

REVISTA DE PROCESSO

Ano 29 • n. 116 • julho-agosto de 2004

© Edição e distribuição da



**EDITORIA
REVISTA DOS TRIBUNAIS**

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua do Bosque, 820 • Barra Funda
Tel. (0xx11) 3613-8400 • Fax (0xx11) 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil
Internet: www.rt.com.br
e-mail: editorial.revista@rt.com.br

Diretor Responsável: CARLOS HENRIQUE DE CARVALHO FILHO

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-702-2433
(ligação gratuita, de segunda a sexta-feira, das 8 às 17 horas)

e-mail do atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Diagramação eletrônica e revisão: Microart Comércio e Editoração Eletrônica Ltda.
CNPJ 03.392.481/0001-16

Impressão e acabamento: Prol Editora e Gráfica Ltda.
CNPJ 52.007.010/0001-52

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

COLABORADORES	9
1. DOUTRINA NACIONAL	
1.1 Regras de prova no Código Civil – E. D. MONIZ DE ARAGÃO	11
1.2 Eficácia da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil – JOÃO BATISTA LOPES	29
1.3 Assistência coletiva simples: a intervenção dos substituídos nas ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos – JOAQUIM FELIPE SPADONI	40
1.4 Teoria da exceção: a exceção e as exceções – FREDIE DIDIER JR.	54
1.5 Da natureza executiva do procedimento monitorio – ORLANDO VENÂNCIO DOS SANTOS FILHO	67
1.6 Ação de dissolução da sociedade limitada – GRACIELA I. MARINS	85
2. DOUTRINA INTERNACIONAL	
2.1 Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa – LUIGI PAOLO COMOGLIO	97
3. ATUALIDADES NACIONAIS	
3.1 Considerações sobre a liquidação de sentença coletiva na proposta de Código Modelo de processos coletivos para Ibero-América – LUIZ RODRIGUES WAMBIER	159
3.2 Aparentamentos sobre a defesa do executado no “cumprimento da sentença” – SANDRO GILBERT MARTINS	169
3.3 A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do direito – ELIZABETH CRISTINA CAMPOS MARTINS DE FREITAS	181
3.4 Tutela antecipada do pedido incontroverso: estamos preparados para a nova sistemática processual? – JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO	207
4. ATUALIDADES INTERNACIONAIS	
4.1 A aproximação recíproca dos diversos ordenamentos jurídicos por meio dos Códigos-Modelo. Algumas tendências do processo civil brasileiro moderno – CELSO ANICET LISBOA	231

2. DOCTRINA INTERNACIONAL

2.1

IL "GIUSTO PROCESSO" CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA*

LUIGI PAOLO COMOGGIO

SOMMARIO: 1. Il "giusto processo" in Italia, dopo la riforma costituzionale del 1999. Premesse introduttive – 2. La genesi ideologico-politica e culturale delle nuove garanzie – 3. I valori fondamentali del processo "dovuto" ed "equo", nelle tradizioni di diritto comparato e nelle Convenzioni internazionali – 4. Il processo "giusto", nei Paesi dell'Unione europea e nella Carta europea dei diritti – 5. Il "giusto processo", nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana, sino al 1999 – 6. Il nuovo art. 111 della Costituzione italiana, nelle prime tendenze interpretative – 7. *Segue:* Il "giusto processo regolato dalla legge" – 8. *Segue:* Il contraddittorio delle parti, in condizioni di parità – 9. *Segue:* Il giudice "terzo" e "imparziale" – 10. *Segue:* La "ragionevole durata" di ogni processo – 11. Rilevi conclusivi.

1. Il "giusto processo" in Italia, dopo la riforma costituzionale del 1999. Premesse introduttive

Come ho già avuto occasione di segnalare ai colleghi ed amici dell'area ispano-latinoamericana,¹ le novità costituzionali verificatesi in Italia nel novembre del 1999 hanno prospettato agli studiosi del mio Paese la necessità di riprendere in esame – se non in una prospettiva oggettivamente nuova, quantomeno in una nuova luce – il tema del "giusto processo", che è tanto caro anche alle legislazioni ed alla scienza processuale di quell'area.²

¹ Relazione presentata alle *Jornadas brasileiras de direito processual civil*. Fortaleza, il 9 agosto 2001.

Riprendo qui parzialmente, ma con molteplici variazioni ed aggiunte, alcuni temi già analizzati, con riguardo all'art. 111 Cost., nello studio "Le garanzie fondamentali del 'giusto processo'", *Nuova Giur. Civ.*, 2001, vol. II, p. 1-33, e *Jus*, 2000, n. 3, p. 335-381.

² Comoglio, "Codici modello e 'giusto processo'", *Roma e America. Diritto romano comune*, 9/2000, Modena, 2000, p. 323-328 (Intervento redatto per gli Atti del Colloquio Internazionale di Roma, 7-9 settembre 1999, "Processi di integrazione e soluzione delle controversie: dal contenzioso fra gli Stati alla tutela dei singoli. Europa e America").

³ Mi riporto, per ampi particolari ed approfondimenti, allo studio che ebbi a predisporre per le *Jornadas brasileiras de direito processual civil*, Brasília, il 10-14 agosto 1997,

Per una migliore informazione, credo sia opportuno ricordare i tentativi di riforma intrapresi con il progetto di revisione della Parte II della Costituzione italiana del 1948, che fu discusso ed approvato nel 1998 dalla Commissione Bicamerale, istituita con l. cost. 24 gennaio 1997, n. 1.³ Appare, infatti, di

sul tema generale "Os modelos de garantias constitucionais do processo". Cfr.: Comoglio, "Garanzie costituzionali e 'giusto processo' (modelli a confronto)". *Revista de Processo* 23/95-150, abr.-jun. 1998, e *Revista de Direito Comparado*, n. 2, vol. 2, p. 259-322, mar. 1998; Id., "Valori etici e ideologie del 'giusto processo' (modelli a confronto)". *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 887-938, 1998.

Per ulteriori considerazioni sul tema, cfr. ancora Comoglio, "I modelli di garanzia costituzionale del processo", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 673-741, 1991, e *Studi in onore di V. Denti*, Padova, 1994, vol. I, p. 297-381.

Mi piace, qui, richiamare espressamente alcuni fra i più autorevoli e significativi contributi, nella scienza latino-americana, sul tema del *proceso justo y razonable*, in correlazione con le nozioni di *debido proceso legal* e di *debido proceso legal*. Argentina: A. M. Morello, "Constitución y proceso". *La nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. Buenos Aires: La Plata, 1998, p. XIII-XXII, 3-422; Id., "El proceso justo (de la teoría del debido proceso legal al acceso real a la Jurisdicción)". *Studi in onore di V. Denti*, cit., p. 467-491; R. O. Berizzone, *Derecho procesal civil actual*, con *Prólogo* di A. M. Morello. Buenos Aires: La Plata, 1999, p. 5-729, sp. p. 157-167. Messico: J. Ovalle Favela, *Garantías constitucionales del proceso (Artículos 13, 14 16 y 17 de la constitución política)*. México: McGraw, 1996, p. IX-327, sp. p. 287-292. Brasile: J. C. Barbosa Moreira, "Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution brésilienne". *Festschrift für K. H. Schwab*. München, 1990, p. 33-41; C. R. Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo, 2000, vol. I, sp. p. 430-439; C. A. Barbi, "A Constituição brasileira de 1988 e o processo civil". *Studi in onore di V. Denti*, cit., vol. I, p. 241-256; A. Pellegrini Grinover, "Le garanzie del processo civile nella nuova Costituzione brasiliana". *Riv. Dir. Proc.*, p. 479-487, 1989. Spagna, infine: Esparza Leibar, *El principio del proceso debido*. Barcelona, 1995, p. 9-258, sp. p. 67 ss.; Vallespín Pérez, *Las garantías constitucionales en el proceso civil*. Tesis doctoral, Barcelona, 1996, p. 1-941.

⁽³⁾ Per un inquadramento storico-sistemático di questo organo parlamentare e dei suoi poteri, che erano tassativamente circoscritti dall'art. 1, 4° comma, della I. Cost. 1/1997 alla revisione della sola Parte II della Costituzione, cfr. Pizzorusso, *La Costituzione ferita*. Bari, 1999, p. 62-68; Di Giovine, "Note sulla legge costituzionale n. 1 del 1997". *Quaderni costituzionali*, 1997, 381 ss. Con riferimento specifico al cit. art. 130 ed alle garanzie correlate, cfr. ancora Comoglio, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"* ..., cit., p. 911-916; Id., "Il doppio grado di giudizio nelle prospettive di revisione costituzionale". *Riv. Dir. Proc.*, p. 317-334, 1999; Tarzia, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, ibid. 1998, p. 657-672 (questi due ultimi scritti sono altresì pubblicati nel vol. *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale*, *Atti del XV Convegno di studio*, organizzato dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale in Courmayeur, dal 19 al 21 giugno 1998, Milano, 1999, p. XIV-190).

Con riguardo alle garanzie per il processo penale, cfr. pure Nicosia, Palazzo, Ubertis, Spangher, "Le riforme costituzionali proposte dalla commissione bicamerale", *Dir.*

preliminare interesse un raffronto testuale tra la norma che avrebbe potuto essere varata (ma non lo fu) e quella che poi è stata, in effetti, trasfusa nella previsione costituzionale oggi in vigore.

L'art. 130, 1° comma, di tale progetto (con riferimento specifico al processo civile ed ai processi comunque diversi da quello penale)⁴ così prevedeva:

- "la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza";
- "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a giudice terzo";
- "la legge ne assicura la ragionevole durata".

L'art. 111 Cost., dopo le innovazioni introdotte dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, per il processo in genere (ed, in particolare, per i processi diversi da quello penale)⁵ così sancisce:

Pen. e Proc., 1998, p. 33 ss. Più in generale: De Pascalis, "Giustizia, commissione bicamerale e riforme costituzionali". *Legalità e giustizia*, 1997, 259 ss.; Scotti, "Il testo sulla giustizia approvato dalla commissione bicamerale". *Documenti giustizia*, 1997, 2.183 ss. Per un'ampia raccolta di interventi, di progetti e di proposte, in discussione avanti alla Commissione, cfr.: Costanzo, Ferrari, Floridia, Romboli, Siccardi, *La commissione bicamerale per le riforme costituzionali - I progetti, i lavori, i testi approvati*, Padova, 1998, p. XVI-552; nonché il fascicolo monografico dal titolo "Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali - La giustizia", *Documenti giustizia*, 1997, 643-962.

⁽⁴⁾ Ad processo penale si riferiva, comunque, il 2° comma, con specifiche garanzie (in parte, poi riprese ed ampliate dal nuovo art. 111).

⁽⁵⁾ Al processo penale sono, appositamente, dedicati i commi 3°, 4° e 5°.

Mentre il 3° comma riprende e riproduce sostanzialmente le garanzie già enunciate nell'art. 130, 2° comma, del progetto di revisione del 1997, il 4° ed il 5° comma affrontano il nodo centrale dei problemi insorti a proposito dell'art. 513 c.p.p., così statuendo: "Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore" (4°); "La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato, o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita" (5°).

L'art. 2 della l. Cost. 2/1999 ha demandato al legislatore ordinario il compito di disciplinare l'applicazione dei principi sul "giusto processo" (ed, in particolare, l'attuazione del principio del contraddittorio nella formazione della prova) ai procedimenti penali in corso nel momento della sua entrata in vigore. Dopo il d.l. 7 gennaio 2000, n. 2, conv. in l. 25 febbraio 2000, n. 15, che recava norme transitorie, è sopravvenuta la legge sulle indagini difensive (l. 7 dicembre 2000, n. 397), che realizza - secondo il linguaggio giornalistico in voga - il "processo penale all'americana", rendendo concreta la parità delle armi fra accusa e difesa, soprattutto

– “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” (1.° comma);

– “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”; “la legge ne assicura la ragionevole durata” (2.° comma).

Si tratta di accertare subito – ma mi rendo conto che il quesito, per noi metodologicamente corretto, potrebbe apparire strano ai Collegi di altre esperienze giuridiche (cfr.: *infra*) – se i principi come sopra enunciati possano configurare *norme precettive* di immediata o diretta applicazione per qualsiasi potere statale (ivi compreso, soprattutto, quello giudiziario), oppure *norme programmatiche*, la cui “concretizzazione” attuativa sia necessariamente rimessa, per effetto di una “riserva di legge”, al successivo intervento del legislatore ordinario.⁶

nella fase investigativa e nel reperimento delle fonti di prova. Le garanzie di attiva difesa – che, per il difensore dell'imputato, avevano incontrato un parziale riconoscimento nell'art. 38 disp. att., così come modificato dall'art. 22 della l. 8 agosto 1995, n. 332 – trovano, oggi, previa abrogazione di tale norma, una espressa e diretta collocazione nella disciplina del codice. Si vedano, al di là delle norme opportunamente modificate (artt. 103, 116, 197, 200, 223, 362, 366, 409, 430, 433, 495, 512), le nuove norme inserite nel c.p.p. (artt. 327-bis, 334-bis; Libro V, Tit. VI-bis, artt. 391-bis / 391-decies) dagli artt. 1-18 e 23 della l. medesima, in *Guida al dir.*, n. 1, 13 gennaio 2001, p. 10-17. Infine, è stata promulgata la l. 1.° marzo 2001, n. 63, *ibid.*, n. 13, 7 aprile 2001, p. 1-16, che, con opportune modifiche al c.p.p. ed al c.p., introduce nuove norme in materia di formazione e di valutazione della prova, in attuazione dell'art. 111 Cost.

Sui principi ispiratori della l. Cost. 2/1999, riferita alla giustizia penale, cfr.: Ferrua, “Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione”, *Questione giustizia*, 2000, n. 1, 49-67; *Id.*, “Il giusto processo in Costituzione”, *Diritto e giustizia*, 2000, 5 ss.; *Id.*, *Ottima accoglienza a corte per il “111”*, *ibid.*, 2000, fasc. 39, 36 ss. Per altre riflessioni, sul tema, cfr.: Grevi, “Processo penale, ‘giusto processo’ e revisione costituzionale”, *Cass. pen.*, 1999, 3.318 ss.; *Id.*, *Alla ricerca di un processo penale “giusto”, itinerari e prospettive*. Milano, 2000, p. V-XXIII, 1-357, sp. p. 3 ss., 291-307, 310-357; Corso, “La riforma costituzionale tra attuazione e normativa transitoria”. *Dir. per. e proc.*, 2000, 243 ss.

⁽⁶⁾ Nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale, si intende per *assoluta* la “riserva” che devolve esclusivamente alla “legge” in senso formale la regolamentazione di determinate materie, senza alcuna possibilità di sub-devoluzione parziale ad altre fonti normative subordinate (ad es., ad atti amministrativi o regolamentari), mentre si qualifica come *relativa* quella che devolve alla legge la fissazione dei principi e dei criteri generali, lasciando spazio anche ad una disciplina regolamentare secondaria, di contorno o di dettaglio.

Rientrano, ad es., nella prima categoria la “precostituzione” del “giudice naturale” (art. 25, 1.° comma, Cost.; sul punto, cfr. Corte cost., 7 luglio 1962, n. 88, *Foro it.*, vol. I, p. 1.217-1.218, 1.219, 1962) e, sia pure con taluni margini di eterointegrazione, il principio di legalità del reato e della pena (*nullum crimen sine lege*, art. 25, 2.°-3.° comma; sul punto, ad es., Corte cost., ord., 22 ottobre 1987, n.

Vediamo con ordine. Rispetto alla norma d'origine ed alle proposte del 1997, è facile riscontrare svariate differenze, coincidenze ed omissioni.

Sono anzitutto caduti, nel testo definitivo, che consacra il “giusto processo” come “categoria ordinante” di portata generale, i riferimenti sia ad una possibile varietà tipologica di “processi giusti”⁷, sia ai principi strutturali dell’“oralità”, della “concentrazione” e del’“immediatezza”, che sono propri di un modello processuale di stampo “dibattimentale” (qual è quello configurato, sulla scia delle tradizioni di *common law*, dalle garanzie internazionali del “processo equo”)⁸.

Alla “terzietà” del “giudice” viene inoltre aggiunta nel testo – con un’integrazione non certo priva di risalto e di colore, ma non di facile lettura – l’“imparzialità”.

La “ragionevole durata” di ogni processo rimane, in entrambe le sedi, oggetto di una formale “riserva di legge”, poiché è compito istituzionale del legislatore “assicurarla” con opportuni interventi normativi.

Manca, poi, nell’una e nell’altra versione qualsiasi “copertura” garantistica per la “pubblicità” del processo e delle relative udienze. E tale elemento, come è ben noto, da sempre si pone come coesenziale, nel quadro delle garanzie sulle quali si fonda il “diritto al processo equo”, internazionalmente protetto.⁹

Infine, non è presente – ma l’assenza si può forse spiegare con la collocazione testuale delle nuove norme nella Parte II della Costituzione (cioè, fra le garanzie strutturali che attengono alla giurisdizione, e non già fra le garanzie soggettive o fra i diritti individuali consacrati nella Parte I) – alcun accenno alla *effettività*, che in altri sistemi costituzionali¹⁰ e nei modelli internazionali del “processo

336, *Rep. Foro it.*, 1987, voce “Tributi in genere”, n. 1.036). Ricadono, invece, nella seconda categoria le riserve di legge in materia di imposizione di prestazioni personali o patrimoniali (art. 23 Cost.; cfr., ad es., Corte cost., 10 giugno 1994, n. 236, *Giust. civ.*, vol. I, p. 2.089, 1994), nella regolamentazione del diritto di sciopero (art. 40; cfr., ad es., Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 344, *Foro it.*, vol. I, p. 381-385, 1997) o nell’ambito dell’organizzazione dei pubblici uffici, volta ad assicurare il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione (art. 97, 1.° comma; cfr., ad es., Corte cost., 3 marzo 1989, n. 88, e Corte cost., 9 marzo 1989, n. 102, *Giur. cost.*, vol. I, p. 488, 536, 1989).

⁽⁷⁾ L’accenna a tale pluralità parrebbe, invece, più coerente con l’esigenza di assicurare un’adeguata copertura costituzionale ad una potenziale varietà di modelli processuali “differenziati”, in rapporto alle forme di tutela “differenziata” che siano attuabili per loro tramite (cfr.: *amplius, infra* § 7).

⁽⁸⁾ Sul punto, Comoglio, *Valori etici...*, cit., 897-904. Si veda pure, *infra*, il § 4.

⁽⁹⁾ Si considerino, ad es., i contenuti del *droit à un procès équitable*, secondo l’art. 6, 1.° comma, della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (cfr.: *infra*).

⁽¹⁰⁾ Si pensi, per esempio, all’art. 24, 1.° comma, della Costituzione spagnola del 1978 (“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y

equo"¹¹ viene correttamente riferita non soltanto al diritto individuale di *azione* o di *accesso alle corti*, ma anche alle *forme di tutela* (o, se si preferisce, ai *rimedi*) che, con l'esercizio di quel diritto, chiunque dovrebbe essere in grado di "domandare" e di "ottenere" dal giudice adito.¹²

Né tantomeno – presumibilmente, per la stessa esigenza sopra ricordata, che vede le corrispondenti statuizioni già incorporate in altrettante garanzie individuali, site nella Parte I della Costituzione – si coglie alcuna trasposizione semantica, od alcun riflesso anche indiretto, sul piano strutturale, non soltanto del concetto di *difesa*, che l'art. 24, 2.º comma, ha enunciato *ab origine* quale

tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión"; corsivo aggiunto).

Ma si aggiunga, per acute precisazioni, che pongono la norma all'avanguardia nel panorama comparatistico, l'art. 15 della Costituzione della Provincia di Buenos Aires, del 1994, il quale così dispone: "La Provincia asegura la *tutela judicial continua y efectiva*, el *acceso irrestricto a la justicia*, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial (1.º comma; corsivo aggiunto). – Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave" (2.º comma).

Cfr., ad es., sin da ora: l'art. 8 della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo, del 1948 (sul *right to an effective remedy*); l'art. 13 della Convenzione europea per la salvaguardia delle libertà fondamentali e dei diritti dell'uomo, del 1950 (sul *droit à un recours effectif*); ed infine, come si vedrà meglio *infra* nel § 4, l'art. 47, 1.º comma, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del 2000 (ove si consacra, in linea con la tradizione, il *droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial*).

(12) La necessità di ricondurre il concetto di "effettività", nonché quello dà "celerità" dei giudizi, all'ottenimento della "tutela giurisdizionale" è, ad es., esplicitamente posta in luce – con riguardo all'art. 24, 1.º comma, della Costituzione ed all'art. 11, 3.º comma, della LOPJ 6/1985 – dall'*exposición de motivos* della nuova *LEC* spagnola (Ley 1/2000 del 7 gennaio 2000). Si legge in particolare nell'esordio del § 1: "El derecho de todos a una tutela judicial efectiva, expresado en el apartado primero del artículo 24 de la Constitución, coincide con el anhelo y la necesidad social de una Justicia civil nueva, caracterizada precisamente por la *efectividad*. – *Justicia civil efectiva* significa, por consustancial al concepto de Justicia, *plenitud de garantías procesales*. Pero tiene que significar, a la vez, una *respuesta judicial más pronta*, mucho más cercana en el tiempo a las *demandas de tutela*, y con mayor capacidad de transformación real de las cosas. Significa, por tanto, un conjunto de instrumentos encaminados a lograr un *acortamiento del tiempo necesario para una definitiva determinación de lo jurídico en los casos concretos*, es decir, *sentencias menos alejadas del comienzo del proceso, medidas cautelares más asequibles y eficaces, ejecución forzosa menos gravosa* para quien necesita promoverla y con más posibilidades de éxito en la satisfacción real de los derechos e intereses legítimos (...)" (corsivo aggiunto).

"diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento"¹³, ma pure del concetto di "giudice naturale preconstituito per legge" (art. 25, 1.º comma), nonché dei "mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione", che occorre assicurare con "appositi istituti" ai "non abbienti" (art. 24, 3.º comma).

Rispetto alle garanzie processuali, inizialmente inserite nella Costituzione repubblicana del 1948, le novità essenziali riguardano:

- in primo luogo, la testuale formulazione di un principio di chiara impostazione precettiva,¹⁴ in forza del quale la giurisdizione "si attua"¹⁵ per mezzo del "giusto processo" "regolato per legge",¹⁶
- in secondo luogo, l'enunciazione di una garanzia strutturale composta, espressa pure in termini precettivi, in base a cui "ogni processo" (quale ne sia, in concreto, la possibile differenziazione tipologica) "si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità", "davanti" ad un "giudice" che (a prescindere, in concreto, dalla sua variabile estrazione, formazione o composizione) sia comunque "terzo e imparziale";
- infine, la formulazione di un principio programmatico che, attraverso lo strumento della "riserva", impone alla "legge" ordinaria di assicurare la

(13) Per ulteriori riferimenti, cfr. Comoglio, "Il diritto di difesa nel processo civile", *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Rapporti civili*, art. 24-26, Bologna – Roma, 1981, p. 53-81; Crisafulli-Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 170-178.

(14) E' risalente e tradizionale, nella dottrina italiana, la tendenza a distinguere fra norme costituzionali *precettive* – i cui principi o le cui garanzie sono come tali direttamente ed immediatamente applicabili anche dal giudice, soprattutto nell'interpretazione "costituzionalmente conforme" della legislazione ordinaria – norme precettive ad efficacia differita e norme costituzionali *programmatiche* o direttive, che a loro volta si rivolgono al solo legislatore ordinario, sollecitandone l'intervento normativo di attuazione dei principi da esse enunciati. Per uno sguardo di sintesi, con riferimento al principio di eguaglianza "sostanziale" (art. 3, 2.º comma, Cost.), cfr., per tutti, Crisafulli-Paladin, op. cit., Padova, 1990, p. 29 ss.

(15) E' singolare notare come la terminologia adottata in sede di revisione costituzionale diverga da quella tradizionalmente accolta nella stessa Costituzione e nei codici o nelle leggi complementari.

Si vedano, *amplius infra*, il § 6 e il § 7.

(16) Oggi, a questo proposito, si propende per la configurazione di una *riserva assoluta di legge*, in forza della quale il "giusto processo regolato dalla legge", toccando l'ambito dei diritti fondamentali (o dei "diritti inviolabili dell'uomo", che, come dispone l'art. 2 Cost., la Repubblica italiana "riconosce e garantisce"), incorpora una serie di principi immediatamente precettivi, che obbligano imperativamente il giudice ad avvalersene, soprattutto nell'interpretazione "costituzionalmente conforme" delle norme ordinarie da cui scaturisce la disciplina del processo. Sul punto, con chiarezza, ad es., cfr. E. Picozza, "Il "giusto" processo amministrativo", *Cons. Stato*, 2000, vol. II, p. 1.061-1.082; sp. p. 1.061-1.063.

"ragionevole durata" del "processo" (anzi, di "ogni processo", come si desume da quanto precede).

Vale, però, la pena di ricordare e di sottolineare, ancora una volta, come questa distinzione di metodo fra norme *precettive* e norme *programmatiche*, che spesso apre prospettive di non auspicabile incertezza applicativa, non abbia alcun senso - lo devo constatare, con una certa invidia - negli ordinamenti costituzionali in cui, a differenza di quello italiano, siano stabiliti con estrema chiarezza:

- a) l'applicazione diretta e immediata dei precetti che definiscono le garanzie, le libertà e i diritti fondamentali;¹⁷
- b) la necessità di interpretare le norme che riconoscono e garantiscono diritti o libertà fondamentali, in conformità con le Convenzioni e con i Trattati internazionali cui lo Stato abbia comunque aderito, ratificandoli;¹⁸
- c) la "clausola di salvaguardia", quale norma di chiusura del sistema, secondo cui l'espressa enumerazione di diritti o di garanzie nella Costituzione non esclude mai il riconoscimento di altri diritti o di altre garanzie, derivanti dai principi in essa enunciati ovvero dalle Convenzioni e dai Trattati internazionali ratificati.¹⁹

(17) Si vedano, ad es.: da un lato, gli artt. 9, 1.° comma, 10, 1.° comma, e 53, 1.° comma, della Costituzione spagnola del 1978 (il cit. art. 53, in particolare, così statuisce: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1. a)") (si tratta del sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi); dall'altro, l'art. 5, comma LXXVII, § 1.°, della Costituzione federale brasiliana del 1988 ("As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata").

