

FONTI NORMATIVE INTEGRATIVE ALLA COSTITUZIONE

GIUSTO PROCESSO

Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1955)

Articolo 6

Diritto a un equo processo

1 Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2000)

Articolo 47

Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

Costituzione europea, Parte II

Articolo 107

Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale

Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente e entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

Costituzione e processo civile
Progetto Orientamento «*Costituzione e Diritto*»
I Facoltà di Giurisprudenza – Bari
4 febbraio 2011

RAGIONEVOLE DURATA

Legge 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge Pinto)

Articolo 2

(Diritto all'equa riparazione)

1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione.
2. Nell'accertare la violazione il giudice 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 a comunque contribuire alla sua definizione.
3. Il giudice determina la riparazione a norma dell'articolo 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti:
 - a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1;
 - b) il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione.

GRATUITO PATROCINIO

Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3283

Articolo 1

Il patrocinio gratuito dei poveri è un ufficio onorifico ed obbligatorio della classe degli avvocati e dei procuratori

Legge 29 marzo 2001, n. 134

Articolo 20

1. Presso il consiglio dell'ordine degli avvocati è istituito, con addetti anche avvocati designati dal consiglio, un servizio di informazione e consulenza per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato e sulla difesa d'ufficio.

Giurisprudenza in tema di Costituzione e processo civile

1. Limiti al diritto di azione — art. 24, 1° comma, cost.

Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in *Foro it.*, 1985, I, 1881, nel senso che è illegittimo, per violazione degli art. 3, 1° comma, e 113 cost., l'art. 21, ultimo comma, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile.

Corte cost. 24 luglio 1998, n. 325, *Foro it.*, 1998, I, 2332, nel senso che è incostituzionale l'art. 11, 1° comma, l. 16 marzo 1988 n. 88, nella parte in cui, riservando a un collegio arbitrale la risoluzione delle controversie concernenti l'interpretazione o l'esecuzione degli accordi e contratti nella norma individuati, prevede una forma di arbitrato obbligatorio, con conseguente esclusione della facoltà di ciascuno dei contraenti di derogare la competenza arbitrale anche con atto unilaterale.

2. Limiti al diritto di difesa — art. 24, 2° comma, cost.

Corte cost. 28 gennaio 2010, n. 26, *www.cortecostituzionale.it*, nel senso che è incostituzionale l'art. 669-*quaterdecies* c.p.c. nella parte in cui, escludendo l'applicazione dell'art. 669-*quinquies* c.p.c. ai provvedimenti di cui all'art. 696 c.p.c., impedisce, in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza di giudizio arbitrale, la proposizione della domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito.

Corte cost. 23 luglio 1974, n. 248, nel senso che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 247 del codice di procedura civile, secondo cui non possono deporre il coniuge ancorché separato, i parenti o affini in linea retta e coloro che sono legati a una delle parti da vincoli di affiliazione, salvo che la causa verta su questioni di stato, di separazione personale, o relative a rapporti di famiglia, appare fondata, in quanto si risolve in una ingiustificata compressione del diritto di azione e di quello di difesa garantiti dall'art. 24 della Costituzione.

3. Difesa tecnica.

Corte cost. 30 giugno 1971, n. 151, nel senso che è illegittimo l'art. 708 c.p.c. nella parte in cui vieta ai coniugi, comparsi personalmente davanti al presidente del tribunale, e in caso di mancata conciliazione, di essere assistiti dai rispettivi difensori.

4. Difesa dei non abbienti — art. 24, 3° comma, cost.

Corte cost., ord., 16 giugno 2000, n. 200, *Foro it.*, 2000, I, 3037 (m), nel senso che è manifestamente inammissibile, in quanto la richiesta del giudice trascende largamente la competenza della corte costituzionale, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 r.d. 30 dicembre 1923 n. 3282, nella parte in cui considera onorifico nelle cause civili il patrocinio a favore dei poveri, in riferimento agli art. 2, parte seconda, 3, 1° comma, 10, 1° comma, e 35, 1° comma, cost.

