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; BAYLES, *Procedural justice, allocating to individuals*, Dordrecht, 1990; BESSO MARCHEIS, Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1991, 1119 ss.; BONE, Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness, *Boston University Law Review*, 2003, 485 ss.; BOUDON, *Il vero e il giusto*, Bologna, 1997 (1995), 270 ss.; BOVE, Art. 111 Cost. e "giusto processo civile", *Riv. dir. proc.*, 2002, 479 ss.; BRACCIALINI, Garanti o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo, *Questione giustizia*, 2005, 1208 ss.; CAIANIELLO, Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione, *Riv. dir. proc.*, 2001, 42 ss.; CALAMANDREI, Processo e giustizia, *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 282 ss.; Id., Linee fondamentali del processo inquisitorio, *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 145 ss.; CAPONI e PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001; CAPPELLETTI, Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e "due process of law clause", *Giur. cost.*, 1961, 1284 ss.; Id., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962; Id., Iniziative probatorie e basi pregiudiziali della struttura del processo, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, 155 ss.; Id., I diritti costituzionali delle parti nel pro-

cesso civile italiano, *Riv. dir. proc.*, 1971, 604 ss.; CAPPONI, Il giusto processo civile e la riforma dell'art. 111 Cost., *Il giudice di pace*, 2000, 203 ss.; Id., *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile* a cura di CAPPONI e VERDE, Napoli, 2002, 21 ss.; CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, *Studi in onore di Enrico Redenti*, II, Milano 1951, 695 ss.; CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995; Id., Prova e convincimento del giudice nel processo civile, *Riv. dir. proc.*, 2003, 27 ss.; CAVALLONE, I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile. Premessa storico-critica, *Studi Parmensi*, 1980, 23 ss.; CECCHETTI, Giusto processo, in questa *Enciclopedia*, Aggiornamento, V, 595 ss.; CELANO e OTTONELLI, *Presentazione, numero monografico Giustizia e procedure*, *Ragion Pratica* a cura di B. CELANO e V. OTTONELLI, 1997, 12 ss.; CERAMI, "Aequum iudicium" e "giusto processo", *Il giusto processo nell'esperienza storico comparatistica*. Palermo, 11 ss.; CHIARLONI, Riflessioni sul giudizio di fatto nel processo civile, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 836 ss.; Id., Processo civile e verità, *Questione giustizia*, 1987, 504 ss.; Id., La semplificazione dei procedimenti probatori, *Riv. dir. civ.*, 1989, I, 737 ss.; Id., Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile, *Riv. dir. proc.*, 2000, 1010 ss.; Id., Giusto processo e fallimento, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 493 ss.; Id., Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile, *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 498 ss.; CHIAVARI, "Cultura italiana" del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e spunti per una microstoria, *Riv. int. dir. uomo*, 1990, 433 ss.; CHIOVENDA, Progetto di riforma del procedimento civile, *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 113 ss.; CIVININI, Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie, *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* (Atti del Convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, Milano, 2001, 271 ss.; Id., Verso un processo senza giudice? (ovvero, la durata dei processi e il ruolo del giudice civile), *Questione Giustizia* 2001, 631 ss.; COFFEE Jr., The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action, *Univ. of Chicago Law Rev.*, 1987, 877 ss.; COHEN, Pluralism and Proceduralism, *Chicago-Kent Law Review*, 1994, 589 ss.; COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970; Id., Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale, *Riv. dir. proc.*, 1976, 70 ss.; Id., I modelli di garanzia costituzionale del processo, *Scritti in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, I, 297 ss.; Id., Regole deontologiche e doveri di verità nel processo, *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 128 ss.; CONSOLO, Il giudice "terzo" e "imparziale", *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in*