(18) Si segnala ancora l'art. 10, 2.° comma, della Costituzione spagnola: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

(19) Si veda l'art. 5, comma LXXVII, § 2.°, della Costituzione brasiliana: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Per disposizioni analoghe, si vedano altresì gli artt. 16, 17 e 18 della Costituzione portoghese del 1976.

Cfr., per il richiamo dell'analoga clausola prevista nel IX Emendamento della Costituzione Federale statunitense ("The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed (o deny or disparage others retained by the people"), Comoglio, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, p. 927, testo e nota 148.

2. La genesi ideologico-politica e culturale delle nuove garanzie

In Italia, si afferma comunemente che la genesi politico-ideologica della nuova norma costituzionale debba farsi risalire al 1992 ed al 1993, epoca in cui si accesero forti dispute sul processo penale accusatorio del 1988, allorquando talune pronunce della Corte di cassazione²⁰ ed anche della Corte costituzionale,²¹ nonché gli interventi correttivi del legislatore in quei medesimi anni,²² diedero vita ad un parziale ripristino del principio inquisitorio, nel nome della ricerca della verità oggettiva e del principio di "non dispersione" delle fonti di prova.²³

In particolare, quel che provocò la riforma costituzionale del 1999, sulla scia dei vani sforzi profusi dalla Commissione Bicamerale negli anni 1997-1998,²⁴ fu lo scontro aspro e duro tra le forze politiche, la magistratura e l'opinione pubblica, sul controverso art. 513 c.p.p.,²⁵ che, già intaccato nel 1992 e nel 1995 da alcune pronunce costituzionali,²⁶ venne dapprima modificato dall'art. 1 della l. 7 agosto 1997, n. 261, e poi fu, in parte, dichiarato illegittimo dalla stessa Corte costituzionale nel 1998.²⁷

L'occasione immediata fu, dunque, il delicato tema dell'utilizzazione della prova nel dibattimento penale. Ed, in tale prospettiva, sono frequenti nel dibattito

(20) Cfr., ad es., Cass., sez. un., 6 novembre 1992, Martin, *Foro it.*, vol. II, p. 65-70, 1993.

(21) Si veda soprattutto Corte Cost., 26 marzo 1993, n. 111, *Foro it.*, vol. I, p. 1.356-1.362, 1993 (a proposito dell'art. 507 c.p.p.).

(22) Si rivedano le modifiche e le integrazioni apportate al c.p.p. dal d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992, n. 356.

(23) Sui temi trattati, in sintesi, cfr. COMOGLIO, "Lessico delle prove, ricerca della verità e poteri del giudice penale", nel vol. *Riforme processuali e poteri dei giudici*, Torino, 1996, p. 272-282, testo e note.

(24) In forza dell'investitura ricevuta, come si è detto, dall'art. 1 della l. Cost. 1/1997.

(25) La norma disciplina le modalità e le condizioni con cui è consentita la lettura in dibattimento delle dichiarazioni rese dall'imputato nel corso delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare.

(26) Cfr. Corte cost., 3 giugno 1992, n. 254, *Foro it.*, vol. I, p. 2.012-2.032, 1992 (unitamente alle coeve pronunce n. 241 e n. 255), con note di Di Chiara, *L'inquisizione come "eterno ritorno"*: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/1992 della Corte costituzionale, e di Fiandaca, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*; Corte cost., 24 febbraio 1995, n. 60, ibid., 1995, vol. I, p. 2.651-2.654 (assieme alla pronuncia n. 381 del 25.07.1995). In proposito, cfr. il quadro ricostruttivo di Di Chiara, *Tra crisi del sistema e ricerca di nuovi equilibri*: il codice di procedura penale negli itinerari della Corte costituzionale (1992-1995), ibid., 1995, vol. I, p. 2.655-2.746, sp. 2.666-2.673.

(27) Cfr. Corte cost., 2 novembre 1998, n. 361, *Foro it.*, vol. I, p. 3.441-3.463, 1998, con nota di Di Chiara, *Art. 513 c.p.p. e riprogettazione (manipolativa) dello statuto dell'imputato-teste*: appunti sparsi "a prima lettura" su Corte cost. 361/98, *Foro it.*, vol. I, p. 3.441-3.463, 1998.

parlamentare i richiami all'esigenza di una "restaurazione" del modello penale accusatorio, voluto dalla legge-delega e dal c.p.p. del 1988, con l'attrazione dei suoi principi cardinali (primo fra tutti, del principio del "contraddittorio nella formazione della prova")²⁸ entro l'ambito delle garanzie costituzionali.

Alla propugnata "restaurazione" corrisponde una marcata, e forse paradossale, impronta polemica, nelle posizioni ideologiche di chi sostiene che la "costituzionalizzazione" del "giusto processo" voglia deliberatamente significare, sul piano politico, il riconoscimento solenne del fatto che il "processo" sino a quel momento disciplinato dalle norme vigenti fosse "ingiusto", sia per colpa delle degenerazioni dell'ordinamento giudiziario, sia per la progressiva erosione del modello accusatorio, già introdotto nel c.p.p. del 1988 in piena armonia con i principi costituzionali ed internazionali di giustizia.²⁹

Ancor più polemica, nella spinta verso quella "restaurazione", è la posizione di chi rifiuta di considerare "ovvia", "tautologica", o addirittura contraddittoria e praticamente inutile la nozione di "giusto processo" (al pari della tautologia retorica "giustizia giusta"), ma le attribuisce una portata ed un obiettivo di carattere assiologico,³⁰ grazie al significato etico-morale che assumerebbe l'aggettivo "giusto", quale predicato del termine "processo", in linea con le tradizioni anglosassoni del *fair trial* (concetto ritenuto omologo del "giusto processo") e del *due process of law*.³¹

(28) Si vedano i resoconti sommari e stenografici della 549.^a seduta pubblica del 18 febbraio 1999 al Senato, sui diversi disegni di legge costituzionale n. 3.619, 3.623, 3.630, 3.638, 3.665 (nonché gli interventi dei Senatori Pettinato, Gasperini, Callegaro, Cirami, Follieri, Mungari, Senese, e del Relatore Pera). Gli atti cui qui si fa riferimento sono stati consultati nel sito *internet* correlativo ed in quelli collegati <www.parlamento.it>.

(29) Si vedano ancora, nei resoconti della seduta indicata nella nota precedente, gli interventi di Cirami, Mungari e Greco.

(30) E', in un certo senso, lo stesso atteggiamento che contraddistingue in Spagna l'interpretazione dell'art. 10, 1.^o comma, della Costituzione, ove i diritti inviolabili della persona "son fundamento del orden politico y de la paz social". Sicché, come si afferma, le norme da cui essi sono disciplinati si configurano come "normas jurídicas objetivas, que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos jurídicos materiales del ordenamiento jurídico entero (...)" (così, a commento, J. J. Gonzáles Rivas et al, *Constitución española*, Madrid, 1988, p. 25; corsivo aggiunto).

(31) Cfr., soprattutto, nei resoconti della medesima seduta, indicati in nota 28, gli interventi di Senese, di Pera e di Amato.

Per un'approfondita critica di queste posizioni, cfr. N. Trocker, "Il valore costituzionale del 'giusto processo'", nel volume *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C. M. Verardi, Milano, 2000, p. 36-54, sp. p. 37-41; Id., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 382-411, sp. p. 383 ss, 2001.

In ogni caso, la nozione di "giusto processo" compendia principi e garanzie *sul (o nel)* processo, già consacrate nelle convenzioni internazionali sui diritti umani (mi riferisco all'art. 6 della Convenzione europea del 1950 e all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966). Ma, dato che tali principi e garanzie di origine internazionale, pur essendo dotati di una certa "forza di resistenza" all'interno del nostro ordinamento, sono norme ordinarie (al pari delle rispettive leggi di ratifica), essi non assurgono comunque ai ranghi di norme costituzionali. Se ne impone quindi una espressa "costituzionalizzazione", grazie alla piena comunanza dei valori ideologici ed etico-morali che sono loro sottesi, al fine di identificarvi stabili "valori per sistematici spunti ermeneutici della legislazione ordinaria".³²

Nella "costituzionalizzazione" del concetto di "giusto processo" – che è clausola generale di "giustizia procedurale", "principio ad assetto variabile" o a "tessitura aperta",³³ eticamente accettabile perché conforme alla cultura giuridica della legalità, nello Stato di diritto moderno – trovano spazio sia l'idea del processo "giusto" in quanto "regolato per legge" (o secondo "legalità processuale"), sia la parità delle parti, intesa quale corrispondenza dinamica di reciproci diritti fra le parti medesime sulla base di una loro sostanziale eguaglianza.

Ma vi rientrano altresì:

- 1) il contraddittorio (quale garanzia di paritaria difesa e quale canone oggettivo o strutturale del "giusto processo", sino ad oggi non enunciati in forma esplicita nella Costituzione);³⁴
- 2) la "imparzialità" e la "terzietà" del giudice (intese: la prima, in senso funzionale, come "foro interiore" del magistrato giudicante, doverosamente scevro da personali pregiudizi, neutrale ed equidistante dalle posizioni di parte; la seconda, in senso strutturale, come garanzia dell'indipendenza e della diversità soggettiva del magistrato giudicante, rispetto alle parti in lite);³⁵
- 3) la garanzia della "durata ragionevole" del processo.³⁶

(32) Si veda, in particolare, la relazione dell'On. Soda sulle proposte di legge costituzionale n. 5.735, 5.359, 5.377, 5.370, 5.443, 5.475, presentate alla Camera da diversi proponenti.

(33) Riprendo le parole pronunciate dall'On. Carmelo Carrara, nella seduta assembleare n. 573 del 21 luglio 1999.

(34) Ben più precisa è stata *ab origine* la Costituzione brasiliana del 1988, la quale, nell'art. 5, LV, così dispone: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

(35) Da ciò deriva – nodo cruciale del rovente dibattito politico sul "giusto processo" – l'esigenza di una netta separazione di carriere e di *status* fra il magistrato giudicante ed il magistrato appartenente agli uffici del pubblico ministero.

(36) Si considerino – nei resoconti stenografici e sommari delle sedute assembleari congiunte del 21.07.1999 e del 22.07.1999 – gli interventi del Relatore On. Soda e

Non ha invece avuto alcun seguito, in ogni caso, l'idea, talvolta enunciata e ripresa nel corso dei lavori parlamentari, di includere o di consacrare espressamente nelle garanzie del "giusto processo", sull'esempio dei modelli internazionali di giustizia, anche la "pubblicità" delle udienze.

3. I valori fondamentali del processo "dovuto" ed "equo", nelle tradizioni di diritto comparato e nelle Convenzioni internazionali

I molteplici valori, di ordine ideologico e tecnico, sui quali si basa la "giustizia procedurale" o l'"equità" nel processo – così come sono progressivamente emersi dall'evoluzione degli ordinamenti angloamericani di *common law* – si sono affermati anche a livello internazionale, soprattutto verso la metà del secolo XX, e sono certamente la matrice etico-culturale del "giusto processo" (o, se si vuole, del "processo equo e giusto"), nell'accezione più moderna.³⁷

Quei valori primari ed essenziali danno vita ad una sintesi armonica fra le componenti ideologiche ed i fattori tecnici e strutturali di un determinato modello di procedimento giudiziario (semplice, chiaro e rapido), potendo come tali essere facilmente identificati e sintetizzati.

Occorre sottolineare anzitutto, sul piano tecnico, l'esigenza di *legalità* e di *correttezza* preconstituita delle *forme* del giudizio, insita nelle nozioni di *lawful judgment* (o di *legale iudicium*) e di *law of the land* (o di *lex terrae*), storicamente risalenti – nelle tradizioni di *common law* – al Cap. 39 della *Magna Carta* del 1215.³⁸ L'espressione "processo legale" identifica, in tale contesto, un processo strutturato e condotto "con osservanza del diritto prestabilito", o, se si preferisce, un processo disciplinato da "forme legali" o da "forme preconstituite" dalla legge territoriale vigente.

del Sottosegretario On. Li Calzi, nonché di altri parlamentari (On. li Pecorella, Taradash, Fontan, Danieli e Carotti).

⁽³⁷⁾ Per ulteriori richiami ed approfondimenti, cfr. Comoglio, "I modelli di garanzia costituzionale del processo", cit. *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, p. 713-717 e 718 ss., 1991; Id., *Valori etici e ideologie del "giusto processo"* ..., cit., p. 906-908.

⁽³⁸⁾ Se ne rilegga il testo. In latino: "Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut dissalietur de libero tenemento suo, vel libertatibus vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat; nec super eum ibimus nec super eum mittetur, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae". In inglese: "(False Imprisonment). No free man shall be taken or imprisoned or disseised, or outlawed, or exiled, or anyway destroyed; nor will we go upon him, nor will we send upon him, unless by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land". Cfr., a commento, Taswell – Langsnead's *English constitutional history from the teutonic conquest to the present time*. London, 1960. p. 65-92, sp. p. 80-82.

Si ricordino, in proposito, gli acuti spunti di E. J. Couture, "La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale", *Riv. Dir. Proc.*, vol. I, p. 81-101, sp. p. 83-85, 1954.

Si deve, poi, istituzionalmente tenere conto del modello embrionale di processo-tipo, che scaturisce da tali fonti, imponendosi quale giudizio in forma orale e pubblica, con una struttura dibattimentale e concentrata, avanti ad un organo giudicante (giuria) composto da giudici tendenzialmente non professionali e, per estrazione culturale o sociale, da reputarsi "pari" (*peers*) rispetto a quelli coinvolti nella lite o nel procedimento giudiziario.

Ma non va trascurata la considerazione di un immanente *profilo etico* nell'amministrazione della giustizia. Secondo le tradizioni culturali anglosassoni, il carattere *fair* (ovvero la *fairness*) del procedimento regolato "per legge" (cioè, *lawful, legale*, conforme alla *lex terrae*) si impone quale presupposto e, nello stesso tempo, quale misura non solo della "accettabilità" civica e politica, ma anche di quella soprattutto morale e religiosa delle corrispondenti potestà, con le quali la giustizia viene amministrata, in forme trasparenti e controllabili dall'esterno, nel nome del sovrano o nel nome del popolo.³⁹ D'altronde, il concetto di *fairness* (cui corrisponde l'*aequitas* delle tradizioni romanistiche o la nostra *equità*) ed il principio (o il dovere) generale di *fair play* sono i fondamenti basilari delle più affascinanti teorie sulla giustizia, elaborate dagli studiosi di formazione angloamericana del secolo XX.⁴⁰

Questi fondamentali valori (come si è detto, di natura tecnica e morale) si trovano compendati – in forza di una tradizione, i cui influssi si sono propagati anche al di fuori dell'area giuridica angloamericana (si pensi al *debito processo legal* dei sistemi latino-americani⁴¹ o alla garanzia del *devido processo legal* accolta dall'art. 5, comma LIV, della Costituzione brasiliana del 1988)⁴² – nella formula o clausola organizzatoria del *due process of law*, consacrata nel 1791

⁽³⁹⁾ Si rivedano, sui pregi e sui difetti dell'*adversary system* anglosassone, nonché sulla sua riconducibilità ai valori etico-culturali di "independence" e di "fair play", le puntuali notazioni di J. I. H. Jacob, *The fabric of english civil justice*, London, 1987, p. 5 ss., sp. 15-16.

⁽⁴⁰⁾ Mi riferisco, senza alcuna pretesa di approfondimenti specifici, soprattutto alle celebri opere del filosofo di Harvard J. Rawls. Si vedano, ad es., di questo autore: "Justice as Fairness", *Philosophical Rev.*, 65/164-194, 1958; *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. Il privo saggio si legge in versione italiana (*Giustizia come equità*) nel volume *La giustizia come equità. Saggi 1951-1969*, con *Introduzione* di G. Ferranti, Napoli: Liguori Editore, 1995, p. IX-281, sp. p. 69-106; la monografia è tradotta in italiano, a cura di S. Maffettone, nel volume *Una teoria della giustizia*, Milano: Feltrinelli, 1983, p. 9-498, sp. p. 27-32, 84 ss., 103-108.

⁽⁴¹⁾ Si pensi all'alt. 29, 1.° comma, della nuova Costituzione colombiana: "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". Nella medesima, si veda altresì la garanzia dell'accesso alle corti (art. 229, 1.° comma: "Se garantiza al derecho de toda persona para acceder a la Administración de Justicia. La ley indicará en que casos podrá hacerlo sin la representación de abogado").

⁽⁴²⁾ Così dispone la norma: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

dal V e dal XIV Emendamento alla Costituzione federale nordamericana del 1787. Anche oggi, di conseguenza, "processo dovuto", "processo in forma legale", "processo stabilito" o regolato da forme previamente disciplinate dalla legge, sono tutti sinonimi di un modello fondamentale di processo, che in tanto può dirsi "legale", in quanto sia adeguato al proprio fine primario (vale a dire, al fine di garantire "la tutela della persona umana per mezzo della giustizia").⁴³

Si badi, però, che, secondo l'accezione più moderna, in tali formule rientrano, ad un tempo, *garanzie di legalità procedurale* e *garanzie di giustizia sostanziale*. Originariamente, il Cap. 39 della *Magna Carta* intendeva creare una *garanzia di legalità* del processo, da opporre al Sovrano attraverso il rispetto della *law of the land* da lui violata. Al termine dell'evoluzione promossa da Coke e da Blackstone nei secoli XVII-XVIII, e poi culminata con l'inserimento della *due process clause* nella Costituzione nordamericana del 1791, nella *law of the land* viene ad identificarsi la *common law* come tale, riferita al processo ed alle forme di tutela che per suo tramite sono ottenibili.

I medesimi concedi vanno, dunque, attualizzati come segue:

- il *due process of law* non è clausola dal contenuto prefissato e rigido in astratto, ma, al contrario, contiene aperture flessibili per una verifica concreta, caso per caso, della *fairness* di ciascun procedimento;
- il diritto di agire e di difendersi, da esso garantito, va inteso come *possibilità effettiva* (e non meramente teorica) di svolgere nel giudizio un *minimo* di attività processuali, che consenta a tutte le parti coinvolte una concreta e paritaria opportunità di partecipazione al contraddittorio per far valere le rispettive ragioni;⁴⁴
- il processo, dunque, è *due* (od, a seconda delle versioni linguistiche, "dovuto", *devido*, *devido*), non perché sia compiutamente regolato da norme di legge rigide e precostituite, ma piuttosto in quanto rappresenta la garanzia positiva di un "diritto naturale" del singolo ad un processo "informato a principi superiori di giustizia".⁴⁵

Quei medesimi valori - attraverso l'ideologia dominante dei Paesi di lingua e di cultura anglosassone, vincitori dell'ultimo conflitto mondiale - si sono

Al riguardo, per opportuni riferimenti, cfr.: Comoglio, *Valori etici...*, ult. cit., 916-935. Nella dottrina brasiliana, cfr. soprattutto A. C. de Araujo Cintra, A. Pellegrini Grinover, C. R. Dinamarco, *Teoria geral do processo*, São Paulo, 1997, p. 82-85; J. R. Cruz e Tucci, "Garantia de prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal", *Revista de Processo*, 66/72-78; Dinamarco, *Fundamentos do processo moderno*, cit., São Paulo, 2000, t. I, p. 175-178, 431-439.

(43) Sono ancora attuali le parole di Couture, *La garanzia costituzionale...*, cit., p. 81-82.

(44) Secondo la concezione di Rawls, *Una teoria della giustizia*, cit., pp. 84-89, il punto si coglie, ad es., nella differenziazione tra "equa eguaglianza di opportunità" e "giustizia procedurale pura".

(45) Per un perspicuo quadro di insieme, cfr. Viggati, "Garanzie costituzionali del processo civile", *Due process of law e art. 24 Cost*, Milano, 1970, 30-40; Id., "Due process of law", *Dig. Priv., Sez. Civ.*, vol. VII, Torino, 1991, p. 228-232.

riversati nelle più importanti Convenzioni internazionali di giustizia, oltretutto in molte Costituzioni moderne dei Paesi europei di *civil law*, traducendosi in solenni ed irreversibili garanzie di "non ritorno" nei confronti delle forme di giustizia autoritaria ed inquisitoria, che furono proprie dei regimi totalitari impostisi nella prima metà del Secolo XX. Tali valori instaurano un saldo vincolo fra i principi di democrazia e le strutture del processo, individuandone la "forza motrice" e la "garanzia suprema" nel principio del *contraddittorio* fra le parti in condizioni di parità,⁴⁶ con il pieno rispetto dei diritti fondamentali della "persona".⁴⁷

Ora, se mi si perdona il raffronto testuale - un poco tedioso, forse, ma non certo irrilevante sul piano sostanziale - delle norme internazionali, in base alle differenti formulazioni e sfumature linguistiche, ritengo possa dirsi che i menzionati valori si riscontrano intatti:

- sia nella Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 1948 (cfr.: l'art. 8: "everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the Constitutions or by law",⁴⁸ e l'art. 10: "everyone is entitled in full equality to a fair and public

(46) Sul tema, da ultimo, cfr. N. Picardi, "Il principio del contraddittorio", *Riv. Dir. Proc.*, p. 673-681, 1998.

(47) Si rileggano le famose pagine di Calamandrei, *Processo e democrazia*, cit., p. 122: "(...) Le parti sono persone, cioè soggetti di doveri e di diritti; e stanno di fronte al giudice non come sudditi, oggetti di supremazia tenuti ad obbedire passivamente, ma come cittadini liberi ed attivi che di fronte al giudice hanno non solo doveri da adempiere, ma anche diritti da far rispettare; e il giudice di fronte a loro non è soltanto un'autorità fornita di poteri, ma un funzionario legato da doveri e da responsabilità di fronte alle parti, che hanno diritto di far liberamente valere le loro ragioni e di essere attentamente ascoltate (...)". Cfr. pure l'op. cit., p. 124-130.

(48) Come ebbe acutamente a ricordare M. Cappelletti, nella *Premessa* al suo volume *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, p. 2-3, nota 2, la versione francese dell'alt. 8 ("Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi") e, peggio ancora, quella italiana ("Ogni individuo ha diritto ad un'effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge") riferiscono la garanzia di *effettività* alle possibilità ed alle modalità di ricorso giurisdizionale, ma non la estendono anche alla *forma di tutela* dei diritti violati, che sia ottenibile con la proposizione di quel ricorso ed all'esito del giudizio conseguentemente promosso. Benché sia più preciso e pregnante, in tal senso, il *right to an effective remedy* della versione inglese (o il *Recht auf wirksamen Rechtsschutz* di quella tedesca), la suindicata prospettiva di *effettività* del mezzo e della tutela si coglie chiaramente nel testo in lingua spagnola della proposta messicana, da cui nacque il cit. art. 8: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Cappelletti, giustamente, lamenta che non sia stata efficacemente resa nelle altre lingue l'espressione cruciale *que la ampare*.

hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him");⁴⁹

- sia nella Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali del 1950 (ratificata in Italia con l. 4 agosto 1955, n. 848; cfr. l'art. 6, 1.° comma: "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement (...)");⁵⁰ e l'art. 13: "Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles");⁵¹

- sia nel Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966 (ratificato con l. 25 ottobre 1977, n. 881; si veda l'art. 14, 1.° comma, di eguale formulazione rispetto all'art. 6 della Convenzione del 1950: "(...) toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi (...)");⁵²

- sia in altre Convenzioni internazionali e sovranazionali (si vedano, ad es., in quella interamericana di San José di Costarica, del 1969: l'art. 8, 1.° comma: "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente

⁽⁴⁹⁾ La versione francese è la seguente: "Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle".

⁽⁵⁰⁾ Il testo in lingua inglese così si esprime: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly (...)".

⁽⁵¹⁾ Si controlli la versione inglese di quest'ultima norma: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity".

⁽⁵²⁾ Il testo inglese è così formulato: "(...) in the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal, established by law (...)".

Non si dimentichi, comunque, che la norma esordisce con l'affermazione del principio di eguaglianza ("Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice"; "All persons shall be equal before the courts and tribunals").

e imparcial, establecido por la ley (...)";⁵³ e l'art. 25: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales";⁵⁴

- sia, infine, in alcune Costituzioni moderne, soprattutto dell'area ispano-latino-americana.⁵⁵

In tale suggestivo contesto, è agevole pervenire ad alcune conclusioni.

In primo luogo, il "fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", del quale parla l'art. 10 della Dichiarazione universale del 1948, è perfettamente sovrapponibile alle nozioni di "procés équitable et publique", sulle quali si fondano le garanzie consacrate nell'art. 6 della Convenzione europea del 1950 e nell'art. 14 del Patto internazionale del 1966.

In secondo luogo, gli aggettivi "fair" ed "équitable" sono predicati di identico contenuto, ideologico ed assiologico, del "processo" come tale, individuando la struttura garantistica del *diritto ad un processo equo*, che il Protocollo n. 11, firmato a Strasburgo l'11 maggio 1994 e ratificato in Italia con l. 28 agosto 1997, n. 296, ha aggiunto come rubrica all'art. 6 della Convenzione europea del 1950.

Il modello tipico di un processo "equo" (e "giusto"),⁵⁶ nell'indicata prospettiva, è pertanto quel modello a struttura dibattimentale pubblica, ispirato ai ricordati

⁽⁵³⁾ La versione inglese così recita: "Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent and impartial tribunal, previously established by law (...)".