5. Giudice naturale — art. 25 cost.

Cass. 15 luglio 2002, n. 10219, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Procedimento civile*, n. 44, nel senso che la garanzia posta dall'art. 25 cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge, va riferita alla competenza dell'organo giudiziario nel suo complesso, impersonalmente considerato e non incide sulla concreta composizione dell'organo giudicante, la quale può dare luogo invece a nullità derivante da vizi relativi alla costituzione del giudice, ai sensi dell'art. 158 c.p.c.

Corte cost. 22 marzo 1967, n. 30, nel senso che è incostituzionale l'art. 1 del decreto legislativo 12 aprile 1945, n. 203, contenente norme integrative del decreto legislativo 4 aprile 1944, n. 111, per quanto riguarda la composizione della Giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale e per la risoluzione dei ricorsi in materia di tributi locali, causa la mancanza di indipendenza e di imparzialità del giudice - in contrasto con gli artt. 101, comma secondo, e 108, comma secondo, della Costituzione - pel fatto che tre dei cinque componenti della Giunta sono funzionari statali e non si trovano in condizioni di indipendenza dal Governo.

6. Giusto processo — art. 111 Cost.

Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11091, *Giur. it.*, 2004, 634, nel senso che l'art. 111 cost., così come modificato dalla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, introduce il principio del giusto processo; esso attiene al modo in cui deve disciplinarsi l'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del legislatore ordinario e cioè in modo tale che le forme del processo risultino quelle più idonee a conferire effettività al diritto di difesa; non muta invece il concetto di funzione giurisdizionale, da intendersi come veicolo per il concretarsi dell'ordinamento giuridico rispetto alla fattispecie concreta della lite.

Cass. 31 ottobre 2005, n. 21108, *Giur. it.*, 2006, 1456, nel senso che il giudice che ritenga, dopo l'udienza di trattazione, di sollevare una questione rilevabile d'ufficio e non considerata dalle parti, deve sottoporla ad esse al fine di provocare il contraddittorio e consentire lo svolgimento delle opportune difese, dando spazio alle consequenziali attività; la mancata segnalazione da parte del giudice comporta la violazione del dovere di collaborazione e determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria; qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di primo grado, la sua denuncia in appello, accompagnata dalla indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, cagiona, se fondata, non già la regressione al primo giudice, ma, in forza del disposto dell'art. 354, 4° comma, c.p.c., la rimessione in termini per lo svolgimento nel processo d'appello delle attività il cui esercizio non è stato possibile; ove invece la violazione sia avvenuta nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394, 3° comma, c.p.c., sia dato spazio alle attività processuali omesse; eguale soluzione va adottata nel caso di sentenza non soggetta ad appello e come tale ricorribile per cassazione (fattispecie relativa a sentenza del giudice di pace che aveva accolto un'opposizione a precetto rilevando in sentenza che per le stesse somme era stato in precedenza notificato altro precetto).

Cass. 27 giugno 2007, n. 14848, *Giur. it.*, 2008, 686, nel senso che il verbale di udienza, una volta chiuso con la sottoscrizione del giudice, non può essere riaperto in assenza della parte precedentemente comparsa, che, dopo la chiusura del verbale, si sia allontanata; pertanto, l'atto con cui il giudice, nel procedimento di espropriazione forzata con le forme del pignoramento presso terzo, dopo avere chiuso e sottoscritto il verbale dell'udienza, dispone, su istanza della parte sopraggiunta ed in mancanza di quella precedentemente comparsa, la riapertura dello stesso, ammettendo la parte presente a intervenire nella procedura, è nullo per violazione del principio del contraddittorio.

Cass. 14 ottobre 2009, n. 21840, nel senso che la quantificazione del danno non patrimoniale deve essere, di regola, non inferiore a euro 750,00 per ogni anno di ritardo, ma tale cifra deve valere in relazione ai primi tre anni eccedenti la durata ragionevole, e deve, invece, essere non inferiore a euro 1000 per quelli successivi, in quanto l'irragionevole durata eccedente tale periodo comporta un evidente aggravamento del danno.