materia civile a cura di CAPPONI e VERDE, Napoli, 2002, 73 ss.; CONTE, Considerazioni sui riflessi della riforma dell'art. 111 Costituzione nel processo civile, *Questione Giustizia*, 2001, 426 ss.; COSTANTINO, Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo), *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 77 ss.; ID., Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie, in *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* (Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, cit., 255 ss.; COUTURE, La garanzia costituzionale del dovuto processo legale, *Riv. dir. proc.*, 1954, I, 81 ss.; DAMASKA, I volti della giustizia e del potere, trad. it., Bologna, 1991; ID., *Evidence Law adrift*, London, 1997; DE CECCO, Case management, la riforma del processo civile in California, *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* (Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, cit., 225 ss.; DENTI, L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971; ID., Valori costituzionali e cultura processuale, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* a cura di PIZZORUSSO e VARANO, II, Milano, 1985, 814 ss.; ID., Armonizzazione e diritto alla prova, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 673 ss.; ID., Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo, *Sistemi e riforme*, Bologna 1999, 173 ss.; DIDONE, Appunti sul giusto processo di fallimento, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile* a cura di CAPPONI e VERDE, Napoli, 2002, 103 ss.; DWORKIN, Principle, policy, procedure, *A matter of principle*, Cambridge, 1986, 72 ss.; FABBRINI, Potere del giudice (diritto processuale civile), in questa *Enciclopedia*, XXXIV, 721 ss.; FAZZALARI, L'imparzialità del giudice, *Riv. dir. proc.*, 1972, 193 ss.; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000; FERRARA, Garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo, *Rass. parl.*, 1999, 539 ss.; FERRER BELTRAN, Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali, *Ragion pratica*, 2003, 144 ss.; FERRUA, Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale, *Questione giustizia*, 2001, 1114 ss.; ID., La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrilevanza probatoria delle contestazioni, *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* a cura di KOSTORIS, Torino, 2002, 34 ss.; ID., *Il giusto processo*, Bologna, 2005; FRANK, *Courts on trial: myths and reality in american justice*, Princeton, 1973; FRISON-ROCHE, Incidents de procédure. Obligation de concourir à la manifestation de la vérité, *Juris classeur, Procédure civile*, 1999, fasc. 620; GAETA, Del giusto processo civile, *Questione Giustizia*, 2001, 917 ss.; GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996; GIANFORMAGGIO, Il gioco della giustificazione: osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica, *Materiali per una storia della*

cultura giuridica, 1984, 475 ss.; ID., La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione, *Ricerche di giurisprudenza analitica, Analisi e diritto* a cura di COMANDUCCI; GUASTINI, Torino, 1994, 153 ss.; GIULIANI, La procedura: tra logica, etica ed istituzioni, *Laws and Rights* a cura di V. FERRARI, Milano, 1991 ss.; GRASSO, La collaborazione nel processo civile, *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.; GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972; GUASTINI, Il giudice e la legge, *Analisi e diritto*, Torino, 1995, 11 ss.; GUSTAFSSON, On Rawls's distinction between perfect and imperfect procedural justice, *Philosophy of the Social Sciences*, 2004, 300 ss.; HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1981; HAY, Procedural Justice -Ex Ante vs. Ex Post, *UCLA Law Rev.*, 1997, 1803 ss.; JOLOWICZ, Rapport anglais, *Verité et justice (La vérité et le procès), La vérité et le droit. (journées canadiennes). Travaux de l'association H. Capitant*, Paris, 1987, 547 ss.; KOHL, *Procès civil et sincérité*, Liège, 1971; LANFRANCHI, Giusto processo (processo civile), in *Enc. giur.*, X, 2001; LANGBEIN, The historical origins of the privilege against self incrimination at Common Law, *Michigan Law Review*, 1994, 1047 ss.; *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli* a cura di GIANFORMAGGIO, *Analisi e Diritto*, Torino, 1993; LIEBMAN, Fondamento del principio dispositivo, *Riv. dir. proc.*, 1960, 551 ss.; LIND; TYLER, *The social psychology of procedural justice*, New York, 1988; LUCIANI, Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia), *Politica del diritto*, 1998, 365 ss.; LUISO, Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 57 ss.; MACHURA, *Introduction: Procedural Justice, Law & Policy*, 1988, 1 ss.; MAZZARESE, Forme di razionalità delle decisioni giudiziali, *Analisi e diritto*, Torino, 1996, 126 ss.; MONTELEONE, Il giusto processo civile, *Il giusto processo nell'esperienza storico comparatistica*, Palermo, 1999, 83 ss.; ID., Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost., *Giust.civ.*, 2001, 523 ss.; MONTESANO, Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile, *Riv. trim.dir. proc.civ.*, 1978, 543 ss.; ID., La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via, *Riv. dir. proc.*, 2000, 929 ss.; ORIANI, L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 121 ss.; PIVETTI, Per un processo civile giusto e ragionevole, *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* (Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, cit., 55 ss.; PIVETTI e NARDIN, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, in www.magistraturademocratica.it, Dicembre 2005; PROTO PISANI, Note in tema di diritto sostanziale