⁽⁵⁴⁾ La rubrica è la seguente: *Protección judicial*. E' facile constatare come la norma in esame riproduca, pressoché letteralmente, il duplice riferimento dell'*effettività* ai mezzi di ricorso ed alle forme di tutela, che già era presente nella proposta messicana da cui nacque, nel 1948, l'art. 8 della Dichiarazione Universale (*supra*, nota 44).

Si veda, comunque, anche il testo in inglese (con la rubrica *Right to Judicial Protection*): "Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the State concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties (...)".

⁽⁵⁵⁾ Per altri richiami, soprattutto alla Costituzione spagnola del 1978, ancora Comoglio, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, 916 ss., testo e note.

⁽⁵⁶⁾ Occorre rammentare che - nella terminologia adottata dalla filosofia del diritto anglosassone (si veda quanto osserva Rawls, *op. ult. cit.*, p. 103-106) - l'aggettivo *fair* (traducibile, come si è visto, in *equo* o in *équitable* e non certo in *giusto*) ha un senso compiuto, se riferito al processo nel suo farsi o nel suo divenire, attraverso le forme legali precostituite dei suoi atti o dei suoi poteri, ovvero se riferito alla *giustizia procedurale* propriamente intesa. Nella medesima terminologia, invece, altri aggettivi

principi dell'"oralità", della "concentrazione" e dell'"immediatezza", sul quale si fonda il *due process of law*, nelle sue origini e nella sua evoluzione storica.⁵⁷

A fronte delle descritte premesse, sulle quali si sono costruite le tradizioni socio-culturali anglosassoni del *fair play* e i limiti di "accettabilità" morale della giustizia amministrata *coram populo* in pubblica udienza, non è neppure concepibile – in quelle tradizioni – alcun dubbio teorico, circa la possibile (od apparente) contraddittorietà di un "processo" che sia (o, se già non lo è, debba essere) "equo" e "giusto". Né tantomeno ci si chiede – poiché un siffatto interrogativo non avrebbe senso – se abbia un coerente significato apporre al "processo" come tale, che, quale "strumento" o "mezzo" di attuazione della tutela, dovrebbe essere tecnicamente "neutro" (vale a dire: né buono, né cattivo; né giusto, né ingiusto), un aggettivo o un predicato qualitativo ("giusto"), che attiene semmai al "risultato" da conseguire e non già ai "mezzi" utilizzati per conseguirlo. Infatti, i predicati "assilogici" correlati alla *fairness* del procedimento fanno sì che la giustizia "procedurale" si imponga per sua forza naturale, come parametro di *legalità formale* del giudizio, cioè quale "correttezza" ed "equità" delle forme e delle garanzie processuali con cui è consentito dalla legge attuare la giustizia sostanziale davanti al giudice. Non conta, invece, la qualità o la natura del risultato e degli effetti ottenibili al termine del giudizio, ma contano la qualità e la natura delle forme e delle modalità attraverso le quali sia possibile ottenere quel risultato o quegli effetti, in forza del provvedimento giurisdizionale.

Tutto sta ovviamente, come si diceva, nell'intendere il "giusto" – se riferito al "processo" – quale sinonimo di "equo" o di "corretto".⁵⁸

di contenuto sostanziale (ad es., *right and just*) sono più adatti a caratterizzare il "giusto" risultato decisorio, cui può eventualmente condurre il processo *fair*.

Elementi confermativi, malgrado le apparenze, potrebbero trarsi anche dalla *Rule 102 delle Federal Rules of Evidence* nordamericane, ove, nel delineare le finalità ed i criteri di interpretazione delle fondamentali norme sulle prove, il sostantivo *fairness* e l'aggettivo *just* (sia pure qui tradotto nell'espressione avverbiale derivata: *justly*) sembrano riprodurre la duplicità dei significati poc'anzi descritti: "These rules shall be construed to secure *fairness* in administration, elimination of unjustifiable expense and delay, and promotion of growth and development of the law of evidence to the end that the truth may be ascertained and proceedings *justly determined*" (corsivo aggiunto). Convencionalmente, dunque, nel nostro ambito di problemi pare indispensabile interpretare come una mera eniadi ridondante la doppia aggettivazione "equo e giusto", riferita al "processo" in quanto tale, a patto che il "giusto" venga equiparato (come suggerisce il termine *fair*) ad "equo" o, se si preferisce, a "corretto".

⁽⁵⁷⁾ Sul punto, specificamente, Comoglio, *op. cit.*, 900-904. Nell'ottica delle garanzie internazionali di giustizia, sul rapporto indefettibile fra il diritto al "processo equo" e la formazione della prova in "pubblica udienza" e nel contraddittorio orale tra le parti, cfr., nell'ambito di un indirizzo costante, Cedu, 7 agosto 1996, Ferrantelli-Gov. Italia, *Giust. pen.*, vol. III, 449 ss., 1997, con nota di Patané.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. *supra*, nota 55.

In ogni caso, è facile rendersi conto delle estese distanze che ancora separano gli ordinamenti di *common law* dai sistemi europei di *civil law*. Peraltro, la indubbia comunanza di quei valori fondamentali di "giustizia naturale" – la quale si impone anche al di là di quelle distanze e ad onta delle differenze di tradizione culturale o di modelli processuali – non può che segnare la via, attraverso cui è possibile ricostruire anche nel nostro sistema un modello, efficiente e credibile, di "processo giusto".⁵⁹

4. Il processo "giusto", nei Paesi dell'Unione europea e nella Carta europea dei diritti

Alla luce delle suesposte considerazioni, qual è, attualmente, lo scenario che – in rapporto alle garanzie del "giusto" od "equo" processo – si delinea in Europa?

Occorre puntualizzare alcune premesse. Dai diversi Trattati che ebbero ad istituire nel 1957 la Comunità Europea⁶⁰ e che oggi, su nuove basi, disciplinano l'Unione Europea⁶¹ emergono, per quanto qui interessa, i dati seguenti:

– l'Unione, nel rispettare l'identità nazionale dei suoi Stati membri, fondata sui "principi democratici", si è impegnata altresì a rispettare i "diritti fondamentali", quali sono garantiti dalla Convenzione europea del 1950,⁶² e quali soprattutto risultano dalle "tradizioni costituzionali comuni" dei medesimi Stati, riconoscendoli come "principi generali del diritto comunitario".⁶³

– le norme comunitarie inoltre, nell'ambito della giustizia, perseguono il fine programmatico di favorire la cooperazione giudiziaria "transfrontaliera" fra

⁽⁵⁹⁾ Sulla ritenuta equiparazione fra il canone del c. d. "due process of law" ed il principio del "giusto processo" (o del "giusto procedimento"), cfr., ad es., nella nostra giurisprudenza, T. Caltagirone, 15.06.1993, Aliotta-Cutroneo, *Giur. comm.*, vol. II, p. 216 ss., 1998, con nota di Serra. In dottrina, sul confronto tra le diverse concezioni garantistiche, cfr. Esposito, "Fair trial" anglosassone, "procès équitable" europeo, "processo giusto" italiano", *Rass. Penit.*, 1982, fasc. 1, 1 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. i Trattati C.E.E. del 25 marzo 1957, ratificati in Italia con l. 14 ottobre 1957, n. 1.203.

⁽⁶¹⁾ Si vedano in particolare: il Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, ratificato in Italia con l. 3 novembre 1992, n. 454; ed il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, ratificato in Italia con l. 16 giugno 1998, n. 209.

⁽⁶²⁾ Punto fermo, benché tuttora controverso, è il fatto che l'Unione o la Comunità come tali non abbiano formalmente aderito alla stessa Convenzione, né possano aderirvi, non essendo competenti o tantomeno legittimate a farlo. Così si è espresso il parere della CGCE, 28 marzo 1996, n. 2/94, *Foro it.*, vol. IV, p. 13-30, 1997, con nota di S. Fortunato, p. 13-16.

⁽⁶³⁾ Cfr. l'art. F del Trattato di Maastricht del 1992 (ora, art. 6 del Trattato sull'Unione). In argomento: Comoglio, "Diritti fondamentali e garanzie processuali comuni nella prospettiva dell'Unione Europea", *Foro it.*, vol. V, p. 153-174, 1994.

gli Stati membri, non soltanto migliorando e semplificando le procedure per le notificazioni degli atti, per le assunzioni dei mezzi di prova e per il riconoscimento delle decisioni giurisdizionali,⁶⁴ ma soprattutto eliminando "gli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili" ed all'uso promuovendo, ove necessario, "la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri".⁶⁵

In attesa che l'armonizzazione delle procedure e dei modelli di processo in Europa possa realmente dirsi un fatto compiuto (ma ci vorrà ben altro tempo),⁶⁶ è certo una realtà tangibile il lungo e costante lavoro della giurisprudenza della

⁽⁶⁴⁾ Nel settore specifico della competenza giurisdizionale e del riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri, già comunque operano a vasto raggio talune Convenzioni di estrema importanza (si pensi alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968, ratificata in Italia dalla l. 21 giugno 1971, n. 804; a quella di Lugano del 16 settembre 1988, ratificata in Italia dalla l. 10 febbraio 1992, n. 198; ma si pensi pure al Regolamento CE 44/2001, approvato dal Consiglio dell'Unione europea il 22 dicembre 2000 e destinato ad entrare in vigore il 1.º marzo 2002, che ridisciplina le stesse materie nell'ambito della cooperazione internazionale). In argomento, cfr.: S. M. Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo*, Torino, 1997, p. V-XI, 3-320; L. MARI, "Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles", vol. I, *Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. VII-XXV, 1-824.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. l'art. 65 del Trattato di Amsterdam, nel testo vigente.

⁽⁶⁶⁾ In tale prospettiva si colloca, ad es., il progetto di direttiva comunitaria, contenente norme comuni per il *Rapprochement* del diritto processuale civile europeo, predisposto nel 1993 da una Commissione internazionale di giuristi, presieduta da M. Storme. Se ne veda il testo in francese in *Aktuelle Juristische Praxis (AJP)*, 1994, p. 431-437, con commento di G. Walter, *Tu felix Europa (...)* *Zun Entwurf einer europäischen Zivilprozessordnung*, p. 425-431. E si consideri, al riguardo, lo studio approfondito di Tarzia, "Modelli europei per un processo civile uniforme". *Roma e America. Diritto romano comune*, 9/2000, cit. p. 309-322.

La prospettiva dell'armonizzazione, come sappiamo, è ben più avanzata nel Sud America. Qui, sin dal 1988, per iniziativa dell'Istituto Ibero-americano de Derecho procesal è presente un *Código procesal civil modelo para Iberoamérica*, di grande interesse dogmatico (sul che, si vedano studi e contributi raccolti nel vol. *Un "Código Tipo de procedura civile per l'America Latina*, a cura di S. Schipani e R. Vaccarella, Padova, 1990, p. XXVI-616). Per ulteriori spunti e raccordi con il tema qui trattato, cfr. ancora Comoglio, *Codici modello e "Giusto processo"*, cit., p. 323-328; Berizzone, "Armonización progresiva de los sistemas de justicia en América Latina". *Roma e America. Diritto romano comune*, 9/2000, cit., p. 329-334; A. Landoni Sosa, "Importancia del Código del Proceso Civil modelo para Iberoamérica en la perspectiva del Mercosur". *Temas atuais do direito processual iberoamericano*. Rio de Janeiro, 1998. p. 287-322.

Ma è ancora più suggestiva una ulteriore iniziativa, pure promossa dall'Istituto Ibero-americano de Derecho procesal nel 1999-2000, ed affidata all'insigne Studioso A. M. Morello (anche con la mia collaborazione), la quale si propone di elaborare le *Bases mínimas* per un *Régimen uniforme de garantías jurisdiccionales para Latinoamérica*.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,⁶⁷ nella configurazione degli elementi costitutivi del "processo equo", garantito dall'art. 6 della Convenzione del 1950.

Accanto ai principi integrativi che, con particolare riguardo all'*effettività* dei mezzi di *judicial review* e delle forme di tutela giurisdizionale, sono stati ripetutamente affermati anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee,⁶⁸ i *trends* giurisprudenziali hanno così sintetizzato e descritto le *componenti minime essenziali* di quel processo "equo":

1) il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo ovvero il diritto di accesso alle corti ed ai tribunali, come tale sottratto a irragionevoli discriminazioni o a limitazioni eccessive, per la tutela dei diritti e delle obbligazioni civili;⁶⁹

2) il diritto ad un'effettiva difesa in giudizio, nella sua più ampia articolazione;⁷⁰

⁽⁶⁷⁾ Cedu, secondo l'abbreviazione in uso (cfr. pure *infra*).

⁽⁶⁸⁾ CGCE, in base all'abbreviazione corrente.

L'apporto, nel settore, è stato notevole soprattutto per quanto riguarda la tutela cautelare. Nell'ottica della collaborazione che l'art. 5 del Trattato C.E.E. richiede ai giudici degli Stati membri, per garantire ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva, in forza delle norme comunitarie avventi un'efficacia ed un'applicabilità diretta, tale giurisprudenza è, ad es., arrivata ad affermare come la preminenza del diritto comunitario imponga a quei giudici nazionali di disapplicare le norme interne che, in controversie attinenti a diritti comunitari, ed in contrasto con la disciplina comunitaria, impediscano loro di pronunciare provvedimenti cautelari (così CGCE, 19 giugno 1990, in causa 213/89, *Factortame Ltd.*, *Foro it.*, vol. IV, p. 498-501, 1992, con nota di C. Consolo, "Fondamento 'comunitario' della giurisdizione cautelare", *Giur. it.*, I, 1, p. 1.123 ss., 1991.

Ma si veda pure, per l'affermazione secondo cui l'esigenza di un controllo giurisdizionale di qualsiasi decisione adottata da un'autorità nazionale costituisce un "principio generale di diritto comunitario", derivante dalle "tradizioni costituzionali comuni" degli Stati membri, CGCE, 3 febbraio 1992, in causa 97/91/1992, *Soc. oleificio Borelli*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 540 ss., 1993.

⁽⁶⁹⁾ Tale garanzia, per quanto non sia testualmente enunciata dall'art. 6, viene considerata implicita ed immanente in quelle formalmente consacrate dall'art. 6, § 1, pur non avendo un carattere assoluto, ma essendo comunque suscettibile di ragionevoli limitazioni. Cfr., in tal senso, ad es.: Cedu, 17 gennaio 1970, *Delcourt*, *Foro it.*, vol. IV, p. 89-96, 1970; Cedu, 21 febbraio 1975, *Golder*, *ibid.*, 1975, vol. IV, p. 97-107; Cedu, 9 ottobre 1979, *Airey*, *ibid.*, 1980, vol. IV, p. 1-9; Cedu, 25 marzo 1983, *Silver*, *ibid.*, 1984, vol. IV, p. 37-59, sp. 50-52; da ultimo, sull'ammissibilità di eventuali limitazioni relative, Cedu, 18 febbraio 1999, *Waite*, *Riv. Internaz. Dir. Uomo*, p. 792, 1999.

⁽⁷⁰⁾ Si vedano, *ex plurimis*: Cedu, 12 febbraio 1985, *Colozza*, *Foro it.*, vol. IV, p. 221, 1985, con nota di Cresti; Cedu, 9 aprile 1984, *Goddi*, *ibid.*, 1985, vol. IV, p. 53; Cedu, 8 maggio 1985, *Bönsch*, *Riv. Dir. Internaz.*, p. 156, 1987; Cedu, 24 febbraio 1994, *Bendenoun*, *Dir. pratica trib.*, 1995, vol. II, p. 1036, con nota di Frommel; ed ancora Cedu, 7 agosto 1996, *Ferrantelli*, cit., *Giust. Pen.*, vol. III, p. 449, 1997, con nota di Patané.

3) il contraddittorio fra le parti, su basi paritarie, in ossequio al principio di "eguaglianza delle armi";⁷¹

4) il diritto alla prova ed alla controprova, nel bilanciamento dialettico delle fonti probatorie acquisibili;⁷²

5) la pubblicità delle udienze e delle decisioni giurisdizionali;⁷³

⁷¹) Sul contraddittorio, quale primario valore tutelato dall'art. 6 della Convenzione, cfr., ad es., per ampie considerazioni generali, Cedu, 29 maggio 1986, Feldbrugge, *Riv. Dir. Internaz.*, p. 378, 1987.

⁷²) Nel senso che la "eguaglianza delle armi" presupponga un equilibrio fra le possibilità probatorie dell'una e dell'altra delle parti contrapposte, sia nei giudizi civili, sia in quelli penali, cfr., ad es.: ancora Cedu, 6 maggio 1985, Bönisch, cit. *supra*; Cedu, 26 maggio 1988, Ekbatani, *Riv. Dir. Internaz.*, p. 94, 1989.

Più in particolare, nel senso che, in forza di tale "eguaglianza", debba riconoscersi a ciascuna delle parti l'equivalente possibilità di fruire di una "ragionevole opportunità di esporre il proprio caso - comprese le prove - a condizioni che non la pongano in posizione di sostanziale svantaggio nei confronti della controparte", tanto da far reputare persino ammissibile in via eccezionale (se sia la sola, in concreto, a disposizione) una prova testimoniale per mezzo di un teste incapace o di un teste la cui deposizione sarebbe, altrimenti, inammissibile, cfr. Cedu, 27 ottobre 1993, Dombó Beheer BV, *Giur. it.*, I, 1, p. 153-164, 1996, con commento di N. Tonolli, *Il legale rappresentante di enti sarà teste ammissibile se lo esige il principio di parità delle armi*. Sul punto, cfr. pure Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile...*, cit., p. 389-391, testo e note.

Nei §§ 32-34 della motivazione di tale pronuncia, fra l'altro, così si afferma: "(...) Les impératifs inhérents à la notion de 'procès équitable' non sont pas nécessairement les mêmes dans les litiges relatifs à des droits et obligations de caractère civil que dans les affaires concernant des accusations en matière pénale. A preuve l'absence, pour les premiers, de clauses détaillées semblables aux paragraphes 2 et 3 de l'article 6 (...) les États contractants jouissent d'une latitude plus grande dans le domaine du contentieux civil que pour les poursuites pénales (...) Néanmoins, certains principes liés à la notion de 'procès équitable' dans les affaires de caractère civil se dégagent de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, l'exigence de 'l'égalité des armes' au sens d'un 'juste équilibre' entre les parties, vaut en principe aussi bien au civil qu'au pénal (...) dans les litiges opposant des intérêts privés, l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (...) (corsivo aggiunto).

⁷³) Sul principio della pubblicità delle udienze, eccezionalmente soggetto a limitazioni (come precisa lo stesso art. 6 della Convenzione) ovvero a rinunce da parte del soggetto che vi abbia interesse, cfr., *ex plurimis*: Cedu, 23 giugno 1981, Le Compte, *Foro it.*, IV, 1, 1982; Cedu, 10 febbraio 1983, Albert, *ibid.*, 1984, vol. IV, p. 193; Cedu, 22 febbraio 1994, Sutter, *ibid.*, 1994, vol. IV, p. 285; Cedu, 8 dicembre 1983, Pretto, *ibid.*, 1984, vol. IV, p. 265; Cedu, 8 dicembre 1983, Axen, *ibid.*, 1984, vol. IV, p. 266 (ove si legge, fra l'altro, che la funzione della "pubblicità" si estrinseca nell'assicurare "il controllo del potere giudiziario da parte del pubblico per garantire

6) l'indipendenza e l'imparzialità del giudice;⁷⁴

7) la durata ragionevole dei giudizi;⁷⁵

Il quadro normativo comunitario si è, ultimamente, arricchito con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale - adottata come dichiarazione solenne di principi e di garanzie,⁷⁶ a margine del Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 - dovrebbe poi tradursi in precetti vincolanti per gli Stati membri,⁷⁷ solo con il suo inserimento nel Trattato dell'Unione Europea (o con

il diritto ad un giusto processo"); ancora Cedu, 26 maggio 1988, Ekbatani, cit. *supra*. Si noti che la pubblicità delle decisioni comporta, per implicito, anche l'obbligo di una congrua motivazione. Sul punto, con ulteriori riferimenti, Tarzia, *Le garanzie europee del processo civile*, cit., p. 10-12.

⁷⁴) Sull'imparzialità del giudice, intesa sia in senso soggettivo ("foro interiore"), sia in senso oggettivo e funzionale, cfr., ad es., *ex plurimis*: Cedu, 1 ottobre 1982, Piersack, *Foro it.*, vol. IV, p. 109, 1983; Cedo 26 ottobre 1984, De Cubber, *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, p. 929, 1985, con nota di Ruggieri; Cedu, 7 agosto 1996, Ferrantelli, cit. *supra*.

⁷⁵) A questo proposito, poiché l'intervento della Cedu è attivato dal ricorso diretto dei singoli individui e mira a sanare, in caso di accoglimento, la sanzione risarcitoria a carico dello Stato inadempiente, presupponendo l'accertamento caso per caso dell'eccessività della durata del singolo processo, vengono affermati i seguenti principi: A) i parametri di valutazione della durata irragionevole sono sia la variabile complessità delle cause, sia la condotta delle parti, sia il comportamento delle pubbliche autorità coinvolte (cfr., ad es., Cedu, 10 dicembre 1982, Foti, e 10 dicembre 1982, Corigliano, *Foro it.*, vol. IV, p. 181-206, 1983; da ultimo, *ex plurimis*, Cedu, 28 settembre 1995, Scollo, *ibid.*, 1996, vol. IV, p. 113-121; Cedu, 23 aprile 1998, S. R., *ibid.*, 1999, vol. IV, p. 1-9; B) il ruolo attivo e, quindi, la responsabilità del giudice, nella determinazione o nel controllo della durata ragionevole del processo, non sono esclusi dal fatto che i singoli giudizi siano prevalentemente ispirati al principio dispositivo (così, ad es., Cedu, 6 maggio 1981, Buchholz, *Foro it.*, vol. IV, p. 273-282, 1981; Cedu, 25 giugno 1987, Capuano, *ibid.*, 1987, vol. IV, p. 385, con nota di Pizzorusso).

Per altri riferimenti esemplificativi aggiornati, sui diversi principi, cfr. ancora Tarzia, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, cit., p. 8-20, testo e note. Per maggiori approfondimenti sui temi trattati, vale la pena di rivedere i volumi di M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, I, Milano, 1982, p. 1-200, e II, Milano, 1984, p. 1-425.

⁷⁶) Le garanzie ivi consacrate riproducono, in buona parte, i contenuti della Dichiarazione dei diritti e delle libertà fondamentali, adottata dal Parlamento Europeo il 12 aprile 1989.

⁷⁷) Si tenga presente che la Carta si pone in linea con le tradizioni garantistiche più qualificate, prevedendo: a) una chiara delimitazione del suo ambito applicativo, nei confronti delle istituzioni e degli organi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, nonché nei confronti degli Stati membri (art. 51); b) il principio di legalità nell'eventuale introduzione di "limiti" ai diritti ed alle libertà riconosciuti, purché ne sia sempre rispettato il "contenuto essenziale"; c) la sanzione equiparazione,

altre forme patizie).⁷⁸ L'art. 47 riconosce ad ogni individuo i cui diritti o le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati: a) il diritto ad un "ricorso effettivo" dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni sancite dalla stessa norma (1.° comma); b) il diritto a che "la sua causa venga esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge" (2.° comma); c) la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare in giudizio (2.° comma, inciso finale); d) il patrocinio a spese dello Stato, ove l'individuo non disponga di mezzi sufficienti ed ove ciò sia necessario per assicurargli un "accesso effettivo alla giustizia" (3.° comma).

In attesa che queste affermazioni (o riaffermazioni) di principio si traducano, come si diceva, in prescrizioni giuridicamente vincolanti, è però il caso di porre subito in risalto, sia in positivo che in negativo, taluni profili di indubbio interesse. Certo, le garanzie *sub C*) e *D*), non tutte presenti nell'art. 6 della Convenzione del 1950, rafforzano l'insieme coordinato delle garanzie europee del processo "equo", ampliandone opportunamente la gamma non soltanto in termini quantitativi, ma specialmente sul piano qualitativo. Peraltro, il diritto ad un "ricorso effettivo" — che, con il diritto al patrocinio statale per i non abbienti, pur viene a colmare una lacuna del sistema garantistico europeo, sino ad oggi vigente, consacrando formalmente l'esigenza di *effettività* dell'*accesso alle corti* — ripropone, come ben traspare dal raffronto delle diverse versioni linguistiche, i medesimi equivoci cui si presta l'art. 8 della Dichiarazione universale del 1948,⁷⁹ rischiando di non esprimere con la dovuta chiarezza il coordinamento fra l'*effettività* del *mezzo processuale* e l'*effettività* (non meno necessaria) delle *forme di tutela* ottenibili, con tale mezzo, per una adeguata reintegrazione dei diritti violati.⁸⁰ Si

al significato e alla portata dei diritti garantiti nella Convenzione europea del 1950, del significato e della portata di quei diritti e di quelle libertà che nella Carta vi corrispondano, salva restando per l'Unione la potestà di concedere forme di protezione più estese (art. 52); d) il divieto di interpretare alcuna disposizione della Carta come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, riconosciuti dal diritto dell'Unione e dalle Convenzioni internazionali (ivi compresa quella del 1950) di cui l'Unione stessa, la Comunità o gli Stati membri siano parti contraenti (art. 53, livello di protezione); e) il divieto dell'abuso di diritto, ossia il divieto di interpretare le disposizioni della Carta nel senso che ne sia legittimato l'esercizio di attività dirette a distruggere o a limitare maggiormente i diritti e le libertà dalla medesima consacrati (art. 54).

⁽⁷⁸⁾ Si veda, in tal senso, la Risoluzione del Parlamento Europeo in data 16 marzo 2000. Il testo della Carta è stato approvato dal Consiglio Europeo a Nizza, nei giorni 7-9 dicembre 2000.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. *retro*, § 3, testo e nota 47.