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza 28 giugno 1985, n. 190 (*Gazzetta ufficiale* 3 luglio 1985, n. 155 bis); Pres. ROHRSEN, Rel. ANDRIOLI; Cartelli e altri c. Università di Genova; Tucco c. Università di Genova; Vignoli c. Min. pubblica istruzione; Ragusa c. Sezione prov. controllo enti locali di Brindisi; Elia c. U.S.I. BR/6; interv. Pres. cons. ministri (Avv. dello Stato ONUFRIO). Ord. Pret. Genova 28 febbraio 1978 (G.U. n. 250 del 1978); Pret. Genova 24 marzo 1978 (G.U. n. 257 del 1978); T.A.R. Lazio 10 marzo 1980 e Pret. S. Pietro Vernotico 16 febbraio 1981 (G.U. n. 262 del 1981); Pret. S. Pietro Vernotico 2 marzo 1984 (G.U. n. 287 del 1984).

Giustizia amministrativa — Giurisdizione esclusiva — Controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego — Tutela cautelare — Insufficienza della sospensiva cautelare — Incostituzionalità (Cost., art. 3, 113; l. 6 dicembre 1971 n. 1034, istituzione dei tribunali amministrativi regionali, art. 21).

Provvedimenti di urgenza — Giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo — Impossibilità di fornire tutela urgente da parte del giudice ordinario — Questione inammissibile di costituzionalità (Cost., art. 3, 24, 113; cod. proc. civ., art. 700; l. 6 dicembre 1971 n. 1034, art. 21).

È illegittimo, per violazione degli art. 3, 1° comma, e 113 Cost., l'art. 21, ult. comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile. (1)

È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della p.a. e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sollevata in riferimento agli art. 24, 1° comma, 3, 1° comma, e 113 Cost. (2)

(1-2) I. - Le ordinanze di rimessione possono leggersi in riassunto: Pret. Genova 28 febbraio 1978, *Foro it.*, Rep. 1978, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 60; Pret. Genova 24 marzo 1978, *id.*, 1978, I, 2923; T.A.R. Lazio, sez. III, 10 marzo-5 maggio 1980, *id.*, Rep. 1980, voce *Giustizia amministrativa*, n. 823; Pret. S. Pietro Vernotico 16 febbraio 1981, *id.*, Rep. 1982, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 50; Pret. S. Pietro Vernotico 2 marzo 1984, *Arch. civ.*, 1985, 313; *Proposte sociali*, 1984, 84; *Giur. cost.*, 1984, II, 178; *Foro amm.*, 1984, 2521.

È da segnalare che il T.A.R. Toscana con ordinanza 18 aprile 1980, n. 182 (*Foro it.*, Rep. 1981, voce *Giustizia amministrativa*, n. 716) aveva sollevato questione di costituzionalità analoga a quella del T.A.R. Lazio, cit., ma su di essa la sentenza in epigrafe non si è pronunciata.

II. - Sulla copertura costituzionale o no della tutela cautelare, v. — Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 284, *id.*, 1975, I, 263 (e in *Giur. cost.*, 1974, 3338 e 3349, con note di A. PROTO PISANI e A. PACE), la quale affermò esplicitamente il principio della connaturale inerenza della tutela cautelare alla tutela giurisdizionale in genere, e del potere di sospensione dell'atto amministrativo ad una giurisdizione di annullamento in specie; ancorché, nella motivazione, non si escludesse la possibilità di una « esclusione del potere medesimo o una limitazione dell'area di esercizio di esso, con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato », ove « ricorra una ragionevole giustificazione del diverso trattamento »: ragionevole giustificazione che la corte non ravvisò nell'ipotesi disciplinata dall'art. 13, ult. comma, l. 865/71 (che escludeva che potesse essere concessa la sospensione dei provvedimenti di occupazione d'urgenza di aree disposte in materia di edilizia residenziale pubblica) norma che fu di conseguenza dichiarata incostituzionale in riferimento agli art. 3, 24 e 113 Cost.