e di diritto processuale all'esibizione, *Riv. Dir. Proc.*, 1996, 574 ss.; Id., Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori, *Questione giustizia*, 2000, 467 ss.; Id., Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile, *Foro it.*, 2000 V, 241 ss.; Id., Giusto processo e valore della cognizione piena, *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265 ss.; RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it. a cura di S. MAFFETONE, Milano, 1997; RE, Due process of law, *Enc. giur.*, XII, 1989; RENNIG, Subjective procedural justice and civil procedure, *Procedural justice*, a cura di K.F. ROHL e S. MACHURA (Onati International Institute for the Sociology of Law), Dartmouth, 1997, 207 ss.; RESNICK, *Due process and Procedural Justice*, in *Nomos XVIII: due process* a cura di PENNOCK e CHAPMAN, New York, 1977, 206 ss.; RESTA, Le verità e il processo, *Politica del diritto*, 2004, 369 ss.; RIGHETTI, Giusto processo ex art. 111 Cost. e poteri istruttori officiosi del giudice del lavoro ex art. 421, 2.° comma, c.p.c.: una lettura costituzionalmente orientata della norma, *Diritto&Diritti*, febbraio 2004, e in [www.diritto.it/materiali/lavoro/righetti.html]; ROSENFELD, Per una critica pluralista del proceduralismo contrattualista, *Analisi e Diritto*, 1997, 145 ss.; ROSENFELD, Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law, *Cardozo L. Rev.*, 1996, 791 ss.; RUSSO, Appunti sul tema "terzietà del giudice e principio della domanda nelle procedure concorsuali", *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 157 ss.; SABATO, L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* (Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, cit., 167 ss.; SASSANI, La durata ragionevole del processo civile, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile* a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 85 ss.; SCARSELLI, Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 91 ss.; Id., Il nuovo art. 111 e l'imparzialità del giudice nel processo civile, *Questione giustizia*, 2000, 81 ss.; Id., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile* a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 161 ss.; SERIO, Brevi note sul Due Process of Law, *Il giusto processo nell'esperienza storico comparatistica*, Palermo, 1999, 29 ss.; SOLUM, Procedural Justice, *Southern California Law Review*, 2004, 181 ss.; SUMMERS, *Formal Legal truth and Substantive Truth in Judicial Fact – Finding, Essays in Legal theory*, Amsterdam, 2000, 285 ss.; TARUFFO, Il diritto alla prova nel processo civile, *Riv. dir. proc.*, 1984, 74 ss.; Id., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; Id., Note sulla verità dei fatti nel processo civile, *Le ragioni del garantismo* a cura di Gianformaggio, *Analisi e diritto*, Torino, 1993, 340 ss.; Id., Modelli di prova e di