⁽⁸⁰⁾ Tale coordinamento — che non si coglie appieno né nella versione francese dei 1.° comma ("Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un *recours effectif* devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article"), né in quella portoghese (ove si parla di *direito*

allineano, invece, alle enunciazioni espresse dall'art. 6 della Convenzione del 1950, ricalcandole in buona misura, le garanzie strutturali del processo "equo".⁸¹

A fronte di questi principi, ormai acquisiti nel contesto convenzionale europeo ed in quello comunitario, assumono un significato puramente rafforzativo (ma di contorno) i dati esemplificativi, ricavabili dalle Costituzioni dei Paesi membri dell'Unione. L'"equità" talvolta si manifesta testualmente in garanzie estranee alla giurisdizione ed alla giustizia,⁸² mentre è del tutto sporadico il riferimento esplicito alla nozione di processo "giusto",⁸³ così come è limitato il riconoscimento della garanzia costituzionale di *effettività* dell'azione in giudizio, finalizzata ad

à ação e a um tribunal imparcial: "Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito à uma ação perante um tribunal", né tantomeno in quella italiana (cfr. *supra*, nel testo).

L'abbinamento fra le due *effettività*, invece, emerge con evidenza dalla versione tedesca (ove si parla di *Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und einen unparteiischen Gericht*: "Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen"), da quella inglese (ove si parla di *Right to an effective remedy and to a fair trial*: "Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article"), nonché da quella spagnola (ove si parla di *Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*: "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo").

⁽⁸¹⁾ Ciò è, soprattutto, evidente nella versione francese ed in quella inglese dell'art. 47, 2.° comma, cui si accodano le altre. Qualche particolare differenziale si nota, comunque, nella versione tedesca ("Jede Person hat ein Recht darauf, daß ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird"), in quella spagnola ("Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley"), nonché in quella portoghese ("Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei").

⁽⁸²⁾ Ad es., nel riferimento all'indennizzo dovuto a chi venga espropriato per ragioni di pubblica utilità (cfr., in tal senso, alla luce delle più recenti revisioni, l'art. 16 della Costituzione belga del 1931 e l'art. 16 della Costituzione lussemburghese del 1868). Ci si trova nella medesima prospettiva della *just compensation*, di cui parla il V Emendamento alla Costituzione federale nordamericana.

⁽⁸³⁾ Si veda l'art. 16 della Costituzione finlandese del 1919 (nel testo revisionato e oggi vigente), ove si stabilisce che siano sanciti dalla legge: la pubblicità dei procedimenti, il diritto di essere previamente ascoltati dal giudice, la motivazione delle sentenze, l'appello, e "le altre garanzie di un processo giusto".

ottenere la *tutela effettiva* dei diritti o degli interessi individuali lesi.⁸⁴ In compenso, è diffuso il riconoscimento – non sempre coordinato, coerente e compatto, come nell'art. 6 della Convenzione europea del 1950 – di alcune fra le principali garanzie, che rappresentano le *componenti essenziali* del processo "equo".⁸⁵ Basta richiamare, soprattutto: il diritto dell'individuo di non essere sottoposto al giudice naturale preconstituito dalla legge;⁸⁶ il principio di legalità e le garanzie di autonomia e di indipendenza della magistratura;⁸⁷ l'eguaglianza dinanzi alla legge ed ai tribunali;⁸⁸ l'accesso indiscriminato alle corti di giustizia;⁸⁹ il diritto dell'individuo di essere previamente udito dal giudice, a sua difesa;⁹⁰ la pubblicità

(84) Si vedano, ad es.: l'art. 20 della Costituzione greca del 1975/1986 (secondo cui "ciascuno ha diritto di ottenere tutela giurisdizionale dinanzi ai tribunali e può esporre davanti ad essi le proprie ragioni relative ai suoi diritti ed ai suoi interessi, conformemente alle disposizioni di legge"); e l'art. 24, 1.° comma, della Costituzione spagnola del 1978 ("Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (...)").

(85) I testi aggiornati delle diverse Costituzioni europee, cui qui si fa riferimento, possono essere consultati, in traduzione italiana, nel volume *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, a cura di E. Palici Di Suni Prat, F. Cassella e M. Comma, Padova, 1998, pp. VII-IX, 1-802, con introduzione di G. Lombardi, p. 1-14, e con più saggi introduttivi di Autori stranieri diversi.

Per altri cenni, cfr. Tazzia, *Le garanzie generali del processo*, cit., p. 669-671; Id., *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, cit., p. 5-7.

(86) Cfr.: l'art. 13 della Costituzione belga del 1931; l'art. 101, 1.° comma, della Costituzione federale tedesca del 1949; l'art. 8 della Costituzione greca del 1975/1986; l'art. 13 della Costituzione lussemburghese del 1868; l'art. 17 della Costituzione dei Paesi Bassi del 1983.

(87) Cfr.: gli artt. 81-94 della Costituzione austriaca del 1920; gli artt. 146, 152-159 della Costituzione belga; gli artt. 61-62 e 64 della Costituzione danese del 1953; gli artt. 64-68 della Costituzione francese del 1958 (nonché, nel suo Preambolo, il richiamo alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, integrato dal Preambolo della Costituzione del 1946); gli artt. 92-98 della Costituzione tedesca; gli artt. 87-92 della Costituzione greca; gli artt. 84 ss. della Costituzione lussemburghese; gli artt. 112-122 della Costituzione dei Paesi Bassi; gli artt. 202-224 della Costituzione portoghese (nell'art. 202, 2.° comma, fra l'altro, si affida ai giudici la funzione di reprimere ogni violazione della "legalità democratica"); l'art. 9 della Costituzione svedese.

(88) Cfr.: l'art. 5 della Costituzione finlandese del 1919; l'art. 4 della Costituzione greca; l'art. 40 della Costituzione irlandese del 1937; gli artt. 12-15 della Costituzione portoghese.

(89) Si vedano: l'art. 24 della Costituzione spagnola; l'art. 20, 1.° comma, della Costituzione greca; l'art. 20 della Costituzione portoghese; l'art. 9 della Costituzione svedese.

(90) Cfr.: l'art. 16, 2.° comma, della Costituzione finlandese; l'art. 103, 1.° comma, della Costituzione tedesca; l'art. 20, 2.° comma, della Costituzione greca; l'art. 18 della Costituzione dei Paesi Bassi; l'art. 32 della Costituzione portoghese.

delle udienze⁹¹ (ed anche, talvolta, l'oralità della trattazione delle cause);⁹² la pubblicità e la motivazione delle sentenze.⁹³

Il panorama garantistico europeo, infine, può dirsi completo dopo che pure l'Inghilterra – tradizionalmente priva di una Costituzione formale e di un catalogo rigido di diritti fondamentali enunciati in *entrenched clauses*,⁹⁴ ma oggi aperta ad un'ampia revisione del sistema processuale e giudiziario⁹⁵ – con lo *Human Rights Act* del novembre 1998 ha adottato garanzie processuali qualificate, per rendere *effettivi* i diritti e le libertà consacrati nella Convenzione europea del 1950, accordando a chiunque lamenti una violazione di siffatti diritti, soprattutto per opera di atti compiuti da pubbliche autorità, la possibilità di ottenere dalle corti i più adeguati *remedies*, per la loro piena reintegrazione.⁹⁶

5. Il "giusto processo", nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale italiana, sino al 1999

La diretta influenza delle esperienze comparatistiche – assai più della possibile incidenza ermeneutica (rimasta fino ad oggi solo teorica ed, in pratica,

(91) Si vedano: l'art. 148 della Costituzione belga; l'art. 65 della Costituzione danese; l'art. 93, 2.° comma, della Costituzione greca; l'art. 34, 1.° comma, della Costituzione irlandese; l'art. 88 della Costituzione lussemburghese; l'art. 121 della Costituzione dei Paesi Bassi; l'art. 206 della Costituzione portoghese; l'art. 11 della Costituzione svedese.

(92) Cfr.: l'art. 90, 1.° comma, della Costituzione austriaca; l'art. 65 della Costituzione danese; l'art. 120, 2.° comma, della Costituzione spagnola.

(93) Cfr.: l'art. 149 della Costituzione belga; l'art. 16, 2.° comma, della Costituzione finlandese; l'art. 93, 3.° comma, della Costituzione greca (ove, pure, si riconosce la legittimità dell'"opinione dissenziente"); l'art. 89 della Costituzione lussemburghese; l'art. 205, 1.° comma, della Costituzione portoghese.

(94) Cfr., in proposito, H. W. R. Wade, *Constitutional Fundamentals*, London, 1980, p. 22-41, sp. p. 32-39; M. Zander, *A Bill of Rights?*, London, 1987, p. 68-74; per altri accenni, Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, cit., p. 716-718, testo e note.

(95) Si ricordino: da un lato, le nuove *Civil Procedure Rules*, emanate nel 1999 in forza del *Civil Procedure Act* del 1997 (a commento, cfr., ad es., Crifó, "La riforma del processo civile in Inghilterra", *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2000, p. 511 ss.); dall'altro, l'*Access to Justice Act* del 1999, che rafforza e rende effettivi i sistemi di *legal aid*, nell'ambito dell'accesso indiscriminato alle corti di giustizia.

(96) Nel ricordato *Human Rights Act*, l'art. 8 delinea *judicial remedies* ottenibili da chi promuova azione per far valere i diritti violati (ai sensi dell'art. 7), rafforzando i poteri decisori delle corti in ordine alla forma di tutela da adottare nel caso concreto: "In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate (...)" (corsivo aggiunto). Anche qui l'aggettivo *just*, come si diceva poc'anzi (*supra*, nota 55), designa una qualificazione non già del mezzo processuale, ma del risultato ottenibile al termine del processo ovvero della forma di tutela accordata con il provvedimento decisorio finale.

non significativa) delle garanzie internazionali sul "processo equo",⁹⁷ che in Italia non hanno efficacia di norme costituzionali⁹⁸ - ha caratterizzato l'imponente sviluppo della giurisprudenza costituzionale, dal 1956 ad oggi.⁹⁹

L'insieme delle garanzie attinenti al processo, che sono contenute nella Costituzione del 1948, si fonda su di un coordinamento fra più norme della Parte I e della Parte II, nelle quali trovano collocazione:

- da un lato, *garanzie soggettive* da cui vengono riconosciuti all'individuo determinati diritti fondamentali della persona (artt. 2 e 3) e diritti alla tutela giurisdizionale (ossia, *diritti al o nel processo*: cfr. gli artt. 24 e 25);

- dall'altro, *garanzie oggettive* (o di sistema), le quali incidono sulla struttura degli organi giudiziari o sui profili funzionali dell'amministrazione della giustizia (cfr.: gli artt. 101-113 Cost.).

Nell'evoluzione dei canoni interpretativi di queste garanzie, la giurisprudenza della Corte costituzionale, sostenuta da un apporto dottrinale non meno continuo, da tempo è riuscita a trarne - anche grazie agli occasionali spunti, ricavabili dalle Convenzioni internazionali¹⁰⁰ - una esauriente nozione di "processo giusto" o di "processo equo", quale categoria ordinante di più *garanzie minime* (ossia di condizioni necessarie e sufficienti di "legalità" e di "equità" processuale),¹⁰¹ al cui centro si collocano:

⁽⁹⁷⁾ Nel senso che il diritto ad un processo "equo" svolge un ruolo essenziale in ogni società democratica e civile, giustificando l'accoglimento di una concezione "sostanziale", e non puramente "formale", dei suoi contenuti specifici (quali sono: il contraddittorio, la *égalité des armes*, l'imparzialità e l'indipendenza del giudice), cfr., ad es., Cedu, 26 marzo 1982, Adolf - Gov. Austria, *Riv. Dir. Internaz.*, 121 ss., 1984.

⁽⁹⁸⁾ Esse hanno la stessa efficacia delle leggi ordinarie di ratifica e, per di più sono escluse dall'area di recepimento automatico, riservato dall'art. 10, 1° comma, della Costituzione, alle "norme del diritto internazionale generalmente riconosciute".

Quest'ultimo è ormai un principio consolidato. Nel senso che l'art. 10 si riferisce alle "norme internazionali di natura consuetudinaria e non a quelle di origine patrizia", ad es., cfr. Corte cost., 30 luglio 1997, n. 288, *Rep. Foro it.*, 1997, voce "Corte costituzionale", n. 44.

⁽⁹⁹⁾ Sul tema, Coniglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, cit., p. 678 ss., 682 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Per un non recente esempio di tale possibile apporto interpretativo, cfr. Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, *Foro it.*, vol. I, p. 1.374-1.379, 1993 (sugli artt. 454 e 458 c.p.p.).

⁽¹⁰¹⁾ Sul "equità processuale" nel contesto delle garanzie internazionali di giustizia, cfr., ad es., Martínez Ruiz, "L'esigenza di equità nel processo civile - Giurisprudenza europea", *Riv. Internaz. Diritti dell'uomo*, 325 ss., 1991; in giurisprudenza, T. pen. internaz. ex Jugoslavia, 2 ottobre 1995, Tadic, *Riv. Dir. Internaz.*, 1.016 ss., 1995.

Per un perspicuo quadro analitico delle garanzie costituzionali in Italia, cfr. Andolina, Vignera, "I fondamenti costituzionali della giustizia civile", *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, p. VII-XI, 3-230.

- il diritto di azione e soprattutto il diritto di difesa, componente essenziale, la cui inviolabilità non è assoluta, potendo subire legittime limitazioni in rapporto alla diversificata tipologia dei singoli procedimenti ed alle esigenze di tutela di altri interessi o valori sovraordinati (quali sono: l'interesse alla ordinata amministrazione della giustizia, la celerità del giudizio, la razionalità di termini congrui, la previsione di preclusioni che non siano tali da rendere eccessivamente onerosa o difficoltosa la difesa in giudizio, le esigenze di certezza);¹⁰²

- il principio del contraddittorio (seppure sino ad oggi rimasto privo di un riscontro testuale nella Carta costituzionale, ma tratto dalla combinazione fra gli artt. 3 e 24 Cost.), che si fonda sull'eguaglianza e sulla "*égalité des armes*" delle parti dinanzi al giudice.¹⁰³

Lasciando da parte il concetto di "giusto procedimento", che viene riferito al procedimento amministrativo e non si reputa coperto da una protezione costituzionale diretta,¹⁰⁴ il "giusto processo" è una "formula" tipica del processo giurisdizionale, la quale comprende:

- anzitutto, i principi dettati dalla Costituzione "in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio";

- inoltre, l'imparzialità del giudice, profilo specifico (e soggettivo) di quel carattere di "terzietà" che, anche attraverso le norme funzionali sulla "incompatibilità", caratterizza essenzialmente sia la funzione giurisdizionale, sia la posizione istituzionale del giudice (nei confronti di ogni altro soggetto pubblico), condizionando la stessa effettività dell'esercizio dei diritti di azione e difesa nel giudizio.¹⁰⁵

⁽¹⁰²⁾ Sul punto, ad es., cfr. Corte cost., 29 dicembre 1987, n. 345, *Foro it.*, vol. I, p. 3.220-3.227, sp. 3.223, 1988 (sull'art. 323 del c.p.p. del 1930 e sui consulenti tecnici per l'imputato).

⁽¹⁰³⁾ Cfr., ad es., nei rapporti fra "giusto" ed "equo" processo, alla luce delle norme costituzionali e di quelle internazionali, Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 188, *Foro it.*, vol. I, p. 3.18-321, 1981 (sugli artt. 125 e 128 del c.p.p. abrogato, nonché sull'autodifesa dell'imputato).

⁽¹⁰⁴⁾ E' fatta salva, tutt'al più, la possibilità di invocare, quale parametri, il "buon andamento" e l'"imparzialità" della pubblica amministrazione, secondo l'art. 97, 1° comma, Cost. Cfr., in tal senso, ad es., Cons. Stato, sez. III, 7 maggio 1996, n. 582, *ibid.*, 1998, voce "Opere pubbliche", n. 127, Cass., sez. un., 27 maggio 1999, n. 308, *ibid.*, 1999, voce "Espropriazione per pubblico interesse", n. 289. In dottrina: Roehrsen, "Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali". *Dir. proc. ammin.*, 1987, 47 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Così, ad es., Corte cost., 24 aprile 1996, n. 131 (sugli artt. 34, 2° comma, e 309-310 c.p.p.), *Foro it.*, vol. I, p. 1.489-1.499, sp. 1.490-1.493, 1996, con nota di Di Chiara, *Giudizio cautelare, "forza della prevenzione" e incompatibilità del giudice*: appunti sparsi "a prima lettura" su Corte cost. 131/96, 1.489-1.496.

Nell'ambito della stessa formula, è dunque agevole identificare il "nucleo essenziale" della tutela giurisdizionale (vale a dire, del "diritto al giudizio" o del "diritto alla tutela giurisdizionale", che vengono inclusi fra i "diritti inviolabili dell'uomo", ex art. 2 Cost.).¹⁰⁶ Entro la cornice dei "diritti umani" garantiti non soltanto dalle Convenzioni internazionali, ma anche dall'ordinamento italiano (ex art. 2 Cost.), l'effettività della tutela dei diritti sostanziali, cui è preordinata l'azione o la difesa in giudizio, e l'efficacia della giurisdizione non possono che combinarsi con la stessa esigenza di una "durata ragionevole del processo", presupposto indefettibile di un'efficiente tutela giurisdizionale.¹⁰⁷

Come si può constatare, dunque, tutti i valori - oggi formalmente consacrati nei primi commi del nuovo art. 111 Cost. - già si trovano combinati e racchiusi in una sintesi superiore, cui corrisponde, nell'accezione diffusamente accolta, la ricordata categoria del processo "giusto"¹⁰⁸ od "equo".¹⁰⁹

6. Il nuovo art. 111 della Costituzione italiana, nelle prime tendenze interpretative

Le disposizioni costituzionali del 1999, a prima vista, non sembrano immuni da talune imprecisioni od incertezze semantiche.

¹⁰⁶ Sul punto, cfr. Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98, *Foro it.*, vol. I, p. 8-14, 1966; Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, *ibid.*, vol. I, p. 934-950, con nota di Lariccia.

¹⁰⁷ In questi precisi termini, cfr., ad es., Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, *Foro it.*, vol. I, p. 1.072-1.080, sp. 1.075, 2000 (sull'art. 696 c.p.c.), con nota di Pagni, *I limiti dell'accertamento tecnico preventivo ancora al vaglio della Corte costituzionale*, p. 1.073-1.079.

¹⁰⁸ Con riguardo al processo penale, in dottrina, cfr., ad es.: Bargi, *Procedimento probatorio e giusto processo*, Napoli: Jovene, 1990, XVI-306; Id., "L'immediata applicabilità del "nuovo" art. 513 c.p.p. nel giudizio di cassazione (ancora una volta a confronto il dogmatismo formalistico e la cultura del "giusto processo)". *Riv. Dir. Proc.*, p. 359-398, 1999; Giarda, *Affermati come valori costituzionali i contenuti del "giusto processo"*, commento a Corte cost., 15.09.1995, n. 432, *Corriere giur.*, p. 24 ss., 1996; Stracusanò et al. *Il giusto processo*. Atti del Convegno di Salerno, 11-13.10.1996. Milano: Giuffrè, 1998. VI-270; Ubertis, *Verso un "giusto processo" penale*. Torino: Giappichelli, 1997. p. 1-162; Viglietta, "Per un giusto processo". *Critica de dir.*, 1997. 45 ss.

¹⁰⁹ In dottrina si parla naturalmente, di "equo processo" con riferimento alle garanzie internazionali di giustizia. Cfr., ad es.: Consolo, "L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Riv. Internaz. Diritti dell'uomo*, 295 ss., 1993; De Salvia, *Riflessioni in tema di esecuzione civile ed equo processo nel quadro dell'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ibid.*, 1993, 15 ss.; Russo, "Il principio dell'equo processo nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo", *P.Q.M.*, 1994, fasc. 2, 94 ss.; Scalabrino Spade, "Equo processo" e processo amministrativo italiano". *Riv. Internaz. Diritti dell'uomo*, 41 ss., 1988; Tonolli, *Il principio della parità delle armi nell'equo processo e la regola nemo in propria causa testis esse debet*, *ibid.*, 1996. 306 ss.; Ubertazzi, *Nuove frontiere della regola dell'equo processo?*, *ibid.*, 1988. 23 ss.

Anzitutto, mentre la "giustizia" viene "amministrata" (art. 101, 1.° comma, Cost.), la "giurisdizione" - o, se si preferisce, la "funzione giurisdizionale" (art. 102, 1.° comma, Cost.) - appare tecnicamente neutra, come lo è il "processo", poiché prescinde sul piano finalistico dal tipo, dalla natura e dalla qualità del risultato sostanziale ottenibile dal giudizio. Essa, perciò, non si "attua", ma semmai "si esercita" o viene "esercitata" dai giudici che ne siano titolari, come è possibile argomentare dall'art. 1 c.p.c.¹¹⁰ Ciò che invece si "attua", mediante l'esercizio strumentale di quella "funzione", nel contesto modale di un "giusto processo", è il suo fine o scopo istituzionale, vale a dire la "tutela giurisdizionale" dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi ritenuti meritevoli di protezione dal diritto sostanziale (artt. 24, 1.° comma, e 113 Cost.; art. 2907 c.c.).¹¹¹

Inoltre, nel nuovo art. 111 non è chiaro se il "processo" possa già reputarsi di per sé "giusto", solo perché sia comunque "regolato dalla legge" (1.° comma), oppure se esso possa e debba considerarsi tale, solo in quanto la sua "regolamentazione per legge" realizzi appieno le condizioni previste nel 2.° comma, facendo sì che qualsiasi processo si svolga "nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale", con garanzie "legali" di "ragionevole durata".

Neppure è chiaro, d'altronde, se l'esigenza che il "giusto processo" sia comunque "regolato per legge" (1.° comma) dissimuli una normale ed estrinseca "riserva di legge", escludendo di conseguenza - sul piano delle fonti - che esso possa mai essere disciplinato da atti regolamentari (come, ad es., accade in Francia) od anche da *rules of court* scaturite dal *rule-making power* del potere giudiziario (come, ad es., avviene nei sistemi processuali anglosassoni), oppure identifichi una "riserva" intrinseca e contenutistica, imponendo alla legge medesima di disciplinarlo compiutamente ed analiticamente (soprattutto, nei rapporti fra i poteri delle parti e il ruolo del giudice o nella predeterminazione dei termini e delle forme entro cui gli atti processuali debbano essere compiuti).¹¹²

Ciò premesso, si sta consolidando un forte contrasto tra due divergenti orientamenti di pensiero:

- Vi è, da un lato, chi ritiene che, alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sul "giusto processo", sino ad oggi acquisita (cfr.: *supra sub 5*), non

¹¹⁰ Cfr. anche, per quanto riguarda la giustizia tributaria, l'art. 1, 1.° comma, del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

¹¹¹ Su questo tema, Comoglio, *Codice civile ipertestuale*, t. II, *sub art.* 2.907, Torino: Utet, 2000, p. 4.904-4.914.

¹¹² Sui punti qui trattati, cfr., acutamente, Chiarloni, "Il nuovo art. 111 Cost. ed il processo civile". *Riv. Dir. Proc.*, p. 1.010-1.034, sp. 1013-1017, 2000 (nonché nel vol. II *nuovo art. 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, *Quaderni di "Questione giustizia"*, Milano, 2001, p. 13-35); Proto Pisani, "Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile", *Foro it.*, vol. V, p. 241-250, sp. 241-242, 2000 (nonché nel vol. II *Il nuovo art. 111...*, cit., p. 317-334).

vi sia stata alcuna reale "rifondazione" dei principi costituzionali attinenti al processo;

— c'è invece, dall'altro, chi opina che la formulazione espressa di nozioni precedentemente ignote alla Carta costituzionale ("giusto processo", "contraddittorio", "giudice terzo e imparziale", "ragionevole durata") e soprattutto la collocazione testuale delle nuove garanzie nella Parte II (Tit. IV, Sez. II, "Norme sulla giurisdizione") possano avere, ben al di là delle coscienti intenzioni palesate dagli stessi legislatori, ricadute e ripercussioni notevoli, a livello sistematico.¹¹³

In parole diverse, la presunta ed auspicata "rifondazione" di quei fondamentali principi è una mera enfasi retorica, nel perseguimento di obiettivi contingenti di politica giudiziaria,¹¹⁴ oppure è una tangibile realtà?

A seconda di come si intenda rispondere, le conseguenze e le ricadute pratiche sono profondamente diverse. Nel primo senso, ovviamente, il quadro dei principi e delle garanzie costituzionali invocabili — nel contesto del controllo "incidentale" di costituzionalità, che fino ad oggi, non essendo mai stato introdotto alcun ricorso individuale diretto (sull'esempio dell'*amparo* o della *Verfassungsbeschwerde*)¹¹⁵ avanti all'organo supremo di giustizia costituzionale per la tutela dei diritti fondamentali, è l'unico ammissibile in Italia¹¹⁶ — rimarrebbe quello che era. Nel secondo senso, invece, quel medesimo quadro si arricchirebbe notevolmente, ponendo le premesse per una nuova (e, si spera, stimolante) "stagione" di interventi caducatori, integrativi o additivi, ad opera della Corte costituzionale, cui (come non è difficile prevedere) verranno presto devolute, dai giudici ordinari o speciali, ulteriori questioni di legittimità costituzionale di molteplici istituti processuali.

7. Segue: Il "giusto processo regolato dalla legge"

Se il "processo" fosse di per sé "giusto", solo perché "regolato dalla legge" (cioè da norme ordinarie, promulgate dal potere legislativo, e non anche da norme regolamentari amministrative o, peggio ancora, da norme elaborate dal

(113) Per una precisa identificazione dei possibili *trends* interpretativi, ancora Chiarloni, *op. ult. cit.*, p. 1.010-1.014. Con equilibrate considerazioni, aperte ad un migliore dialogo con l'Europa sul tema comune delle garanzie fondamentali del "giusto" od "equo" processo, cfr. Trocker, Il valore costituzionale del "giusto processo", cit., nel *Il nuovo art. 111 della Costituzione*, cit., p. 36-54; Pivetti, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, *ibid.*, 55-91.