— Corte cost. 1° febbraio 1982, n. 8, *Foro it.*, 1982, I, 329 (dopo avere dichiarato illegittimo l'art. 5, ult. comma, l. 1/78 nella parte in cui escludeva l'appellabilità al Consiglio di Stato delle ordinanze dei tribunali regionali amministrativi pronunciate sulla domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato nei giudizi concernenti opere pubbliche e impianti industriali) dichiarò infondata la questione di costituzionalità dell'art. 5, 4° comma, l. 1/78 nella parte in cui limita a sei mesi l'efficacia dell'ordinanza con la quale il T.A.R. sospende l'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato in materia di opere pubbliche e di impianti industriali, in riferimento agli art. 24, 97, 103 e 113 Cost.: questa conclusione fu giustificata sulla base del rilievo secondo cui per un verso l'art. 5 in esame si inseriva in un contesto diretto a sollecitare l'emanazione della pronuncia di merito,

Fatto. — 1.1. — Con ricorso depositato il 29 dicembre 1977, Cartelli Giuseppe e altri 163 dipendenti dell'Università di Genova come « contrattisti » o « assegnisti », premesso che non si limitavano a svolgere attività di ricerca, ma svolgevano altresì attività didattica (esercitazioni, seminari, esami e lezioni, ecc.), chiesero che il Pretore di Genova — riconosciuta l'esistenza di un rapporto d'impiego pubblico fra essi ricorrenti e l'Università degli studi di Genova, affermato l'obbligo di quest'ultima di corrispon-

per altro verso rispondeva alla esigenza di « evitare la possibilità di danni gravi alla soddisfazione del pubblico interesse » alla rapidità delle procedure relative alla realizzazione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali.

— Corte cost. 1° aprile 1982, n. 63, *id.*, 1982, I, 1216 (con nota di A. PROTO PISANI, *In tema di significato costituzionale della tutela cautelare e di potere di sospensione dei giudici tributari*; la decisione è stata confermata da numerose ordinanze successive di manifesta infondatezza: v. Corte cost. 29 marzo 1983 n. 80, *id.*, 1983, I, 1788) ha dichiarato infondata, in riferimento agli art. 3, 24 e 53 Cost. la questione di costituzionalità dei d.p.r. 602/73 e 633/72, nella parte in cui escludono che i giudici tributari (e il giudice ordinario innanzi al quale il giudizio eventualmente prosegue a norma dell'art. 40 d.p.r. 636/72) possano disporre la sospensione dei procedimenti di riscossione coattiva dei tributi. Tale decisione, dopo avere ricordato che in materia di riscossione delle imposte dirette il potere di sospensione è attribuito all'intendente di finanza (« sul presupposto — ritenuto dal legislatore — che tale organo possa meglio di ogni altro valutare comparativamente la posizione del contribuente e l'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi, nel quadro dell'andamento complessivo dell'attività tributaria ») contro il cui « provvedimento (discrezionale) è ammesso il ricorso al giudice amministrativo a norma dell'art. 113 Cost. », e dopo avere sottolineato che sia in ordine alle imposte dirette sia in ordine alle imposte indirette « l'esecutorietà risulta ope legis graduata con riferimento alla probabilità di fondamento della pretesa tributaria, rilevabile in base alle decisioni che intervengono nei vari gradi del giudizio », nella parte finale contiene alcune osservazioni più generali sulla copertura costituzionale o no della tutela cautelare: in particolare si afferma che « la potestà cautelare non costituisce una componente essenziale della tutela giurisdizionale ex art. 24 e 113 Cost. », ma la sua disciplina è demandata alla legge ordinaria, alla quale spetta di regolare la materia; e ancora che « la mancanza di previsione della misura cautelare non importa, contrariamente a quanto ritengono i giudici a quibus, mancanza di effettività della tutela giurisdizionale », giacché questa « non significa che necessariamente deve essere consentito di anticipare le conseguenze di una pronuncia (solo eventualmente) favorevole — come avviene con la sospensione della procedura esecutiva — ma vuol dire che la pretesa fatta valere in giudizio deve trovare, se fondata, la sua concreta soddisfazione, il che è assicurato... mediante la reintegrazione successiva » cioè « mediante la pronta restituzione della somma riscossa e non dovuta ».