procedimento probatorio, *Studi in onore di Vittorio Denti*, II, Padova, 1994, 394 ss.; Id., Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, *L'attività del giudice a cura di M. BESSONE, Analisi e diritto*, Torino, 1997, 139 ss.; Id., Giudizio: processo, decisione, *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 165 ss.; Id., Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 452 ss.; TARZIA, Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale, *Riv. dir. proc.*, 1998, 657 ss.; Id., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, ivi, 2001, 1 ss.; TYLER, What is Procedural Justice?: Criteria used by citizens to assess the fairness of legal procedures, *Law & society Review*, 1988, 103 ss.; TONOLLI, Il principio di parità delle armi nell'equo processo e la regola nemo in propria causa testis esse debet, *Riv. Int. Dir. Dell'uomo*, 1996, 307 ss.; TROCKER, Il rapporto processo – Giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei, *Riv. dir. proc.*, 1989, 968 ss.; Id., Il valore costituzionale del "giusto processo", *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* (Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, cit., 36 ss.; Id., *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile* a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 27 ss.; TWINING, *The rationalist tradition of evidence scholarship, Rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 32 ss.; VALLE, Procedimenti speciali, giusto processo, imparzialità del giudice e problemi degli uffici giudiziari, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 203 ss.; VECA, Questioni di giustizia, *Rivista Trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1984, 4 ss.; Id., Sull'idea di giustizia procedurale, *Rivista di filosofia*, 2001, 219 ss.; VERARDI, Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile, *Il nuovo art. 111 della costituzione e il giusto processo civile* (Atti del convegno dell'Elba, 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. CIVININI e C.M. VERARDI, cit., 113 ss.; VERDE, il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 177 ss.; VIDMAR, *The origins and consequences of procedural fairness, Law & Social Inquiry*, 1990, 877 ss.; VIGNERA, Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost., *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1185 ss.; Id., *Il "Giusto processo" nell'art. 111, comma 1, cost.: nozione e funzione*, in [www.ambienteditto.it]; VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. "Due process of Law" e art 24 cost.*, Milano, 1970; Id., La testimonianza della parte nel processo penale e in quello civile: un'antinomia da eliminare, *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 156 ss.; Id., *Due process of law, Studi Senesi*, 1988, supplemento al vol. I, 383 ss.; VIOLA, The judicial truth: the conception of truth in judicial de-

cision, *Cognition and interpretation of law* a cura di GIANFORMAGGIO e PAULSON, Torino, 1995, 203 ss.; VITALE, Purezza o imperfezione? Critica ad un'idea di giustizia procedurale pura, *Sociologia del diritto*, 1988, 21 ss.; WIGMORE, Nemo tenetur seipsum prodere, *Harvard Law Rev.*, 1891, 71 ss.; WROBLEWSKY, The problem of the so called judicial truth, in *Meaning and Truth in Judicial Decisions*, Helsinki, 1983, 180 ss.; ID., Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche, *Etica e diritto* a cura di GIANFORMAGGIO e LECALDANO, Roma, 1986, 204 ss.; ZAGREBELSKY V., Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giustoprocesso"* in materia civile, a cura di CAPPONI e VERDE, cit., 171 ss.; ZINGALE, Diritto alla prova, coerenza normativa e profili di incostituzionalità degli art. 118 e 210 c.p.c., *Giust. civ.*, 2000, I, 2128 ss.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também do mesmo Autor

- Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione, de Sergio Chiarloni – *RePro* 152/87;
- I meccanismi conciliativi, de Sergio Chiarloni – *RePro* 214/251;
- L'arbitrato nel collegato lavoro, con particolare riguardo alla clausola compromissoria, de Sergio Chiarloni – *RePro* 216/145;
- La justicia civil y sus paradojas, de Sergio Chiarloni, traduzido por Juan José Monroy Palacios – *RePro* 215/101;
- La verità presa sul serio, de Sergio Chiarloni – *RePro* 184/273;
- Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie", de Sergio Chiarloni – *RePro* 212/83;
- Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo, de Sergio Chiarloni – *RePro* 213/193; e
- Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità, de Sergio Chiarloni – *RePro* 176/105.

ACCIONES DE CLASE Y AUTORIDAD ESTATAL

2

SAMUEL ISSACHAROFF

Professor de Direito Constitucional na Escola de Direito da Universidade de Nova Iorque.

Recebido em: 17.12.2012

Aprovado em: 05.02.2013

ÁREA DO DIREITO: Processual

RESUMO: O autor discute, por meio da análise de casos concretos, a interação entre ações coletivas e autoridade estatal. Afirma que estas ações ora desempenham o papel de ameaça, ora de complemento e ora de rival, do poder do Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Processos coletivos – Ações de classe – Função do Estado – Poder regulatório do Estado.

RESUMEN: Acciones de clase tramitadas en los Estados Unidos son analizadas en este trabajo para mostrar las tres funciones de estas acciones frente al Poder Estatal: un desafío directo, un complemento y un rival.

PALABRAS CLAVE: Acciones de clase – Función del Estado – Poder regulatorio del Estado.

SUMARIO: 1. Introducción – 2. Las acciones de clase como un desafío a la Autoridad Estatal – 3. Las acciones de clase como complemento de la Autoridad Estatal – 4. Las acciones de clase como sustituto del ejercicio directo de la Autoridad Estatal – 5. Conclusión.