(114) Cfr. ancora, *retro*, § 2.

(115) Si ricordi, al riguardo, la proposta di modificazione dell'art. 134, lett. i, Cost., formulata dalla Commissione Bicamerale nel 1997 (sul punto, Comoglio, *Valori etici...*, cit., 915-916).

(116) In forza degli artt. 23-31 della l. 11 marzo 1953, n. 87.

rule-making power degli stessi giudici), la portata garantistica del concetto costituzionale si arresterebbe alla prima (e più esterna) barriera protettiva, assumendo un significato puramente estrinseco e superficiale.

E' certo, invece, che il "processo" non possa dirsi "giusto", se non in quanto la "legge", da cui è comunque "regolato", rispetti *ab intrinseco* le condizioni essenziali (quali sono: il contraddittorio, la parità delle parti, la terzietà e l'imparzialità del giudice), che sono dettate nel 2.° comma dell'art. 111 (giacché ogni diversa interpretazione sarebbe riduttiva e fuorviante).

Tali condizioni o componenti essenziali rappresentano, a loro volta, talune garanzie minime, necessarie e sufficienti perché il "processo" che le rispetti o le attui possa definirsi, appunto, "giusto", "equo" e "dovuto". La stessa tradizione storico-evolutiva del *due process of law*, sfociata nell'elaborazione internazionale del processo "equo", è ferma nel ricondurre, entro il suo ambito concettuale, una serie di garanzie minime (quali, ad es., l'*adequate notice*, il *right to counsel*, il *burden of presenting and producing evidence*, la *confrontation*), o, come si dice nel linguaggio tedesco, una serie di *Mindestgarantien* coesenziali ad un *fairen Verfahren*,¹¹⁷ i cui presupposti genetici risalgono alla *natural justice*, ricollegandosi, più modernamente, ai *diritti inviolabili dell'uomo*, che lo Stato di diritto non crea né costituisce, ma ha il dovere di "riconoscere" e di "garantire" (art. 2 Cost.).

I corollari di quanto si è detto non possono, dunque, che essere questi.

Non sembra concepibile una costante garantistica costituzionale, in forza della quale il "giusto processo", per essere tale, debba sempre e necessariamente avere supporto e riscontro in una sua "regolamentazione" *ope legis*, che sia di tale analiticità ed estensione, da predeterminare, in modo rigido ed esaustivo, non solo i poteri, i doveri e le facoltà dei soggetti processuali (parti e giudice), nella trattazione, nell'istruzione e nella discussione della causa, ma anche le forme e i termini di compimento dei diversi atti processuali in cui si traduce l'esercizio dei poteri suindicati. Se ciò fosse realmente ipotizzabile e sostenibile, il "dovuto processo legale" dovrebbe dirsi esistente, soltanto laddove la disciplina di legge ne preveda, con rigida precisione e con esauriente completezza, forme, modalità e termini.

E', invece, configurabile una costante garantistica di minore contenuto e di significato non così assoluto, la quale esige che il "giusto processo", come tale, sia "regolato dalla legge" — pur in forme relative e variabili, a seconda delle peculiarità proprie delle situazioni sostanziali da tutelare o dei riti e dei modelli processuali "differenziati", ad esse applicabili — quantomeno nella indefettibile realizzazione di quelle garanzie minime, le quali sono necessarie e sufficienti perché qualunque tipo di "processo" possa, appunto, definirsi "equo" e "giusto".

(117) Per ulteriori riferimenti, cfr. Hartmann, in Baumbach, Lauterbach, Albers, Hartmann, *Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen*, C. H. Beck, München, 1997, Eml III, 8-12, Grundz § 253, p. 824-826.

Occorre, allora, prevenire ogni equivoco possibile. Anzitutto, non può certo dirsi "giusto" solo quel processo che - al pari di quanto si constata per il processo di cognizione ordinaria - trovi nella "legge" una regolamentazione analitica e (tendenzialmente) completa delle diverse situazioni di diritto, di potere e di dovere, in esso configurabili, nonché una precostituita e "canalizzata" scansione di forme, di preclusioni e di tempi per il compimento degli atti processuali in cui quelle situazioni, di volta in volta, si traducono. Ma, simmetricamente, non rischia di essere considerato, quel diverso processo che, lungi e quindi solo per questo incostituzionale, trovi invece nella "legge" una dall'essere analiticamente regolamentato, disciplinato dalla celerità, della disciplina assai scarna e sintetica, all'insegna della celerità, della deformalizzazione e della semplificazione del rito, affidando ai poteri discrezionali di direzione processuale ed ai poteri di iniziativa d'ufficio, di cui sia munito il giudice, la elastica determinazione delle forme, dei tempi e dei termini in cui gli atti del processo vanno compiuti, a seconda delle variabili caratteristiche delle situazioni processuali configurate.

Se così non fosse consentito argomentare e concludere, si perverrebbe all'assurdo di sottrarre, irrazionalmente, alla "copertura" garantistica del "giusto processo" (o del "dovuto processo legale") tutti quei modelli, in cui le forme, i ritmi e i tempi, le preclusioni, le attività di deduzione, di allegazione e di prova, subiscano l'incisiva presenza di un ruolo "forte" del giudice "attivo", dotato di ampi poteri discrezionali di direzione del processo. Si tratta, d'altronde, di modelli e di tipi di "processo", nei quali il requisito della previa "regolamentazione per legge" (in base all'art. 111, 1.° comma, Cost.) è comunque rispettato, ogni qual volta la fonte e i limiti connotati, "interni" od immanenti dei poteri discrezionali del giudice¹¹⁸ trovino la loro piena legittimazione in altrettante fattispecie genetiche, delineate dalle norme di sistema per mezzo di "clausole generali" specifiche o, comunque, con ampie previsioni di sintesi (cfr., ad es., nel processo di cognizione ordinaria, l'art. 345, 3.° comma; nel processo del lavoro, gli artt. 421, 424-425 e 437, 2.° comma; nel procedimento cautelare uniforme, gli artt. 669-series, 1.° comma, e 669-terdecies, 2.° comma; o, nel procedimento in camera di consiglio, l'art. 738, 3.° comma, c.p.c.).¹¹⁹

(118) Correttamente, Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost.*, cit., p. 245-244 - nel richiamarsi a Fabbrini, "Potere del giudice (dir. proc. civ.)", *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 721 ss. - postula una diversificata "analiticità" di previsioni normative, a seconda che si tratti di poteri strumentali di direzione "formale" (ex art. 175 c.p.c.) oppure di poteri discrezionali di direzione "materiale" (cfr., ad es., l'art. 421 c.p.c.), come tali capaci di influire sulla formazione del convincimento decisorio del giudice.

Sul tema, con ulteriori approfondimenti e rilievi cruciali, cfr. Costantino, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo civile'. Le garanzie", nel vol. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione...*, cit., 255-270.

(119) Per analoghi rilievi, sul punto, Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile...*, cit., p. 392-393.

Non sarebbe, per contro, "giusto" (e quindi si porrebbe in frontale contrasto con i principi espressi dall'art. 111) quel "processo" che - a prescindere dal grado di precisione e di analiticità della sua regolamentazione per legge o dal variabile spazio attribuito e concesso all'iniziativa discrezionale del giudice nella sua direzione - non permettesse di vedere compiutamente realizzate, entro i confini della propria disciplina normativa, quelle *garanzie minime essenziali*, di per sé necessarie e sufficienti, che sono scolpite nel nuovo 2.° comma dell'art. 111 (contraddittorio, parità delle parti, terzietà e imparzialità del giudice).

Se, allora, l'accento cade - più che sulle caratteristiche di completezza o sui profili di analiticità della rispettiva regolamentazione per legge - sulla variabile (cioè, maggiore o minore) "effettività" dell'attuazione di quelle *garanzie minime*, ne deriva un'importante conseguenza. Qualsiasi "processo" (o modello e tipo di "processo") è (o può essere) "giusto", solo se ed in quanto la "legge" vi abbia previsto o comunque "regolato" un'adeguata attuazione di tutte quelle *condizioni minime coesenziali*, che (in base all'art. 111, 2.° comma) si intendono all'uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti.¹²⁰

8. Segue: Il Contraddittorio delle parti, in condizioni di parità

Così chiarito il rapporto intercorrente fra il 1.° e il 2.° comma del nuovo art. 111, nella configurazione delle *garanzie minime* del "giusto processo", che la "legge" dovrebbe in ogni caso "regolare", è ora possibile individuare in qual misura l'enunciazione espressa della garanzia attinente al "contraddittorio delle parti, in condizioni di parità" - sino ad ora, ricavabile dalla attenta combinazione ermeneutica dei precetti contenuti negli artt. 3 e 24 Cost. - sia idonea a provocare effetti positivi e ricadute problematiche sull'assetto attuale del sistema delle garanzie.

(120) In tal senso e in tali limiti, mi paiono del tutto condivisibili le considerazioni di Proto Pisani, *Il nuovo art. 111...*, cit., p. 242-245.

La stessa Corte costituzionale - nelle sue prime prese di posizione sulle nuove garanzie (cfr., ad es. Corte cost., ord., 25 ottobre 2000, n. 439, sull'art. 513, 2.° comma, c.p.p.; Corte cost., 25 ottobre 2000, n. 440, sugli artt. 500 e 512 st. cod., *Foro it.*, vol. I, p. 40-47, 2001, con nota di Di Chiara) - non manca di sottolineare come, pur con l'inserimento nella Carta costituzionale dei principi compendiali nell'espressione del "giusto processo", rimanga comunque affidato al legislatore ordinario "il compito - ad esso proprio - di definire l'architettura degli istituti processuali e di calibrarne dinamica e struttura".

Per un approfondimento dei problemi connessi, soprattutto con riguardo ai procedimenti in camera di consiglio e ad altri procedimenti speciali, in cui manca a priori una regolamentazione normativa precisa delle modalità di attuazione del contraddittorio, cfr. Comoglio, "Le garanzie fondamentali del 'giusto processo'...", cit., *Nuova Giur. Civ.*, vol. II, p. 12-15, 2001 (ed. ivi ampi riferimenti).

Vi sono, ad un tempo, novità e conferme.

Occorre analizzare distintamente i più importanti profili d'indagine.

A) *Il contraddittorio come garanzia strutturale*. E' da tempo noto per quali ragioni storiche, nei lavori dell'Assemblea costituente del 1948, la "difesa" - corrispondente a un "diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" (art. 24, 2.° comma) - fosse stata concepita come una garanzia individuale minima. Essa doveva istituzionalmente essere riferita - come si desume dalla stessa impostazione letterale della norma - ad un processo (qual era, all'epoca, quello penale inquisitorio, disciplinato dal c.p.p. del 1930) il cui presupposto strutturale era, per definizione, la disparità di posizioni (o di "armi") fra la parte pubblica (il pubblico ministero) e le parti private (imputato, persona offesa dal reato, parte civile). Nei confronti di queste ultime, quindi, l'"inviolabilità" del diritto di difesa rappresentava un insopprimibile (seppure minimo) presidio, al fine di riequilibrare un rapporto fra le parti, che era geneticamente, strutturalmente e funzionalmente squilibrato in favore della prima.

Si sa, pure, che - come ripetutamente ha ribadito la Corte costituzionale - alcuni principi derivati hanno caratterizzato ancora meglio tale garanzia ed i suoi diversi contenuti, ponendo progressivamente in luce i seguenti corollari:

- a) la "difesa", come garanzia collocata nella Parte I (Tit. I, Rapporti civili), nasce originariamente, al pari del diritto di azione, quale *diritto individuale* della persona accusata, perseguita o convenuta davanti al giudice (se si vuole, quindi, quale diritto inviolabile dell'uomo, da riconoscersi e da garantirsi ai sensi dell'art. 2);

- b) la stessa "difesa" viene, poi, gradualmente ad assumere una dimensione bilaterale di reciprocità, quale garanzia da riconoscersi in condizioni di parità ad ogni parte coinvolta nel processo, essendo gradualmente correlata ai principi desumibili sia dal rapporto logico "interno" fra il 1.°, il 2.° e il 3.° comma dell'art. 24, sia dalla combinazione con i principi di eguaglianza, formale e sostanziale, scaturiti dall'art. 3;

- c) in questa ampliata dimensione, essa assurge a presupposto funzionale e strumentale del "contraddittorio" bilaterale fra le parti, soprattutto nell'ambito del processo civile o dei processi comunque diversi da quello penale; sicché in tanto può dirsi realizzato un "contraddittorio" equilibrato e ragionevole, in quanto vengano assicurate a ciascuna delle parti contrapposte nel giudizio, in condizioni di effettiva parità, l'"eguaglianza delle armi" e la pari *possibilità* di infruire, con l'esercizio dei poteri di argomentazione, di deduzione e di prova, sulla formazione del convincimento decisivo del giudice (è la c.d. *Chancengleichheit*);

- d) in altre parole, la "difesa" come tale non si esaurisce nel "contraddittorio", ma si pone con esso in un rapporto di mezzo a fine, rappresentandone, se reciprocamente garantita a ciascuna delle parti in lite, un insopprimibile strumento di attuazione; ma, comunque, quale *garanzia minima* di ordine individuale, essa esprime una mera *possibilità di difesa*, purché reale, effettiva e non soltanto teorica, ben potendo essere oggetto di una *rinunzia*, anche implicita, od essere di

fatto non esercitata da chi, per sua libera scelta, ed a suo rischio e pericolo, non intenda poi avvalersene;

- e) l'"inviolabilità" della stessa "difesa", proclamata dal 2.° comma dell'art. 24 "in ogni stato e grado del procedimento", si traduce infine in una *garanzia minima* di ordine dinamico, per effetto della quale sarebbe costituzionalmente inammissibile un "contraddittorio" che non sia affatto assicurato, a livello di *possibilità* tecnica, quantomeno entro i limiti cronologici di ciascun grado del giudizio, ma venga, sempre sul piano tecnico, integralmente ed eventualmente "differito" dalla legge ad un *grado successivo*, rispetto a quello in cui esso dovrebbe trovare quantomeno un'attuazione *minima e inderogabile*.¹²¹

Ora, le novità testuali dell'art. 111, 2.° comma, potrebbero fornire spunti interpretativi, a loro volta, fuorvianti ed equivoci.

Una constatazione è certa. Il diritto "inviolabile" di "difesa", colpe si è visto, è collocato dal 2.° comma dell'art. 24 in un'ottica chiaramente individuale ed è riferibile (quale *garanzia soggettiva*) a ciascuna delle "parti" del giudizio, separatamente considerate, sì da potersi *de plano* concepire per taluna di esse come suscettibile di un esercizio differito, successivo ed eventuale, purché non *oltre i limiti cronologici di ciascun grado di giudizio* (cfr.: *supra*). Invece, la nuova garanzia del "contraddittorio" - inserita fra le *garanzie oggettive e strutturali*, concernenti la "giurisdizione" (art. 111, 2.° comma) - sembra collocarsi in una dimensione diversa, che potremmo definire di *contemporaneità bilaterale bilanciata*. La norma, invero, così si esprime: "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità (...)".

Non credo, però, sia consigliabile farsi trascinare dalla suggestione letterale ed incorrere in un rinnovato "formalismo delle garanzie", da altri giustamente deprecato,¹²² raggiungendo od avallando conclusioni erronee.

B) *Il contraddittorio e la prova*. Rimane fermo il punto, in forza del quale - per una deliberata scelta del legislatore nella revisione del 1999 - il "principio del contraddittorio nella formazione della prova" (art. 111, 4.° comma), sia pure con le eventuali eccezioni previste dalla legge (5.° comma),¹²³ è testualmente circoscritto, come garanzia specifica derivata (ma comunque diversa e distinta) da quella generale

(121) Per una panoramica di questi corollari, cfr.: Andolina, Vignera, *I fondamenti costituzionali...*, cit., p. 111-187; Comoglio, "Contraddittorio", *Dig. priv., sez. civ.* Torino: Utet, 1989, vol. IV, p. 3-64; Id., *Contraddittorio (principio del)*, *Enc. Giur., Aggiornamento*, Roma: Treccani, 1997, §§ 1-4; Id., "Le garanzie costituzionali", in: Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1998, p. 66-75.

(122) Chiarloni, *Contrasti tra diritto di difesa e obbligo della difesa*: un paradosso del formalismo concettualista, nonché *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, nel vol. *Formalismo e garanzie, Studi sul processo civile*, Torino: Giappichelli, 1995, p. 149-189.

(123) Si pensi ai limiti di utilizzazione di prove non formatesi nel contraddittorio, secondo quanto previsto, ad es., negli artt. 237, 238, 238-bis; 270, 495, 1.° comma, 511-bis c.p.p., nonché nell'art. 78 disp. att.

del "contraddittorio tra le parti" (2.° comma), al solo processo penale.¹²⁴ Non mi sembra che - di fronte ad un così chiaro dettato, nel medesimo contesto normativo - sia possibile alcuna alchimia interpretativa in senso estensivo.

Se ciò - come credo - appare indiscutibile, per il processo civile e per ogni processo diverso da quello penale non può affermarsi che la "formazione giudiziale della prova", nel contraddittorio delle parti davanti al giudice, corrisponda ad un autonomo principio, cui - sia pure in termini relativi, e non mai assoluti - la nuova norma costituzionale sia in grado di assicurare una specifica "copertura" garantistica. In altre parole, non mi sembra consentito sostenere od assumere in positivo che - nel processo civile ed in quelli comunque diversi dal processo penale - possano dirsi costituzionalmente ammissibili come *prove* in senso pieno¹²⁵ le sole *prove*, tipiche o atipiche,¹²⁶ la cui *formazione* (o, se si

(124) Sul punto: Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost.*, p. 1.033-1.034.

(125) Per tali si intendono, secondo una convenzione terminologica ormai acquisita: le *prove* in senso ontologico, le quali cioè - a prescindere dalla loro efficacia specifica (di prova *legale* o di prova *libera*) - siano dotate di *autosufficienza* e di *autonomia decisoria*, essendo capaci - ove occorra - anche *da sé sole*, singolarmente considerate, di fondare il convincimento decisivo del giudice di merito, ai sensi degli artt. 115, 1.° comma, e 116, 1.° comma, c.p.c. (per altri rilievi sul punto, Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 1998, p. 5-6, 7-11).

Tali non sono (o, perlomeno, non dovrebbero essere, malgrado i contrari indirizzi giurisprudenziali) le c. d. *prove per induzione* - ad es., le presunzioni semplici (artt. 2727 e 2729 c.c.) e gli argomenti di prova (art. 116, 2.° comma, c.p.c.) - le quali, vuoi per il requisito legale della "concordanza" (nel caso delle prime: art. 2729, 1.° comma, c.c.), vuoi per il carattere istituzionalmente "sussidiario" (nel caso dei secondi: art. 116, 2.° comma, c.p.c.), *da sé sole*, in assenza di altri riscontri, non sarebbero in grado di supportare con autosufficienza ed autonomia la formazione del convincimento decisivo del giudice.

(126) Per i necessari riferimenti di sintesi, sul problema delle "prove atipiche", si vedano: Comoglio, op. ult. cit., p. 21-43, testo e note; Ricci, *Le prove atipiche*, Milano: Giuffrè, 1999, vol. V-X, p. 1-664; Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano: Giuffrè, 1992, p. 377-394; Id., "Le prove", in: Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni...*, cit., p. 613-615.

Non posso dimenticare, a questo riguardo, che l'art. 332 dei c.p.c. brasiliano vigente accoglie una testuale apertura nei confronti di qualsiasi prova atipica, non disciplinata dalla legge, purché non si tratti di mezzi probatori illeciti o incostituzionalmente formati ("Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa").

Eguali aperture, verso l'utilizzabilità di mezzi probatori atipici - da disciplinarsi, eventualmente, con l'applicazione in via analogica delle regole previste per i mezzi tipici - a condizione che non si tratti di mezzi vietati o comunque proibiti, si colgono in generale nelle legislazioni processuali ispano-latinoamericana. Cfr., ad es.: l'art. 299, 3.° comma, della nuova LEC spagnola del 7 gennaio 2000 ("Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo

preferisce, la cui *costituzione*) sia avvenuta in *giudizio* avanti ai giudice, "nel contraddittorio tra le parti". Se così non fosse, si rischierebbe irrazionalmente di escludere *a priori* e in assoluto, sia dal processo civile, sia da quelli extrapenal, l'ammissibilità e l'utilizzabilità delle prove preconstituite di tipo documentale - che, a prescindere da quelle direttamente formate nel processo ai fini della documentazione degli atti processuali,¹²⁷ per definizione si formano al di fuori del giudizio ed in questo vengono poi meramente *acquisite* - oppure l'ammissibilità e l'utilizzabilità delle prove, tipiche o atipiche, le quali siano state comunque acquisite ed assunte in *altri* processi (nel contraddittorio fra le stesse parti o, addirittura, fra parti diverse).¹²⁸

Conta invece, in modo esclusivo, la garanzia del "contraddittorio" *tout court* (art. 111, 2.° comma). Dalla sua espressa enunciazione derivano comunque, infatti, taluni possibili corollari, i quali assumono una portata sistematica (se non sempre innovativa, quantomeno) rafforzativa di principi già affermati in passato.

E' anzitutto imprescindibile e, come tale, diventa inderogabile - facendo parte dell'"ordine pubblico processuale" - l'*effettiva possibilità*, opportunamente assicurata, provocata o comunque agevolata anche d'ufficio dal giudice, ammettere come *prueba*, adottando las medidas que en cada caso resulten necesarias; ma si veda, pure, il comma 2.° della stessa norma, sulle riproduzioni meccaniche della parola, del suono o delle immagini; l'art. 175, 2.° comma, del vigente c.p.c. colombiano ("El Juez practicará las pruebas no previstas en el Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio"); ed infine l'art. 136, 2.° comma, del *Código modelo* di procedura civile per l'America Latina del 1988 ("También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando análogamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley").

(127) Si tratta, logicamente, dell'attività di verbalizzazione (artt. 126 e 130 c.p.c.).

(128) E' questa - pur, in parte, criticabile, nel contesto normativo di riferimento (art. 7, 4.° comma, del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) - la prospettiva tracciata da Corte cost., 12 gennaio 2000, n. 18, *Rass. Trib.*, 557 ss., 2000, con commento di Russo, *Il divieto della prova testimoniale nel processo tributario*: un residuo storico che resiste all'usura del tempo, *Foro it.*, vol. I, p. 1.487-1.494, 2001, con nota di M. Rossetti, *Prova testimoniale e processo tributario*: ma il processo tributario è davvero un processo scritto? (nonché, in sintesi, in Comoglio, "Prove penali, giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario", *Dir. Pratica Trib.*, p. 966-968, 2000). Secondo la Corte, non è contrario alle garanzie costituzionali di paritaria difesa (artt. 3 e 24 Cost.) il divieto di prova testimoniale nel processo tributario, ove si consideri, fra l'altro, che l'utilizzabilità di "dichiarazioni" o di "informazioni" rese da parti o da terzi nella fase amministrativa, non costituendo "prova testimoniale" in senso proprio, è da dirsi pienamente ammissibile, purché: a) tali fonti o mezzi di prova abbiano un'efficacia probatoria propria degli "elementi indiziari", i quali possono bensì concorrere a formare il convincimento del giudice, ma "non sono idonei a costituire, da soli, il fondamento della decisione"; b) al contribuente sia comunque garantito il diritto di contestare con ogni mezzo di prova siffatte "dichiarazioni" o "informazioni", fermi restando i poteri ufficiosi di natura inquisitoria, spettanti al giudice in forza dell'art. 7, 1.° comma, per l'integrazione delle fonti probatorie acquisibili.

dell'instaurazione di un *adeguato contraddittorio* fra le parti, in ordine alle *risultanze di tutte le prove* che siano state a qualunque titolo acquisite, formate od assunte, *prima* che esse vengano apprezzate e valutate dal giudice medesimo, nella fase decisoria. L'esigenza di prevenire anche nella formazione del *giudizio di fatto* qualsiasi opzione giudiziale per una "terza via", non conosciuta, percepita o discussa previamente dalle parti in contraddittorio tra loro, impone che quest'ultimo sia tempestivamente esteso, altresì, a quei fatti non bisognosi di prova (ad es., ai fatti "notori" o alle "nozioni di fatto" rientranti nella "comune esperienza": art. 115, 2.° comma, c.p.c.), sui quali il giudice può comunque fondare il suo convincimento decisorio, oppure a quei "fatti certi" (o "indizi"), dai quali il giudice può "trarre" le idonee "conseguenze" per "risalire" alla sussistenza dei fatti "ignorati" (nel paradigma dell'inferenza presuntiva: art. 2727 c.c.).¹²⁹ L'omessa instaurazione di quel contraddittorio, in ogni caso, configura vizi in *procedendo* ed errori decisorii, che sono denunciabili avanti agli organi giurisdizionali di gravame, secondo le modalità e le forme dei diversi mezzi di impugnazione.¹³⁰

La garanzia del "contraddittorio" offre, dunque, una base od un riscontro costituzionale allo stesso "divieto di private informazioni" (o, se si vuole, al divieto di "scienza privata" del giudice), che il c.p.c. del 1942 ha stranamente evitato di includere fra i principi generali (ad es., nel Tit. V, *Poteri del giudice*, artt. 112-120), confinandolo nell'art. 97 disp. att.¹³¹ Ciò significa che, anche e soprattutto laddove il giudice, nel processo di cognizione ordinaria, abbia inteso esercitare i propri eccezionali poteri di iniziativa istruttoria *ex officio* (cfr.: l'art. 184, 3.° comma, c.p.c.) od, a maggior ragione, laddove il giudice, nei modelli di stampo marcatamente inquisitorio, sia investito di poteri *lato sensu* istruttori di accertamento della verità, il cui esercizio incide sensibilmente sulla raccolta del materiale decisorio e sulla formazione del proprio convincimento, la garanzia del contraddittorio va rigorosamente rispettata ed attuata. Le parti devono essere poste in condizione di esercitare a loro volta, nei termini più opportuni, il loro diritto di difendersi e di opporsi ai mezzi probatori disposti d'ufficio.¹³²

(129) Minor rigore dovrebbe, invece, prospettarsi per le basi fondanti degli "argomenti di prova", i quali derivano perlopiù da fatti e da comportamenti processuali delle stesse parti nel medesimo giudizio (cfr., ad es., gli artt. 117, 118, 2.° comma, 183, 1.° 2.° comma, 420, 1.° 2.° comma, c.p.c.).

Su questi temi, cfr. ancora Montesano, "La garanzia costituzionale del contraddittorio", cit., *Riv. Dir. Proc.*, p. 934-943, 2000. Per ulteriori considerazioni, sui rapporti fra poteri probatori e ruolo assistenziale del giudice, accertamento della verità, contraddittorio delle parti e garanzie del "giusto processo", cfr. Pivetti, "Per un processo civile giusto e ragionevole", cit., nel vol. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, p. 63 ss., 73 ss.; Caponi, *Brevi note sul contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile*, *ibid.*, p. 281-287.

(130) Cfr., ad es., gli artt. 161, 1.° comma, e 360, nn. 3-4-5, c.p.c.

(131) Sul punto, Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost.*, cit., p. 246.

(132) Nell'ottica costituzionale, insomma, la regola introdotta dalla Novella del 1990 nell'art. 184, 3.° comma, c.p.c., assurge a principio generale, per qualsiasi altra ipotesi di

Quel contraddittorio non può essere irragionevolmente limitato o circoscritto *a priori* ad uno, piuttosto che ad un altro, dei mezzi di prova disponibili, ma deve essere il più ampio possibile, senza preconstituite esclusioni, lasciando libero spazio all'esercizio del diritto di parte alla controprova od alla prova contraria.¹³³

La stessa ampiezza, tipologica e oggettiva, del contraddittorio (in prova contraria o in controprova) deve essere assicurata quando si discute della possibilità di utilizzare in un nuovo e diverso giudizio – purché con l'efficacia strumentale degli "indizi" sui fatti secondari (art. 2727 c.c.) o con quella attenuata degli "argomenti di prova" (artt. 116, 2.° comma, e 310, 3.° comma, c.p.c.) – talune *prove atipiche*, formate al di fuori del processo, oppure anche talune *prove costituenti tipiche*,¹³⁴ formate ed assunte in un processo diverso (eventualmente, il che è ancora più grave, nel contraddittorio fra parti diverse).

Ma resta fuori dubbio, in ogni caso, il divieto assoluto di utilizzare in un secondo processo, con la stessa originaria efficacia di *prova piena*, che possa essere come tale dotata di autosufficienza decisoria,¹³⁵ le *risultanze*, seppure già a suo tempo verbalizzate e quindi tradotte in una prova documentale, di una *prova costituenda* che sia stata assunta nel contraddittorio di parti diverse, in un processo diverso, e che sia ancora ontologicamente ripetibile.¹³⁶

Si riformula e si ribadisce così, *in negativo*, la regola enunciata poc'anzi in *positivo*. Le *prove* che, in un modo o nell'altro, a prescindere dalla loro provenienza, non si siano comunque formate in giudizio, nel "contraddittorio" fra le parti in esso costituite, sono bensì ammissibili, ma – se si eccettuano le prove documentali tipiche, nei limiti in cui esse esplicano efficacia di prova *legale* (artt. 2700 e 2702 c.c.) – sono utilizzabili unicamente con un'efficacia *probatoria attenuata* o *secondaria* (quali "indizi" o "fatti noti", ex art. 2727 c.c., oppure, meglio, quali "argomenti di prova": cfr. artt. 116, 2.° comma, e 310, 3.° comma, c.p.c.). Naturalmente, esse possono venire contrastate con ogni mezzo di prova diversa e/o contraria, che sia a disposizione delle parti in contraddittorio o comunque, a disposizione del giudice *ex officio*.

La sanzione di *nullità assoluta e insanabile*¹³⁷ – derivante dal mancato rispetto del "contraddittorio" preventivo, che a sua volta rappresenta lo "scopo"

iniziativa istruttoria d'ufficio (ad es., con riferimento agli artt. 421-425, nel processo del lavoro), ove pur manchi una previsione analoga.

(133) Sull'ampiezza di tale diritto: Taruffo, *Le prove...*, cit., In: Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni...*, cit., p. 608-613; Comoglio, "Preclusioni istruttorie e diritto alla prova", *Riv. Dir. Proc.*, p. 968-995, sp. 977-979, 1998.

(134) Anche *legali* (ad es., confessione o giuramento).

(135) Cfr. *supra*, nota 124.

(136) Sul tema, con altri approfondimenti, cfr. Comoglio, *Prove penali, "giusto processo" e poteri di acquisizione del giudice tributario*, cit., p. 943-971, sp. 945-947.

(137) Cfr. gli artt. 156, 2.° comma, 158, 159, 1.° comma, e 161, 1.° comma, del c.p.c. italiano.

fondamentale tipico della maggior parte degli atti processuali¹³⁸ - trova infine, oggi, nel nuovo art. 111, 2.° comma, il riscontro costituzionale della sua fattispecie genetica.

C) *Il contraddittorio e la norma giuridica*. Il contraddittorio sulle *quaestiones juris* e l'esigenza di prevenzione di qualsiasi "sentenza a sorpresa" o della "terza via" (*Überraschungsentcheidung*) - tanto cari, in quei termini, all'elaborazione costituzionale tedesca (cfr.: dopo la Novella del 1976, il § 278-III ZPO), ma pure ben noti all'esperienza francese del 1975 [cfr.: l'art. 16 c.p.c.: il giudice "ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement" (2.° comma); il giudice "ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations" (3.° comma)] - trovano nella nuova garanzia un autorevole e perentorio suggello.

Si rafforza, a livello giuridico e deontologico, convertendosi in un vero e proprio *potere-dovere* del giudice (tenuto, per così dire, a "faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction": *ad instar* di quanto è prescritto, ad es., nel ricordato art. 16, 1.° comma, del c.p.c. francese), l'obbligo di un preventivo "contraddittorio" fra le parti, in ordine ad ogni *questione*, di rito o di merito, di fatto o di diritto, pregiudiziale o preliminare, che sia dotata di incidenza decisoria. Viene poi meno, in virtù del dettato costituzionale e delle sanzioni di nullità dal medesimo indirettamente ricavabili, la possibilità per il giudice di merito (data quasi per scontata dallo stesso art. 276, 2.° comma, c.p.c.)¹³⁹ di rilevare d'ufficio, per la prima volta, nella deliberazione della sentenza, e di decidere quindi d'ufficio, contestualmente, una specifica "questione pregiudiziale", mai proposta (né rilevata) o comunque mai previamente discussa dalle parti in contraddittorio fra di loro. Tale possibilità non sembra più consentita, ma si impone al giudice deliberante il dovere costituzionale di provocare, con un'eventuale rimessione della causa nella fase di trattazione (o, come correntemente si suole dire, con la rimessione della causa in istruttoria), il preventivo contraddittorio delle parti sulla predetta questione, pronunciando un'apposita ordinanza (ex art. 279-280 c.p.c.) in cui essa venga formalmente "rilevata" e, pertanto, "indicata" alle parti medesime per le loro difese.

Cessa, inoltre, di essere un mero potere discrezionale (che sia, come tale, incensurabile e insindacabile), ma si trasforma finalmente in un vero e proprio *potere-dovere*, il cui mancato esercizio potrebbe essere censurato dalla parte soccombente quale vizio in *procedendo* (o in *judicando de procedendo*),

(138) Sull'argomento, cfr. Comoglio, *Forma e nullità degli atti*, in: Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni...*, cit. p. 347-350.

(139) La norma così statuisce: "Il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa".

deducibile nelle forme e nei limiti dei normali mezzi di impugnazione,¹⁴⁰ la situazione del giudice che, nella prima udienza di trattazione (o, aggiungerei, anche nelle udienze successive) "indica" previamente alle parti (e, quindi, in concreto *rileva*) le "questioni rilevabili d'ufficio" "delle quali ritiene opportuna la trattazione". Nel nuovo contesto costituzionale, non vi è più spazio per alcun apprezzamento puramente discrezionale da parte del giudice, giacché la previa provocazione del contraddittorio e la previa "trattazione" di qualsiasi "questione pregiudiziale" non sono più materia di mere valutazioni di "opportunità" processuale, rimesse al medesimo giudice, ma diventano invece una *conseguenza costituzionalmente necessaria* della loro "indicazione" (o, se si preferisce, del loro rilievo d'ufficio).¹⁴¹ Resta da vedere in quali forme sia tecnicamente possibile, a seconda dei momenti e delle fasi processuali, permettere alle parti di esercitare, in contraddittorio, i loro diritti di difesa, di prova e di controprova, in relazione alla questione rilevata d'ufficio.¹⁴²

L'esigenza della preventiva instaurazione del contraddittorio, a conti fatti, non incide in termini limitativi, ma semmai in termini modalitici e strumentali sulla libertà sovrana (seppure a schema vincolato, in forza del principio di legalità, sancito dall'art. 101, 2.° comma, Cost., e dall'art. 113 c.p.c.) della quale gode il giudice nello *jura dicere*. Il principio *jura novit curia*, tanto nell'applicazione della norma giuridica alla fattispecie concreta,¹⁴³ quanto nella qualificazione (o

(140) Segnatamente, nel giudizio di legittimità, avanti alla Corte di cassazione, ai sensi dell'art. 360, n. 4, c.p.c.

(141) In tali termini, si rafforza definitivamente - io credo - una conclusione alla quale mi era parso di poter comunque pervenire, sia pure con maggiori sforzi dialettici, in base alle garanzie costituzionali già note (Comoglio, "Le garanzie costituzionali", in: Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni...*, cit. p. 73-75).

Accoglie in pieno siffatta impostazione - del che prendo atto, con personale soddisfazione - e così introduce un *revirement* giurisprudenziale Cons. Stato, Ad. plen., 24 gennaio 2000, n. 1, *Foro it.*, vol. III, p. 305-308, sp. 307, 2000, con nota di Travi. Secondo questa significativa pronuncia, il giudice amministrativo, prima di decidere una questione rilevata d'ufficio, deve indicarla alle parti, per consentire la trattazione, in attuazione del principio del contraddittorio, poiché: a) nel nostro sistema processuale, "la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice non significa che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio, senza essere sottoposta al contraddittorio delle parti"; b) nell'indicata prospettiva, "rilevare d'ufficio" sta per "indicare d'ufficio alle parti" (arg. ex art. 183, 3.° comma, ed art. 184, 3.° comma, c.p.c.).

(142) Sulle diverse alternative ipotizzabili (ad es., divieto del rilievo d'ufficio al di là delle preclusioni istruttorie delineate dall'art. 184, 1.° comma; oppure rimessione in termini delle parti, ai sensi dell'art. 184-bis, c.p.c.), cfr. Montesano, *op. ult. cit.*, p. 931-934.

(143) Si ricordi, comunque, che, soprattutto nella conoscenza della norma straniera applicabile, il giudice della *lex fori* può contare anche sulla collaborazione delle parti (cfr., ad es., l'art. 14, 1.°-2.° comma, della l. 31 maggio 1995, n. 218, riforma del sistema di diritto internazionale privato italiano).

nella riqualificazione) giuridica dell'azione esperita e delle domande o dei *petiti* di parte, non subisce evidentemente alcuna compressione.

9. Segue: Il giudice "terzo" e "imparziale"

Sul piano testuale, la garanzia del giudice "terzo" e "imparziale" - rilevante novità, peraltro già ampiamente anticipata e sviluppata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, in linea con le esperienze europee (cfr.: *supra*, §§ 3-5) - crea le premesse per notevoli ricadute sistematiche, anche nell'ambito del processo civile.

Come già ho ricordato, le innovazioni sul "giusto processo", apportate all'art. 111, non toccano in alcun modo le garanzie "soggettive" ed individuali, già comprese *ab origine* nella Parte I della Costituzione. Rimane quindi intatta, fra l'altro, la garanzia del "giudice naturale preconstituito per legge", da cui, in forza dell'art. 25, 1.° comma, "nessuno può essere distolto". Ciò non significa che tale garanzia possa dirsi estranea ai valori integrativi del "giusto processo". Al contrario, essa ne rafforza la piena attuazione, contribuendovi - sia pure operando ad un livello diverso - in armonica sinergia con le garanzie di tipo strutturale, che oggi sono consacrate nel 1.° e nel 2.° comma dell'art. 111.

D'altronde, anche quella garanzia "soggettiva" ed individuale, sancita dall'art. 25, mira ad "assicurare l'assoluta imparzialità degli organi giudiziari, sottraendo la loro competenza ad ogni possibilità di arbitrio",¹⁴⁴ sì da escludere che "il giudice possa essere designato tanto dal legislatore con norme singolari che deroghino a regole generali quanto da altri soggetti con atti loro rimessi, dopo che la controversia è insorta".¹⁴⁵ Al cittadino, in sostanza, è data la "certezza" "di veder tutelati i propri diritti e interessi da un organo già preventivamente stabilito dall'ordinamento e indipendente da ogni influenza esterna".¹⁴⁶ Perciò, l'esigenza della "precostituzione" del giudice - profilo particolare e specifico del "giusto processo regolato dalla legge" (art. 111, 1.° comma)¹⁴⁷ - può dirsi soddisfatta "quando l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge sulla base di criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie", mentre il concetto di "giudice naturale" ha un contenuto più articolato, riferendosi non

(144) Così, ad es., sulle competenze a disporre un sequestro conservativo nei giudizi di responsabilità contabile ed amministrativa, Corte cost., 17 luglio 1998, n. 272, *Foro it.*, vol. I, p. 1.407-1.411, 1999, con nota di Vetrillo.

(145) In questi termini - a proposito dell'art. 33, 2.° comma, c.p.p. - ove si stabilisce che non rientrano fra le regole attinenti alla "capacità" del giudice (la cui osservanza è sancita a pena di nullità) quelle relative all'assegnazione dei processi alle sezioni degli uffici giudiziari - Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 419, *Foro it.*, vol. I, p. 760-762, 1999, con nota di Romboli.

(146) Così - a proposito dello *status* dei componenti delle Commissioni tributarie, nell'assetto disciplinato dalla riforma del 1981 - Corte cost., 23 maggio 1985, n. 156, *Foro it.*, vol. I, p. 2.853-2.858, 1985, con nota di Moretti.

(147) Cfr., *retro*, il § 7.

soltanto alla predeterminazione razionale delle regole generali di competenza e delle loro deroghe particolari, nei rapporti "esterni" tra uffici giudiziari,¹⁴⁸ ma anche ai criteri predeterminati ed obiettivi per l'assegnazione "interna" delle cause e per l'individuazione del giudice persona fisica che, nell'ambito di ciascun ufficio, sia chiamato in concreto a pronunciarsi sulla singola controversia.¹⁴⁹

Ora, le indicazioni emerse dai lavori preparatori della riforma costituzionale del 1999¹⁵⁰ sono di qualche aiuto per il chiarimento delle nozioni di "terzietà" e di "imparzialità" del giudice. La prima, certamente, integra le garanzie ordinamentali dell'"autonomia" e della "indipendenza" della magistratura, le quali operano ed agiscono nei confronti di qualsiasi intrusione od interferenza "esterna",¹⁵¹ assicurando che il singolo organo giurisdizionale, in formazione collegiale oppure monocratica, sia sempre composto da magistrati soggettivamente "diversi" dalle parti in lite, ossia "terzi" e "indipendenti", rispetto a ciascuna di esse. La seconda, invece, individua l'esigenza di serenità e di distacco, che deve contraddistinguere il magistrato, con l'assenza o con l'assoluta rimozione di qualsiasi pregiudizio personale, nel momento in cui egli sia chiamato a pronunciare le sue decisioni. Essa, in altre parole, mira a garantire l'esercizio disinteressato della funzione (che è, come tale, *super partes*), rendendone effettiva l'"equidistanza" dalle diverse posizioni che ciascuno dei litiganti, nel far valere i propri diritti, rispettivamente assume nel giudizio.

E' complementare, nell'ambito delle medesime garanzie, la situazione di "incompatibilità".¹⁵² Tale è, ad es., quella in cui versa il magistrato, che cumuli in sé la titolarità di funzioni, di attività o di uffici oggettivamente inconciliabili con l'esercizio della funzione giurisdizionale, o quella in cui egli rischia di trovarsi, allorché chiedi di appartenere ad un ufficio giudiziario del quale facciano pure parte come giudici (o nella cui sede esercitino abitualmente la

(148) Cfr. nella massima - con riguardo alla competenza territoriale a conoscere delle opposizioni alle ingiunzioni di pagamento di entrate patrimoniali di enti pubblici, secondo l'art. 3 del r. d. 14 aprile 1910, n. 639 - Corte cost., 30 dicembre 1997, n. 452, *Rep. Foro it.*, 1998, voce "Riscossione delle imposte", n. 306.

(149) Per ulteriori considerazioni, sulla rilevanza costituzionale del sistema delle "etichette" degli uffici giudiziari" (ex artt. 7-bis / 7-ter del r. d. 30 gennaio 1941, n. 12, ordinamento giudiziario, dopo le ultime Novelle), nonché sull'esigenza di assicurare alle parti appropriati "rimedi" per far valere in concreto eventuali violazioni dei preconstituiti "criteri" di assegnazione, cfr. Proto Pisani, "Per l'attuazione ragionevole della garanzia del giudice naturale", *Foro it.*, vol. V, p. 125-131, 2000.

(150) Si riveda, *retro*, il § 2.

(151) Riferite istituzionalmente - come si deduce dagli artt. 104-108 Cost. - ai principi ed ai rapporti di "separazione" fra i poteri, nel quadro garantistico dello Stato democratico di diritto.

(152) L'espressione, nel diritto pubblico, usualmente designa la inconciliabilità, e l'impossibilità (o, più esattamente, il divieto) di coesistenza di più cariche od uffici, di cui sia titolare un medesimo soggetto, in considerazione dei possibili danni o pregiudizi che ne possano derivare alle inerenti funzioni.

professione forense) suoi parenti entro il secondo grado od affini entro il terzo grado.¹⁵³ Ma è tale, altresì, la situazione del giudice che abbia, sia pur legittimamente, compiuto nel medesimo procedimento atti pregressi di esercizio della funzione, da reputarsi inconciliabili con la possibilità di rinnovare *ex post*, nel prosieguo del processo, l'esercizio di quella medesima funzione, con piena serenità ed in condizioni di assoluta carenza di personali pregiudizi.¹⁵⁴

E' opportuno, allora, riprendere in considerazione i concetti di "terzietà" e di "imparzialità". Come ha statuito la Corte Europea dei Diritti dell'uomo, alla stregua dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea del 1950, l'"imparzialità" e la "incompatibilità" del giudice vanno intese sia in senso soggettivo, sia in senso oggettivo. Il primo profilo riguarda il "foro interiore" del magistrato, ritenuto imparziale sino a prova contraria (da fornirsi con i mezzi di ricusazione, di volta in volta previsti dai diversi ordinamenti). Il secondo riguarda, invece, la rilevanza di quelle "condizioni esteriori" che, anche a livello di "mere apparenze", possano compromettere o pregiudicare l'amministrazione imparziale della giustizia.¹⁵⁵ Così, la garanzia può venire meno quando venga a mancare, per fatti oggettivi, la fiducia che ogni giudice deve ispirare alle parti in causa, indipendentemente dal fatto che, poi, il singolo giudice risulti, o meno, in concreto realmente mosso da un effettivo "pregiudizio", nell'accogliere una determinata soluzione della lite, anziché un'altra.¹⁵⁶

Lo stesso settore normativo delle "incompatibilità" del giudice (le cui previsioni sono da interpretarsi *stricto jure*, in quanto eccezionali)¹⁵⁷ è stato da tempo analizzato e trattato dalla nostra giurisprudenza, in rapporto alla garanzia del "giudice naturale" (art. 25, 1° comma, Cost.). Nell'evoluzione di tale analisi, si è consolidato il principio, in virtù del quale l'imparzialità del giudice potrebbe essere posta in pericolo - e quindi potrebbe determinare l'insorgenza di talune cause di "incompatibilità" sopravvenute, nel corso del medesimo giudizio - non già per effetto di una qualsiasi "valutazione" precedentemente operata dal giudice nello stesso o in altri procedimenti, bensì in dipendenza da una chiara "duplicità del giudizio di merito sullo stesso oggetto".¹⁵⁸ In queste ipotesi, ben potrebbe dirsi che il convincimento decisorio del giudice appaia indebitamente

(153) Cfr. gli artt. 16, 18 e 19 del r. d. 30 gennaio 1941, n. 12, ed anche l'art. 35 c.p.p.

(154) Tali sono ad es., emblematicamente, le diverse ipotesi, disciplinate dall'art. 34 c.p.p.

(155) Cfr. ad es., ancora Cedu, 26 ottobre 1984, Cubber, *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 929 ss., 1985, con nota di Ruggieri.

(156) In proposito, ad es., si rivedano ancora: Cedu, 1 ottobre 1982, Piersack, *Foro it.*, vol. IV, p. 109-116, sp. 115, 1983; Cedu, 7 agosto 1996, Ferrantelli - Gov. Italia, cit., *Giust. pen.*, vol. III, 449 ss., 1997, con nota di Patané. Sul tema, cfr. altresì Sabato, "L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", nel vol. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 167-176.

(157) Cfr. l'art. 14 delle disp. prelim. al c.c.

(158) Sul punto, ad es., cfr. Cass., 18 maggio 1993, Ferlito, e Cass., 3 settembre 1992, Vasile, *Rep. Foro it.*, 1993, voce "Astensione e ricusazione": nn. 27, 43.

condizionato dalla c. d. "forza della prevenzione", locuzione con cui si designa "la naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali del medesimo procedimento".¹⁵⁹ E', dunque, ancora aperto e vivace in Italia il dibattito teorico sulle differenti ipotesi, in cui, pure nel processo civile, al pari di quanto accade nel processo penale, potrebbero configurarsi determinate cause di "incompatibilità", tali da porre in pericolo l'"imparzialità" del giudice e da provocarne la sostituzione, in quanto egli appaia "prevenuto" e, perciò, *suspectus*.¹⁶⁰

Un punto conclusivo merita, comunque, particolare risalto. In termini deontologici, l'incidenza della nozione costituzionale di "imparzialità", quale canone o parametro di orientamento generale per il giudice nell'esercizio dei suoi poteri di direzione del processo¹⁶¹ e, soprattutto, nell'esercizio dei poteri di iniziativa istruttoria d'ufficio¹⁶² è, ormai, da considerarsi diretta ed immediata, grazie alla sua testuale formulazione. Al pari di quel che è sancito espressamente dall'art. 146 del c.p.c. francese,¹⁶³ è ormai imperativa l'esigenza di fare ricorso a

(159) La locuzione in esame, non certo priva di movenze icastiche, chiude l'*iter* motivazionale di Corte cost., 15 settembre 1995, n. 432, cit., *Foro it.*, vol. I, p. 3.068-3.071, sp. 3.071, 1995, con commento di Gaeta e Tei, *I pregiudizi nel pregiudizio ovvero il falso mito della verginità del "giudice del merito"*, *ibid.*, 1996, vol. I, p. 411-419. Essa, tuttavia, non è stata ulteriormente enfatizzata nelle successive pronunce, che si sono ancora occupate dei problemi inerenti all'art. 34 c.p.p. (cfr. *infra*).

(160) Per un approfondimento ulteriore di questo dibattito, Comoglio, "Le garanzie fondamentali del 'giusto processo'...", cit., *Nuova Giur. Civ.*, vol. II, p. 23-27, 2001, testo e note.

(161) Si tratta di quegli importanti poteri "intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento" (come statuisce l'art. 175, 1° comma, c.p.c.), il cui esercizio deve sempre orientarsi verso la salvaguardia delle esigenze di "effettività" della tutela e di "imparzialità" nell'istruttoria, onde concorrere all'attuazione di un "giusto processo" (così, nella massima, ad es., T.a.r. Lazio, sez. I, 3 ottobre 1998, n. 2775, *Trib. Amm. Regi.*, vol. I, p. 3.901, 1998, e *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Giustizia amministrativa", n. 891).

(162) Le fattispecie più delicate si configurano, in relazione a quei poteri discrezionali di direzione "materiale" del processo (quali sono quelli previsti, ad es., nell'art. 2736, n. 2, c.c., ovvero negli artt. 281-ter, 421, 437, 2° comma, c.p.c.) che, attraverso l'assunzione di un mezzo ufficioso di prova, maggiormente sono in grado di incidere sulla formazione del convincimento del giudice.

Per taluni recenti esempi di particolare delicatezza, con riguardo all'art. 421 c.p.c., cfr. Cass., sez. un., 13 gennaio 1997, n. 262, *Foro it.*, vol. I, p. 1.506-1.513, 1997 (sul che, cfr. Comoglio, "Istanze istruttorie e poteri del giudice *ex art.* 184 c.p.c.", *Riv. Dir. Proc.*, p. 989-1.012, sp. 1.007 ss., 1999; Cass., 8 giugno 1999, n. 5.639, *Foro it.*, vol. I, p. 1.267-1.276, sp. 1.275-1.276, 2000, con nota di Cea, *Produzione documentale ed iniziativa istruttoria ufficiosa nel rito del lavoro*; Cass., 20 aprile 1998, n. 4.012, *ibid.*, 1999, vol. I, p. 969-982, con commento di Carbone. Sul cit. art. 281-ter, cfr., per ulteriori rilievi, Comoglio, "La transizione dal giudice unico in tribunale al giudice unico di primo grado", *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino, 2000, p. 29-59, sp. 56-59.

(163) La norma così dispone: "Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver".

quei poteri, solo quando il loro esercizio non venga a compromettere l'“equidistanza” del giudice, e quindi non comporti una specie di “*prise à partie*” del giudice stesso nell'agevolare, anche indirettamente, una parte ai danni dell'altra o nell'esonerare sostanzialmente l'una, in corrispondente pregiudizio dell'altra, dall'assolvimento degli oneri di prova da cui sia gravata.¹⁶⁴

10. Segue: La “ragionevole durata” di ogni processo

Per quanto concerne la “ragionevole durata” – fondamentale componente del “giusto processo”, che la stessa Corte costituzionale ha più volte già desunto dall'art. 24 Cost., facendone un elemento essenziale del diritto o del potere, a “tutti” riconosciuto, di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti od interessi legittimi (cfr.: *retro*, § 5)¹⁶⁵ – vale la pena di premettere una considerazione di carattere generale.

Il diritto di chiunque a “ce que sa cause soit entendue” non soltanto “*équitablement*” e “*publiquement*”, ma anche (e soprattutto) “*dans un délai raisonnable*” – in cui si traduce l'essenza del “diritto ad un processo equo”, garantito dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea del 1950, ma pure supportato da autorevoli indicazioni comparatistiche¹⁶⁶ – può ormai, come si accennava (*retro*, nel § 4), ascrivere a pieno titolo anche fra i “principi generali del diritto comunitario”,¹⁶⁷ in linea con le “tradizioni costituzionali” degli Stati membri dell'Unione europea. Quel diritto, però, nel contesto comunitario si traduce in

(1.° comma): “En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve” (2.° comma).

Il medesimo ordine di problemi – io credo – si potrebbe prospettare anche nel sistema brasiliano, con riferimento ai poteri del giudice in materia di prove (cfr. gli artt. 125-132, e specialmente l'art. 130 del c.p.c. del 1973)

(164) D'altronde, sono proprio queste le preoccupazioni che spesso scoraggiano i giudici e li rendono poco proclivi a praticare concretamente, sia pure nei limiti consentiti, il proprio “ruolo forte” nella direzione del processo. Sul punto, Civinini, “Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio”, *Foro it.*, vol. V, p. 1-10, sp. 4-5, 1999.

(165) Si riveda, in particolare, Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, cit., *Foro it.*, vol. I, p. 1.072-1.080, sp. 1.075-1.077, 2000, con commento di Pagni, *I limiti dell'accertamento tecnico preventivo*, cit.

(166) Si pensi, nell'ambito della giustizia penale, al *right to a speedy trial* sancito dal VI Emendamento alla Costituzione federale nordamericana (sul punto, Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” civile*, cit., p. 403-406).

(167) In questi termini, ad es., nel senso di rendere operante il diritto ad un processo “equo” entro un termine ragionevole anche nell'ambito della giustizia comunitaria dinanzi al Tribunale di primo grado ed alla stessa Corte di Giustizia, cfr. CGCE, 17 dicembre 1998, n. 185/95, Baustahlgewerbe GmbH, *Rep. Foro it.*, 1999, voce “Unione Europea e Consiglio d'Europa”, n. 727. Sul punto, giustamente si sofferma Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione...*, cit., p. 403-404.

un diritto soggettivo individuale, personalmente azionabile da qualsiasi soggetto interessato dinanzi alla Corte europea dei Diritti dell'uomo, avente sede in Strasburgo, mediante il ricorso individuale diretto, previsto – sia pure con finalità prevalentemente risarcitorie – dall'art. 34 della stessa Convenzione.¹⁶⁸

L'azionabilità personale del “diritto” protetto – nel caso di specie, l'azionabilità del “derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías” (art. 24, 2.° comma, della Costituzione del 1978) – dinanzi al supremo organo di giustizia costituzionale si configura altresì, ad es., nel sistema costituzionale spagnolo, con l'*amparo* previsto dall'art. 53 della Costituzione del 1978,¹⁶⁹ oppure in quello tedesco, con la *Verfassungsbeschwerde* avanti alla Corte costituzionale federale di Karlsruhe.¹⁷⁰

La natura di quel diritto e le caratteristiche funzionali (o le finalità risarcitorie) della tutela individuale diretta, esperibile dinanzi all'organo di giustizia internazionale (od anche costituzionale, ove esista), fanno sì che quest'ultimo – nel determinare gli estremi concreti della “durata irragionevole” di ogni processo, sottoposto al suo esame – sia legittimato a procedere ad un *accertamento caso per caso*, tenendo conto *in fatto* sia della durata complessiva di ciascun processo (dagli atti introduttivi sino alla formazione del giudicato), sia delle peculiarità strutturali di ogni singolo procedimento, sia della variabile complessità delle cause, sia degli stessi comportamenti dilatori del soggetto ricorrente o delle autorità pubbliche.¹⁷¹

(168) Si vedano anche gli artt. 45 e 47 del Regolamento della Corte.

Per un quadro aggiornato della situazione dei ricorsi individuali proposti alla Corte europea, nonché delle condanne subite dall'Italia con riferimento alla durata ragionevole dei processi, cfr. Lisotta, “Boom di ricorsi alla Corte dei diritti umani. La giustizia italiana rischia una nuova Caporetto”, *Guida al Dir.*, n. 21, 10 giugno 2000, p. 102-110 (ed ibid notizie, anche pratiche, sulle modalità di proposizione dei ricorsi individuali).

(169) Per altre indicazioni su questo mezzo di tutela diretta dei diritti fondamentali, cfr. T. cost, spagnolo, sez. I, 22 luglio 1985, n. 90, *Foro it.*, vol. V, p. 149-156, 1986, con nota di Pizzorusso.

L'*amparo* è, comunque, uno strumento ormai comune nelle democrazie costituzionali dell'area ispano-latinoamericana (cfr. spunti e richiami in Comoglio, *Valori etici...*, cit., p. 916-935, testo e note).

(170) Cfr., in rapporto specifico alla tutela dei *Grundrechte* di natura processuale (artt. 101-103), l'art. 93, n. 4-a, della Costituzione federale tedesca del 1949.

(171) Sul tema, si rivedano, ad es.: Cedu, 10 dicembre 1982, Foti, e 10.12.1982, Corigliano, *Foro it.*, vol. IV, p. 181-206, 1983; da ultimo, Cedu, 28 settembre 1995, Scollo, *ibid*, 1996, vol. IV, p. 113-121, con nota di Pionbo; Cedu, 23 aprile 1998, S.R. – Gov. It., *ibid*, 1999, vol. IV, p. 1-5; ed ancora Cedu, 2 settembre 1997, Nicodemo, *Giust. Civ.*, vol. I, p. 2.965, 1997; Cedu, 7 agosto 1996, Ferrantelli, cit., *Rep. Foro it.*, 1997, voce “Diritti politici e civili”, n. 48; Cedu, 18 luglio 1994, Vendittelli, *ibid*, 1995, voce cit., n. 58. In dottrina, da ultimo, cfr. IAI, “La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della Corte europea sino al 31 ottobre 1998”,

In una dimensione ovviamente diversa¹⁷² si colloca la "ragionevole durata", che la "legge" deve "assicurare" ad "ogni processo",¹⁷³ in base all'art. 111, 2.° comma, Cost.

Qui, si tratta di una "riserva di legge", garanzia generica e prima barriera di protezione costituzionale, la cui invocabilità – al pari delle altre garanzie sin qui esaminate, ma, rispetto a quelle (nell'art. 111, 1.°-2.° comma) già definite come "preceptive", con qualche limite in più – rientra nell'ambito ordinario del sindacato incidentale della costituzionalità delle leggi, previsto dagli artt. 23-30 della l. 11 marzo 1953, n. 87. In tale prospettiva, la Corte costituzionale non può certo sindacare e scrutinare, caso per caso, la concreta durata del procedimento preso in esame, ma, nell'esercizio del suo sindacato "incidentale", può – semmai analizzare – alla luce della garanzia – la legittimità di quelle disposizioni normative, che in astratto prevedano nel processo modalità irragionevoli e scansioni temporali eccessive o formalità irrazionali ed inutili, come tali non giustificate da esigenze di effettività dei diritti di azione o difesa, né tantomeno da interessi razionalmente strutturali e prevalenti.

Anche per la "ragionevole durata" si prospetta, però, una contrapposizione di tesi diverse. C'è chi tende a definire "minuscola" la novità della "ragionevole durata" e a sminuirla il significato, attribuendogli "una qualche piccola utilità" – in armonia con le caratteristiche del menzionato controllo "incidentale" di costituzionalità delle leggi – per indurre la Corte a rivedere vecchie questioni, o ad esaminare di nuove, con riferimento all'impugnazione di quelle norme del processo, che, sul piano tecnico, contribuiscono a renderne "irragionevole" la "durata".¹⁷⁴

Riv. Dir. Proc., p. 549-569, 1999. Per ulteriori considerazioni, cfr. Patrone, "Il nuovo articolo 111 della Costituzione e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", nel vol. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., p. 153-166.

⁽¹⁷²⁾ La prospettiva è, invece, oggi cambiata anche in Italia, per quanto riguarda l'art. 6, § 1, della Convenzione europea. La l. 24 marzo 2001, n. 89, infatti, ha finalmente introdotto nel nostro ordinamento la tutela giurisdizionale diretta del "diritto all'equa riparazione", in favore di chi abbia subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto della violazione delle garanzie sancite dal cit. art. 6, § 1, "sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole" (artt. 2-5). Invero, l'organo giurisdizionale, che è competente a conoscere e a decidere della domanda di "equa riparazione" (cioè, la Corte d'appello individuata ai sensi dell'art. 11 c.p.p.), nell'accertare la violazione e nel determinare la riparazione ai sensi dell'art. 2056 c.c., "considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o comunque a contribuire alla sua definizione" (art. 2, 2.° comma).

⁽¹⁷³⁾ Tale è, senza dubbio, il collegamento logico che occorre instaurare fra le diverse parti del 2.° comma, quando si statuisce che la legge *ne* assicura (*scil.*, assicura di ogni processo": espressione con cui, nel medesimo testo normativo, inizia la statuizione che immediatamente precede) la "ragionevole durata".

⁽¹⁷⁴⁾ In questi termini – con riferimento esemplificativo alle questioni inerenti alla disciplina sulla c. d. "doppia deserzione dell'udienza civile" (artt. 181, 1.° comma,

C'è, invece, chi rifiuta qualsiasi "lettura riduttiva" ed afferma che il controllo "incidentale" di costituzionalità delle norme processuali dovrebbe risultare "più penetrante" di quanto sia stato fino ad oggi possibile. Si imporrebbe, anzi, un radicale mutamento di prospettive per lo stesso interprete. Da un lato, il requisito inerente alla "ragionevole durata" – oggi autonomamente garantito in termini espressi, e non più meramente ricavabile per implicito (come in passato) dalla garanzia del diritto di azione – dovrebbe essere preso in considerazione come tale, anche a prescindere da quest'ultima garanzia, per scrutinare la legittimità di qualsiasi norma "in grado di influire sulla durata del processo". Dall'altro, poi, di esso si dovrebbe necessariamente tenere conto, anche quando si voglia "concretizzare" il significato dei diversi requisiti che il 2.° comma del nuovo art. 111 sancisce come "essenziali" per un "giusto processo" (cioè: il contraddittorio, la parità delle parti, il giudice terzo e imparziale).¹⁷⁵

Quel che in tale impostazione mi pare degno di nota è l'assunto di fondo, secondo il quale, con la garanzia della "ragionevole durata", il principio di *economia processuale* avrebbe ricevuto – nelle sue principali componenti (*interna*, in quanto diretta ad attuare nell'ambito di ciascun processo un risparmio di energie e di risorse, nell'esercizio delle attività delle parti e del giudice, con una conseguente economia di tempo e di spese; *esterna*, o ultraprocedurale, in quanto orientata e diretta a prevenire il promovimento di nuovi inutili giudizi o gradi di giudizio, mediante lo sfruttamento intensivo e razionale delle risorse di un giudizio già promosso) – un solenne riconoscimento costituzionale.¹⁷⁶

Concordo, pur con talune precisazioni.¹⁷⁷ Quando mi capitò di occuparmene circa vent'anni or sono, ero consapevole di dover ricavare per induzione dal sistema processuale – in assenza di qualsiasi testuale o diretto riscontro – i fondamenti e le basi razionali del "principio", dell'"esigenza" o del "criterio"

e 309 c.p.c.) – Chiarloni, *Il nuovo art. 111 Cost. e il processo civile...*, cit., p. 1.032-1.033.

⁽¹⁷⁵⁾ Si vedano, sul tema, gli acuti spunti di Olivieri, "La 'ragionevole durata' del processo di cognizione (qualche considerazione sull'art. 111, 2.° comma Cost)", *Foro it.*, vol. V, p. 251-268, sp. 251-253, 2000. (dove sono tratte, nel testo, le citazioni fra virgolette).

⁽¹⁷⁶⁾ Olivieri, op. cit. p. 253-254, si rifà – anche per la duplicità di prospettive (interna ed esterna) dianzi ricordate – ai miei volumi su *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, t. I, p. 7, 71-72, e t. II, cit., Padova, 1982.

⁽¹⁷⁷⁾ Anche Luiso, "Diritto processuale civile", vol. I, *Principi generali*, Milano, 2000, p. 37, afferma che il legislatore costituzionale avrebbe "recepito e costituzionalmente garantito un principio fondamentale del processo: quello dell'*economia processuale*". Lo stesso Autore, infatti, in *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, p. 158, aveva sottolineato come il principio di economia processuale fosse "l'espressione di un valore certamente rispettabile, ma altrettanto sicuramente non previsto dalla Costituzione", si da dover cedere, in caso di contrasto, dinanzi alla garanzia del contraddittorio (principio prevalente).

generale di "economia processuale", tanto spesso utilizzati ed invocati da decenni (ma, perlopiù, senza particolari approfondimenti), sia in giurisprudenza che in dottrina.¹⁷⁸ Era stato possibile, allora, trarre da un'imponente elaborazione scientifica e da tradizioni processuali qualificate - risalenti al rafforzamento del "ruolo attivo" del giudice nella direzione del processo, secondo le legislazioni di lingua tedesca del secolo XIX - le prove inequivocabili dell'esistenza di un siffatto "principio", strettamente correlato con le ideologie moderne della "pubblicizzazione", della "democratizzazione" e della "socializzazione" del processo,¹⁷⁹ da considerarsi quale "principio di struttura" immanente ad ogni sistema di giustizia.

Quel generale "principio", nella configurazione che tradizionalmente gli viene data, si sviluppa a due livelli:

1) in base ad un significato primario, di carattere prevalentemente tecnico, esso concerne l'attuazione di misure e di interventi (normativi o strumentali), che siano opportunamente capaci di assicurare il massimo risparmio possibile di atti, di risorse e di energie, nell'esercizio dei diritti, dei poteri e dei doveri, di cui sono titolari nel corso del processo le parti, il giudice ed (ove previsto) il pubblico ministero;

2) in un significato collaterale e complementare, di natura prevalentemente economica, che però a sua volta è un riflesso necessitato del primo (o, comunque, dal primo necessariamente deriva ed è condizionato), esso riguarda la conseguente realizzazione del massimo risparmio possibile di tempo, di spese e di oneri

(178) Come ricordavo già in *Il principio di economia processuale*, cit., vol. II, p. 275-280, la sensibilità delle legislazioni di tradizione ispano-latinoamericana e delle corrispondenti dottrine è, da sempre, assai inarcata nei confronti del principio di economia processuale. Oggi, addirittura, vi si identificano un fine centrale ed un criterio basilare di orientamento per l'esercizio dei poteri direttivi del giudice, soprattutto in funzione di una "pronta e efficiente amministrazione de la justicia". Cfr. l'art. 9 del *Código modelo* di procedura civile per l'America Latina, del 1988: "El Tribunal y bajo su dirección los auxiliares de la jurisdicción tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso". Nel medesimo contesto di garanzie e di principi generali, si colloca d'altronde uno degli aspetti qualificanti del *derecho al proceso*, (art. 11.4: "Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones"). Per altri rilievi, sulla completezza garantistica di siffatto modello, rinvio ancora al mio *Codici modello e "giusto processo"*, cit., p. 323-325.

Sull'economia dei giudizi, come principio fondamentale del processo, cfr., nella dottrina brasiliana, ancora de Araújo Cintra, Pellegrini Grinover, Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 73-74.

(179) Per una sintesi affascinante di queste prospettive, vale la pena di richiamare le pagine di Cappelle, "Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato", *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 169-251, sp. 193-218.

(individuali, collettivi o sociali), nello svolgimento del processo e, più in generale, nell'amministrazione della giustizia.

Il "principio", in sostanza, avendo contestualmente di mira sia obiettivi di razionalizzazione tecnica dei meccanismi processuali, sia finalità economiche di politica giudiziaria, non può non presupporre - in coerenza con le sue radici storiche - un concorso parallelo di riforme legislative generali e di interventi "strumentali", da affidarsi caso per caso ad un giudice "attivo", quale garante degli interessi pubblicistici sottesi ad una ordinata e celere amministrazione della giustizia. Esso, dunque, agisce ed opera:

a) da un lato, come direttiva programmatica e disciplinare di essenziale importanza per il legislatore;

b) dall'altro, come fondamentale criterio-guida e parametro di orientamento per il giudice, nell'esercizio dei suoi rafforzati poteri di direzione, formale o materiale, che tendono alla concentrazione ed all'accelerazione del processo.¹⁸⁰

Ora, tale "principio" di *economia processuale*¹⁸¹ (o di *economia dei giudizi*),¹⁸² che viene unanimemente accolto¹⁸³ e talora riconosciuto come espressione attuativa di un "interesse superiore della giustizia",¹⁸⁴ sembra oggi trovare, con la garanzia della "ragionevole durata" (art. 111, 2.° comma), un riscontro costituzionale diretto - nemmeno integralmente, però, se ci si sofferma sul

(180) Per maggiori ragguagli sui temi trattati, Comoglio, *Il principio di economia processuale*, cit., vol. I, p. 3-67, e vol. II, pp. 319-362.

(181) Cfr., per riferimenti a tale principio: Corte cost., 3 febbraio 1992, n. 25, *Foro it.*, vol. I, p. 616-624, sp. 624, 1992, sull'art. 705, 1.° comma, c.p.c.; Cass., 1 dicembre 1999, n. 13.394, *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Lavoro e previdenza, controversie", n. 265, in materia di accertamenti sanitari per invalidità civile; Cass., 13 gennaio 1994, n. 297. *Rep. Foro it.*, 1994, voce "Obbligazioni in genere", n. 44, in materia di obbligazioni solidali e di regresso fra coobbligati.

(182) Cfr. ad es., su questo concetto, riferito all'*ordo quaestionum* ed all'economia decisoria nel processo amministrativo, Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 1999, n. 497, *Rep. Foro it.*, 1999, voce "Giustizia amministrativa", n. 132.

(183) Con riguardo al processo amministrativo, ad es., non manca però chi - come Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 255 (in ciò ripreso anche da Caianiello, *Lineamenti del processo amministrativo*, Torino, 1979, p. 32) - ammonisce, circa "il rischio di elevare a regole del processo degli pseudo-principi e cioè delle proposizioni che siano il risultato di affrettate generalizzazioni astratte o addirittura di soggettive preferenze dello stesso dello stesso interprete", ricordando al riguardo il "cosiddetto principio dell'economia dei giudizi del quale tanto si abusa a proposito del processo civile e penale (...)".

Sulla piena legittimità e sulle poliedriche valenze applicative del principio di economia, sia nel processo penale che in quello amministrativo, cfr., invece, ancora Comoglio, *Il principio di economia processuale*, cit., t. II, p. 151-205, 207-272.

(184) Così, con riguardo all'intervento jussu iudicis (art. 107 c.p.c.), ad es., Cass., 10 maggio 1995, n. 5.082, *Rep. Foro it.*, 1995, voce "Intervento in causa e litisconsorzio", n. 43.

riferimento testuale alla dimensione cronologica della "durata" (ossia al fattore "tempo") – soltanto in quello che la tradizione designa (*supra sub 2*) come significato collaterale, complementare e derivato, ma non anche in quello primario, di natura tecnico-processuale (*supra sub 1*). Ma questa sarebbe, io credo, una considerazione affrettata e superficiale, poiché pare agevole percepire – sia pure in ruoli formalmente invertiti, rispetto all'impostazione tradizionale¹⁸⁵ – l'interazione e la combinazione necessaria fra i due significati¹⁸⁶ (in perfetta armonia, d'altronde, con l'interpretazione giurisprudenziale del concetto di *délai raisonnable*, enunciato nell'art. 6, § 1, della Convenzione europea).¹⁸⁷

La conclusione è, pertanto, diversa e più coerente con le premesse. Quel "principio", se lo si vuole attentamente analizzare in sintonia con il contesto garantistico entro cui viene enunciato, non può restare confinato nei limiti della consueta "riserva di legge", che pure è presente in altre norme della Costituzione e rimette alla discrezionalità del legislatore l'attuazione concreta di determinati valori, costituzionalmente rilevanti. La norma formulata dall'art. 111, 2.° comma, Cost. enuncia certamente, in primo luogo, un imperativo (che è, ad un tempo precettivo e programmatico) per il legislatore ordinario, poiché consacra una ulteriore *garanzia minima* ed *essenziale* del "giusto processo", in aggiunta a quelle (del "contraddittorio fra le parti", delle loro "condizioni di parità", del "giudice terzo e imparziale") ove occorra, l'adozione delle opportune riforme strutturali, che, anche attraverso un rafforzamento del ruolo direttivo del giudice, siano idonee a ridurre tempi, durata e costi di ogni processo, sì da renderlo effettivamente "giusto", con una correlata economia di risorse e di attività.¹⁸⁸

(185) Diventa, cioè, apparentemente primario il significato collaterale o complementare (e viceversa).

(186) Intuitivamente, non c'è dubbio che l'economia di "tempo" e di "durata" non possa mai realizzarsi, se non anche con la mediazione di un'economia tecnica di mezzi, di risorse e di energie, nelle attività svolte dai soggetti processuali all'interno del processo.

(187) Infatti – come da tempo ha affermato la Corte europea di Strasburgo [cfr. ancora Cedu, 6 maggio 1981, Buchholz, cit., *Foro it.*, vol. IV, p. 273-282, sp. 279, 1981 (motivazione, §§ 49-50), con riferimento particolare ai §§ 54, 57, 64 e 72 del BarbGG tedesco] – anche nei giudizi prevalentemente ispirati al principio dispositivo (*a fortiori*, in quelli caratterizzati da componenti inquisitorie) è compito fondamentale del giudice, nell'esercizio dei suoi poteri di *Prozessleitung*, assicurare in concreto la "celerità" del processo, ai sensi dell'art. 6, § 1, della stessa Convenzione.

(188) Un primo esempio di intervento legislativo, in tale direzione, si ha con la l. 24 marzo 2001, n. 89, cit., che, oltre a disciplinare l'"equa riparazione" per la violazione del diritto sancito dall'art. 6, § 1, della Convenzione europea, si propone di ampliare le ipotesi previste dall'art. 375 c.p.c., in cui la Corte di cassazione è legittimata a pronunciare ordinanza in camera di consiglio, aggiungendovi l'ipotesi della pronuncia di una "sentenza" camerale, quando il ricorso sia "manifestamente fondato" o quando lo si debba rigettare "per manifesta infondatezza dei motivi" previsti nell'art. 360 (art. 1).

Il principio però, in secondo luogo, trovando oggi proprio quel riconoscimento costituzionale che gli era finora mancato¹⁸⁹ e pur dovendosi comunque reputare sempre subordinato, in ordine di rango, all'esigenza primaria di assicurare un'attuazione piena ed effettiva alle garanzie individuali di tutela, sancite negli artt. 24-25 Cost.,¹⁹⁰ è in grado sin da ora di fornire adeguati spunti al sindacato incidentale di costituzionalità delle leggi, di cui è investita la Corte costituzionale.

La nuova garanzia dovrebbe, quindi, consentire un'ampia verifica della legittimità di molti istituti del processo vigente, i quali – nel disciplinare le forme, le scadenze, i tempi e gli eventi anomali del giudizio – rendono possibili gli eventuali "abusi" del processo,¹⁹¹ ad opera di una parte in danno dell'altra, nonché un'irrazionale allungamento della sua durata ed un aggravamento dei suoi costi (individuali e sociali), senza consentire al giudice l'esercizio di controllo e di stimolo, per la prevenzione o per la repressione di quegli "abusi".¹⁹²

Ben più ambizioso – ed, in più parti, opinabile – è il tentativo di abbreviare i tempi del processo, disciplinando pure l'inserimento nel processo di strumenti alternativi di risoluzione non contenziosa delle controversie e comunque potenziando lo strumento della conciliazione, che si delinea nel disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 16 giugno 2000 (per ora, rimasto allo stadio progettuale).

Sui problemi, di ordine organizzativo e manageriale, correlati alla durata ragionevole dei processi e sulle possibili proposte di riforma, cfr. ancora: Verardi, "Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile", nel vol. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione*, cit., p. 113-128; nonché i contributi di Viazzi, Marini, Gilardi, Panzani, Martinelli e Liccardo, *ibid.*, p. 143ss., 19ss.

(189) Sul diniego di copertura o di rilevanza costituzionale diretta per il principio di economia processuale (che viene accomunato, nell'occasione, al valore della "speditività" del giudizio), cfr., ad es., da ultimo, Corte cost., 23 maggio 1997, n. 146, *Rep. Foro it.*, 1997, voce "Dibattimento penale", n. 137, a proposito dell'art. 518 c.p.p. Del resto, la stessa Corte, in passato, talvolta aveva persino cercato di sminuire o di svalutare la portata – certamente, non costituzionale – del concetto di "termine ragionevole", previsto per la carcerazione preventiva dall'art. 5, § 3, della Convenzione europea, in quanto esso non porrebbe "alcun criterio concreto", astenendosi dal "fornire una qualsiasi specificazione" (così, testualmente, Corte cost., 1 febbraio 1982, n. 15, *Foro it.*, p. 2.132-2.147, sp. 2.139-2.140, 1982, con commento di M. Nobili, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, p. 2.134-2.141).

Per l'inserimento del principio di economia processuale fra quelli non direttamente generati o rafforzati da norme costituzionali, cfr. Mandrioli, *Diritto processuale civile*³, Torino, 2000, vol. I, p. 451-452.

(190) Per chiari accenni in tal senso, cfr., ad es., Corte cost., ord., 5 febbraio 1999, n. 18, *Giur. cost.*, 152 ss., 1999.

(191) Tali "abusi" si raccordano, costantemente, alla violazione del dovere di lealtà e probità, sancito dall'art. 88, 1.° comma, c.p.c. Sul tema, da ultimo, con ampia trattazione: Cordopatri, *L'abuso del processo*, Padova, 2000, I-II, p. XXVIII-1.452.

(192) Olivieri, *La "ragionevole durata"*, cit., 257-268, prospetta ed analizza acutamente, in chiave di economia esterna o interna, più fattispecie normative, ad es., concernenti

11. Rilievi conclusivi

E' tempo di formulare alcune considerazioni conclusive.

In linea generale, non c'è dubbio che l'evoluzione delle garanzie attinenti al "giusto processo" ed alla protezione dei diritti umani, nell'ambito dell'Unione Europea, sia in piena consonanza con i *trends* internazionali più moderni, ispirati dal fenomeno ormai consolidato della "globalizzazione",¹⁹³ i quali postulano una sempre maggiore sensibilità per i tentativi di "armonizzazione" dei modelli processuali e delle garanzie di giustizia.¹⁹⁴

nel c.p.c.: 1) le c. d. provvidenze sananti (artt. 102, 164, 182, 291); 2) la sospensione del processo (artt. 41, 48, 1.° comma, 279, 4.° comma, 295); 3) l'interruzione (artt. 300-305); 4) la fissazione dei termini per il deposito e per lo scambio di difese scritte (artt. 180, 2.° comma, 183, 5.° comma); 5) le deduzioni istruttorie (art. 184); 6) la rimessione in termini (art. 184-bis); 7) i termini di impugnazione (art. 327); 8) le forme di integrazione del contraddittorio nei giudizi di impugnazione (artt. 331-332); 9) la rimessione in appello della causa al primo giudice (artt. 353-354); 10) la cassazione senza rinvio, ai sensi dell'art. 384, 1.° comma; 11) il regime delle preclusioni e l'intervento volontario di terzi (artt. 184 e 268); 12) la "doppia deserzione" delle udienze (artt. 181, 1.° comma, e 309).

Ci si domanda, infine, se non possa configurarsi in astratto - pur in presenza di rischi di destabilizzazione del sistema processuale, ben fondato sui corollari del principio dispositivo e sul limitato ruolo attivo del giudice - una questione di legittimità della stessa rilevanza *o pe exceptionis* dell'estinzione del giudizio per inattività di parte, secondo le modifiche apportate dalla controriforma del 1950 all'art. 307, 4.° comma, c.p.c. (che, originariamente, prevedeva la rilevanza d'ufficio dell'estinzione medesima).

(193) A proposito dell'impatto di tale "globalizzazione" sulla giustizia e sugli apparati giudiziari, cfr. Berizonce, *Recientes tendencias en la posición del juez, relatorio general* per l'XI Congresso Internazionale di Diritto processuale (Vienna, 1999), nel volume da lui coordinato *El juez y la magistratura, tendencias en los albores del siglo XXI*, Buenos Aires, 1999, p. 15-58, sp. p. 48-49. Nel medesimo volume si vedano, altresì, le Relazioni Nazionali dell'area ispano-latinoamericana, *ibid.*, p. 61-577, nonché in particolare, sul punto qui in esame, la mia *Relazione Ruolo e poteri del giudice in Italia (ultime riforme e prospettive di evoluzione)*, *ibid.*, p. 373-418, sp. p. 403-407.

(194) Per un articolato confronto fra il *Código modelo* per i Paesi ispano-latinoamericani e le proposte europee per un modello processuale comune, si vedano: E. Vescovi, "Confrontación entre el Código Procesal Civil modelo iberoamericano y el proyecto de código europeo. Hacia un proceso civil universal. Las tendencias que el Código modelo va plasmando en la realidad", nel vol. *Unificación del diritto e rimedi alternativi per la risoluzione delle controversie civili nel sistema giuridico latino-americano*, estratto da *Roma e America. Diritto romano comune*. Modena, 1997, p. 99-111; R. Tavolari Oliveira, *Hacia una teoría general del proceso para los códigos procesales modelo para Iberoamérica*, *ibid.*, p. 127-144; Berizonce, *Los códigos uniformes y la enseñanza del derecho procesal*, *ibid.*, p. 145-154; G. Verde, *Un proceso comune per l'Europa: strumenti e prospettive*, *ibid.*, p. 113-126.

In particolare, però, occorre ancora una volta sottolineare come il modello internazionale di *garanzie minime*, su cui si fonda il processo "equo" nelle suindicate prospettive, assuma quali suoi presupposti indefettibili:

- da un lato, la centralità del modello di giudizio dibattimentale e pubblico, con trattazione e contraddittorio orale, che è proprio delle tradizioni di *common law*;¹⁹⁵
- dall'altro, la presenza di forti garanzie istituzionali e costituzionali, a salvaguardia dell'indipendenza e dell'autonomia dei giudici, le quali sono proprie, a loro volta, della struttura burocratica e gerarchica degli organi giurisdizionali, secondo le tradizioni di *civil law*.¹⁹⁶

Si tratta, in sostanza, di un "processo giusto", la cui fisionomia tipica (o, se si preferisce, il cui *Idealtypus*) è frutto di una "contaminazione" - sia pur ampiamente giustificata, da un punto di vista storico e ideologico - di modelli diversi, sulla base di alcuni valori comuni di giustizia, che appartengono (se così mi posso esprimere) al patrimonio genetico dell'uomo come tale, nell'ambito di una *natural justice* universalmente accettata.¹⁹⁷ Tale constatazione, ovviamente, non significa (né mai potrebbe significare) che non debbano considerarsi "giusti" - purché, nella sostanza, rispettino pur sempre quelle *garanzie minime* e, soprattutto, il contraddittorio paritario dei litiganti, in difesa delle rispettive ragioni¹⁹⁸ - i modelli processuali che stanno all'origine della "contaminazione" e, morfologicamente, vengono in parte a divergere da quel modello-tipo.

(195) In tal senso, cfr. Comoglio, *Valori etici e ideologie del "giusto processo"*, cit., p. 897-904.

(196) Per un forte richiamo all'esigenza di rafforzamento di siffatte garanzie, cfr. da ultimo, in una prospettiva di riforma del sistema giudiziario argentino, con riguardo alla formazione ed alla responsabilità dei giudici, Berizonce, *Los recursos humanos en el poder judicial*, cit., La Plata, 1999, p. 9-12, 15-552.

(197) Tutto sta nel non trasformare i concetti di *natural law*, e di *natural rights* in nozioni indeterminate e generiche, buone per tutti gli usi e idonee soltanto a consentirci, per comodità argomentativa, "to see in them what we are inclined to see". Occorre identificare in esse, piuttosto che fonti supplementari di diritti costituzionali, la vera ratio ideologica dei limiti di diritto positivo, che le Costituzioni scritte necessariamente sono tenute ad apportare a libertà individuali e a diritti umani, di per sé non comprimibili e riducibili, se non per esigenze di mutuo rispetto delle libertà e dei diritti da riconoscersi paritariamente ad ogni altro consociato. E' questo il monito che, nell'indagine storica dei principi ispiratori del *Bill of Rights* nordamericano (ed, in particolare, del I Emendamento), si trae, ad es., dallo studio di P. A. Hamburger, "Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions", 102 *Yale L. J.*, p. 907-960 (1993).

(198) Mi sembrano emblematicamente chiare, a questo proposito, le sintetiche parole di Morello, "El proceso justo...", cit., *Studi in onore di V. Denit*, vol. I, p. 471: "(...) el significado literal de debido proceso de leyes, es el de un *proceso justo*. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos (...)"

Ora, il "giusto processo", che la riforma del 1999 ha consacrato nell'art. 111 della Costituzione italiana, non è totalmente sovrapponibile, sul piano formale, a quel medesimo modello-tipo, che viene delineato ed accolto dalle Convenzioni internazionali.

Ne sono, infatti, testualmente estranei:

- un espresso riconoscimento della *pubblicità*, vero cardine strutturale del modello dibattimentale di giudizio e di udienza orale, cui il "processo equo" per tradizione si ispira;
- un'affermazione, non meno espresa, dell'*effettività* dei mezzi processuali e delle forme di tutela ottenibili dal giudice;
- la garanzia strutturale di una precostituzione per legge del giudice adito.

Ma, come si diceva, occorre guardare alla sostanza (potremmo dire meglio: al "contenuto essenziale", al *Wesensgehalt*) delle garanzie comunque presenti nel sistema e non già alle divergenze morfologiche dei modelli processuali di riferimento.

A questo riguardo, mi sembra indiscutibile riconoscere che - in termini oggettivi - le garanzie *minime* di *legalità processuale* (cioè: il contraddittorio, le condizioni di parità delle parti, la figura istituzionale del giudice terzo e imparziale), enunciate dal 2.° comma dell'art. 111, quali requisiti necessari e sufficienti della nozione di "giusto processo", delineata nel 1.°, non rappresentano alcuna vera novità. Esse, anche prima della riforma del 1999, già potevano dirsi presenti ed operanti nel sistema costituzionale, ancorché la loro esistenza - grazie, pure, agli occasionali apporti derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale dei principi relativi all'"equo processo", ex art. 6 della Convenzione europea del 1950 - non potesse ricavarsi in forma diretta da una norma *ad hoc*, ma talvolta dovesse essere argomentata in forma indiretta (si pensi, ad es., al "contraddittorio" delle parti ed alla "terzietà" del giudice, od anche all'*effettività* delle forme e dei mezzi di tutela) da un coordinamento logico di più norme costituzionali.¹⁹⁹ Del resto, la garanzia del giudice "naturale" è già racchiusa nell'art. 25, 1.° comma, della Costituzione del 1948; ed anche la garanzia della *pubblicità*, nella sua precettività non assoluta (ma relativa), è stata agevolmente tratta da altre garanzie primarie dell'amministrazione della giustizia.²⁰⁰

⁽¹⁹⁹⁾ Cfr. gli artt. 2, 3, 24, 1.°-3.° comma, 25, 1.° comma, 101, 102, 111 (vecchio testo), 113 Cost.

⁽²⁰⁰⁾ Mi riferisco all'art. 101, 1.° comma ("La giustizia è amministrata in nome del popolo"). Per uno sguardo di sintesi, sul punto, cfr. Comoglio, *Le garanzie costituzionali...*, cit., In: Comoglio, Ferri, Taruffo, *Lezioni sul processo civile...*, cit., p. 83-84; Denti, *La giustizia civile, Lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 92-93. Sulla elaborazione e sull'applicazione, talvolta negata, della garanzia in esame, cfr., con specifico riguardo a taluni processi speciali (ad es., a quello tributario): Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 17, *Foro it.*, vol. I, p. 601, 1981; Corte cost., 24 luglio

Anche nel sistema costituzionale italiano, dunque, l'espressione "giusto processo" - ultima arrivata, nel novero delle formule consacrate in un enunciato testuale - non può che ricondursi ad un concetto "relazionale", cui, al pari del *due process of law* (e, se si vuole, del *debido proceso* o del *devido proceso legal*), è connotata la caratteristica di porsi non già quale dato numerico quantitativo di una mera *summa* aritmetica di più componenti garantistiche, bensì quale sintesi qualitativa delle medesime, capace di trasfonderle in un'entità diversa e superiore.²⁰¹ Quel concetto, di conseguenza, non si esaurisce nelle sole garanzie strutturali (vale a dire, nel contraddittorio, nella posizione di parità delle parti, nel giudice terzo e imparziale, nella durata ragionevole di ogni processo), che sono formalmente enumerate dal nuovo art. 111, dopo la riforma del 1999. Esso deve necessariamente arricchirsi per effetto di un'*auto* - e di un'*etero-integrazione*, che vanno ben al di là delle formule normative, completandosi quindi (dall'interno) non soltanto con le garanzie individuali di tutela e con quelle strutturali di giustizia, che già esistevano *ab origine* nella Costituzione repubblicana del 1948, ma anche (dall'esterno) - come già si è detto - sia con i principi del processo "equo", derivanti dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea del 1950, sia con le ulteriori garanzie di *effettività* dei mezzi di azione o difesa e delle forme di tutela, che ora sono contenute nell'art. 47 della Carta Europea del 2000.²⁰²

Peraltro, il fatto che la nozione di "giusto processo" - con la sua carica potenziale di valori, espressi o inespressi, appartenenti alla cultura ed alle tradizioni internazionali del *fair trial*, del *due process of law* o del *process équitable* - sia oggi testualmente consacrata in un precetto costituzionale a sé stante, non è comunque privo di conseguenze sistematiche.

Quella nozione, come tale, è destinata ad esercitare riflessi vincolanti sia sull'interpretazione analitica, sia sull'applicazione coordinata di qualsiasi

1986, n. 212, *ibid.*, 1986, vol. I, p. 2.970; Corte cost., ord., 31 marzo 1988, n. 378, *ibid.*, 1988, vol. I, p. 3.197-3.203, con nota di E. Rossi e con commento di C. Consolo, *Incostituzionalità sopravvenuta - Solo alla terza rimessione alla Corte - Della "non pubblicità" del processo tributario? (Una riflessione su momento accertativo e momento dispositivo nelle decisioni costituzionali)*, *ibid.*, p. 3.200-3.210; Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 50, *ibid.*, 1990, vol. I, p. 822, e *Rep. Foro it.*, 1989, voce "Tributi in genere", n. 938; Corte cost., ord., 29 dicembre 1989, n. 587, *Giur. cost.*, vol. I, p. 2.705, 1989; Corte cost., 14 dicembre 1989, n. 543, *Foro it.*, vol. I, p. 366-372, 1990, con nota di Proto Pisani; Corte cost., 13 maggio 1993, n. 235, *Giust. civ.*, vol. I, p. 2.021, 1993; Corte cost., dec., 17 giugno 1993, n. 36, *Foro it.*, vol. I, p. 3.382-3.397, 1994; Corte cost., 23 aprile 1998, n. 141, *ibid.*, 1999, vol. I, p. 767-770, con nota di M. Annechino; Corte cost., ord., 9 luglio 1998, n. 260, *Giur. cost.*, p. 2.046, 1998.

⁽²⁰¹⁾ Si tratta di attribuire un significato "relazionale" alle diverse garanzie costituzionali di giustizia, nel loro coordinamento e nel loro collegamento reciproco, entro l'ambito delle previsioni costituzionali di origine. Sul punto, cfr. già Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, cit., p. 679; e poi, adesivamente, Trocker, *Il nuovo articolo 111 della costituzione...*, cit., p. 409-410.

⁽²⁰²⁾ Cfr. retro, § 4.

garanzia, soggettiva o strutturale, enunciata nella Parte I e nella Parte II della Costituzione, proprio perché essa si configura quale sintesi superiore (e, sul piano tecnico, quale "categoria ordinante") di più valori sottesi ad una ben determinata ideologia di giustizia, nonché quale risultante di talune scelte fondamentali di civiltà e di democrazia, che appartengono, per millenaria tradizione, alla *natural justice*.²⁰³

Ma i riflessi sistematici di quella straordinaria sintesi di valori sono forse potenzialmente più estesi, addirittura nel consolidamento e nell'ampliamento del sistema delle garanzie.

Se ne ha un esempio significativo nel settore - delicato e nevralgico - delle prove tradizionalmente identificate come *illegite*, *illegittime* e/o *incostituzionali*, in quanto formate od acquisite con mezzi *contra legem* o *contra ius* (o, comunque, con strumenti e con metodi tali, da comportare la violazione di taluno dei diritti inviolabili della persona, che sono costituzionalmente garantiti in tutti gli ordinamenti moderni).²⁰⁴ Sebbene la Costituzione italiana, a differenza di altre

(203) E' quanto la più autorevole dottrina brasiliana intende felicemente esprimere - lo notavo già in *Valori etici e ideologie del "giusto processo"* - cit., p. 899, testo e nota 39 - con la nozione di *accesso a ordem jurídica justa*, di cui fa parte l'insieme delle garanzie racchiuse nel *devido processo legal*. Cfr., sul punto, con altri riferimenti, De Araujo Cintra, Pellegrini Grinover, Dinamarco, *Teoria geral do processo*, cit., p. 84-85, Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., vol. I, p. 175-178 (ove, fra l'altro, si identifica nel "dovuto processo" non una mera sintesi di precetti garantistici, ma piuttosto una vera e propria *filosofia de vida institucional*), p. 591-593.

Ed è, pure, quanto sostanzialmente si propone di enunciare, con formula sintetica, la Carta Canadese dei diritti e delle libertà (entrata in vigore come Allegato B al *Canada Act* del 1982), laddove - nel contesto dei *legal rights*, che, con riferimento al processo penale, comprendono molte delle note garanzie difensive, nonché il "right to be tried within a reasonable time" (art. 8-11) - rinuncia a riproporre la tradizionale *due process clause* delle tradizioni angloamericane, ma preferisce sottolineare le valenze ideologiche dei principi di giustizia naturale (art. 7: "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice"; Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être privé de ces droits qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale": corsivo aggiunto). In proposito, cfr. ancora Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, cit., p. 723-730, sp. p. 728-729.

(204) Nel c.p.c. italiano - a differenza di quanto è stato, invece, poi previsto nel c.p.p. del 1988 (art. 188 e 191) - non esiste alcun divieto espresso di acquisizione o di utilizzazione di prove ottenute o formate con metodi illeciti, illegittimi e/o incostituzionali. Quel divieto, tuttavia, è prevalentemente individuato per implicito nel coordinamento di più norme, ordinarie e costituzionali. Sul tema, in sintesi, ad es., cfr. Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 21-44, testo e note.

Altri sistemi processuali civili, invece, hanno sancito espressamente l'inammissibilità o l'inutilizzabilità di quelle prove. Si vedano, ad es.: l'art. 11, 1.° comma, della

Carte fondamentali,²⁰⁵ non abbia mai espressamente enunciato alcun *divieto* probatorio in tal senso, oggi l'utilizzabilità processuale di prove siffatte sarebbe ormai incompatibile con i valori di "correttezza", di "equità" e di "giustizia procedurale", sui quali si fonda il "giusto processo".²⁰⁶

Quel *divieto* allora - che già la Corte costituzionale italiana ebbe modo, in passato, di desumere per implicito dal coordinamento delle garanzie individuali esistenti²⁰⁷ e che oggi, forse più chiaramente di ieri, si può tradurre in sanzioni processuali (di nullità, di inammissibilità o di inutilizzabilità) ricavabili in via diretta dalla disciplina costituzionale²⁰⁸ - trova un definitivo suggello nei valori.

LOPJ spagnola del 1.° luglio 1985 (" (...) No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales"); l'art. 90, 1.° comma, del R.D.L. 27 aprile 1990, n. 521, sul processo del lavoro, e l'art. 287 (*Illicitud de la prueba*) nella nuova LEC spagnola del 7 gennaio 2000, n. 1. Di riflesso, un simile divieto emerge anche dall'art. 332 del c.p.c. brasiliano (ove si parla dell'ammissibilità di "todos os meios legais, bem como moralmente legítimos").

(205) Occorre ricordare qui, ad es.: l'art. 32, 8.° comma, della Costituzione portoghese del 1975, che, nel contesto delle garanzie attinenti al processo penale, sancisce la nullità di tutte le prove ottenute mediante tortura, coazione, offesa dell'integrità fisica o morale della persona, intramissione abusiva nella vita privata, nel domicilio, nella corrispondenza e nelle telecomunicazioni; e l'art. 5, comma LVI, della Costituzione brasiliana ("São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos"). Non si dimentichi, comunque, che la stessa Convenzione interamericana di San José di Costarica contiene un divieto probatorio, sia pure riferito alla confessione estorta nel processo penale (art. 8, comma 3.°: "la confesión del inculpaado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza").

(206) Il punto è posto in chiara luce, con efficaci espressioni, ad es., dall'art. 29 della Costituzione politica colombiana del 1991, ove - nel contesto dei principi attinenti al *devido proceso*, il quale si applica "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" (1.° comma) - si sancisce, di conseguenza che "es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso" (3.° comma).

(207) Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, *Foro it.*, vol. I, p. 953-957, sp. 956, 1973, occupandosi della questione di illegittimità costituzionale della disciplina delle intercettazioni telefoniche nel c.p.p. del 1930 (art. 226), in rapporto agli artt. 15 e 24 della Costituzione, ebbe ad *affermare* - sia pure *incidenter*, nella motivazione - "il principio, secondo il quale attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di chi quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito" (cfr., al riguardo, ancora Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 35-36).

(208) Un vero e proprio "judge's power to infer remedies directly from the Constitution" viene tradizionalmente dato per ammesso e scontato dalla dottrina nordamericana, nel tentativo di ricollegare anche alternative diverse (ad es., la genesi di una *affirmative cause of action*, per il ristoro dei pregiudizi subiti dai soggetti passivi) ai divieti enunciati nel IV Emendamento alla Costituzione Federale, con riguardo alle perquisizioni ed ai sequestri illegittimi. Si parla, in proposito, della necessità di una transizione da un mero "defensive use" delle norme costituzionali - culminato,

Esso, pertanto, impone al giudice, in coerenza con i suoi doveri di “terzietà” e di “imparzialità”, di non ammettere tali prove o, comunque, di escluderle dal novero delle prove utilizzabili per la decisione, al fine di salvaguardare ad ogni costo l’“equità” e la “correttezza” del giudizio (nell’ottica di un processo che possa, a buon diritto, definirsi realmente “giusto”).

Un ultimo rilievo – di grande significato metodologico – sembra, a questo punto, inevitabile e coerente. Grazie alla nozione del “giusto processo”, finalmente, non si potrà più fare a meno dell’apporto ermeneutico, dato dalle Corti europee di giustizia all’elaborazione delle garanzie del processo “equo” (apporto che, sino ad oggi, è stato considerato quasi sempre in modo tiepido ed occasionale dalla stessa Corte costituzionale).²⁰⁹ Quella elaborazione europea di garanzie e di principi oggi, dunque, costituisce più che mai un punto di riferimento essenziale e imprescindibile, per l’interpretazione del “giusto processo” e delle sue componenti minime.²¹⁰

tradizionalmente, nell’imporre apposite “sanctions of nullification” ai provvedimenti giurisdizionali basati sull’utilizzazione di prove acquisite con violazione dei divieti e dei precetti costituzionali – ad un “affirmative use” delle modeste garanzie, nell’ottica della suindicata *affirmative action*. Sul tema con ampio approfondimento, cfr. W. E. Dellinger, “Of rights and remedies: the Constitution as a Sword”, in 85 *Harv. L. Rev.* p. 1.532-1.564 (1971-1972).

Riprende e sviluppa questo tema, riconducendolo al divieto espressamente sancito nell’art. 5, I, VI, della Costituzione brasiliana, A. Pellegrini Grinover, *O processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 45-53.

⁽²⁰⁹⁾ Sul punto, cfr., già Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, cit., p. 738-739.

⁽²¹⁰⁾ In questi termini, nel senso che la formula del “giusto processo” fornisca una chiara indicazione di metodo, per il coordinamento di più garanzie, si da rendere indispensabile l’utilizzo dei parametri europei di giustizia, cfr. ancora Trocker, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile*, cit., p. 382-411, sp. p. 386-392, 411.

3. ATUALIDADES NACIONAIS

3.1

CONSIDERAÇÕES SOBRE A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA COLETIVA NA PROPOSTA DE CÓDIGO-MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA*

LUIZ RODRIGUES WAMBIER

SUMÁRIO: 1. Condenação genérica e necessidade de liquidação – 2. Objeto da liquidação da sentença coletiva – 3. Legitimados ativos para a liquidação da sentença. Liquidação individual e coletiva – 4. Particularidades da liquidação da sentença coletiva decorrentes da finalidade da indenização – 5. Procedimento da liquidação: prova de fato novo e arbitramento – 6. Constituição do fundo de defesa dos direitos difusos – 7. Considerações finais e sugestões.

1. Condenação genérica e necessidade de liquidação

A Proposta de Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América trata de modo bastante interessante da liquidação da sentença coletiva. O enfoque é moderno e, de certo modo, inusitado, se comparado aos mecanismos de liquidação de sentença relacionados às ações em que se debatem direitos individuais.

O sistema proposto, consoante se analisará nos itens que seguem, permite o surgimento de diversas questões sobre a liquidação, especialmente no que diz respeito aos direitos difusos, de vez que quanto aos direitos coletivos e aos direitos individuais homogêneos é evidentemente mais fácil a identificação dos beneficiários da sentença de procedência.

As questões que surgem, no entanto, são inevitáveis, uma vez que é bastante complexa a regulação de mecanismos adequados a tutelar, eficazmente, todas as categorias de direitos coletivos (em sentido amplo). Não bastasse, dentro desta categoria incluem-se direitos de variadas magnitudes, relacionados ao ambiente, ao consumo, à saúde pública etc. Obviamente, a liquidação da sentença coletiva será realizada em atenção às características e peculiaridades de cada um dos direitos lesados.

Esta observação permite que se faça, desde já, uma advertência conceitual: embora habitualmente se refira ao instituto da liquidação como tendo por objeto

(*) O presente trabalho foi publicado na coletânea *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos* – Hacia un Código Modelo para Iberoamérica, coordenação de Antonio Gidi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México: Porrúa, 2003.