III. - La vicenda giurisprudenziale (inaugurata da Pret. Pisa 30 luglio 1977, *id.*, 1977, I, 2354, di cui sono tappe essenziali le decisioni negative di Cass. 25 ottobre 1979, n. 5575, *id.*, 1980, I, 887 e 16 marzo 1981, n. 1484, *id.*, 1981, I, 985, vicenda oggi definitivamente conclusa dalla decisione in epigrafe), caratterizzata dal tentativo di raccordare la giurisdizione cautelare del pretore ex art. 700 c.p.c. a materie — quali soprattutto il pubblico impiego — la cui cognizione piena è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, è riassunta nell'ampia nota di richiami di A. DI CROMMO a Cass. 14 dicembre 1983, n. 7370 e Pret. Lodi 29 dicembre 1983, *id.*, 1984, I, 1898, cui *adde* Corte cost. 19 dicembre 1984, n. 294, *id.*, 1985, I, 651 (con nota di F. CIPRIANI, *La Corte costituzionale, il regolamento di giurisdizione e i provvedimenti d'urgenza*) nella cui motivazione si parla di « abusi dell'istituto di cui all'art. 700 c.p.c., volto, anche se spesso a causa di supposte inadeguatezze della tutela d'urgenza davanti al giudice amministrativo, ai fini di elusione della normativa sul riparto di giurisdizione ». Da ultimo cfr., sul tema, le relazioni di R. PREDEN e M. PIVETTI su *La tutela cautelare ex art. 700 c.p.c. tenute nell'incontro di studio « Il giudice ordinario e il controllo di legittimità sugli atti della p.a. »* organizzato dal C.S.M. a Fiuggi il 31 gennaio-2 febbraio 1985.

IV. - Sui progressivi ampliamenti che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha riconosciuto, pur nell'ambito della giurisdizione di legittimità in tema di interessi legittimi, alla misura cautelare della sospensiva di cui all'art. 21, ult. comma, l. 1034/71, v. Cons. Stato, ad. plen. 1° giugno 1983, n. 14, *id.*, 1984, III, 72 (con nota di G. SAPORITO, in cui testualmente si afferma che « l'adunanza plenaria riconosce ormai esplicitamente che quando gli effetti « caducatori » della sospensione non siano sufficienti a tutelare in via cautelare l'interesse del ricorrente, l'effettività della tutela interinale possa essere realizzata anche mediante strumenti diversi e ampiamente eccedenti la pura e semplice paralisi degli effetti formali dell'atto impugnato; tra questi strumenti risalta in primo luogo la possibilità di imporre all'amministrazione la tenuta di certi comportamenti considerati necessari per la realizzazione della tutela giurisdizionale »). V. anche Cons. Stato, ad. plen., 8 ottobre 1982, n. 17, *id.*, 1983, III, 41 (con nota di G. SAPORITO, *Esame di maturità per la sospensiva di atti negativi*), nonché Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 1984, n. 17, *id.*, 1985, III, 51 (con nota di G. SAPORITO,

dere in loro favore l'aggiunta di famiglia e l'indennità integrativa speciale, e ritenuta la propria giurisdizione — ordinasse, ex art. 700 c.p.c., all'università stessa a) di pagare mensilmente detti emolumenti e b) di versare le relative somme.

L'avvocatura distrettuale dello Stato, costituitasi nell'interesse dell'università, depositò copia del proposto regolamento preventivo di giurisdizione e chiese sospendersi il processo in attesa della pronuncia delle sezioni unite della Cassazione.

Provvedimenti cautelari: limiti di esigibilità. È da segnalare altresì che Cass. 25 luglio 1984, n. 4399, *id.*, 1984, I, 2105 (con nota di A. PROTO PISANI, *La tutela dei diritti sindacali nel pubblico impiego avanti le sezioni unite*), nella motivazione, per giustificare la effettività della tutela giurisdizionale urgente apprestabile dai giudici amministrativi, fa esplicito riferimento sia alla citata decisione n. 14/83 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sia alla estensione che tale tutela cautelare avrebbe potuto ottenere « ove dovessero trovare accoglimento le questioni di costituzionalità rimesse alla Corte dal T.A.R. Lazio » (e dal T.A.R. Toscana) con specifico riguardo al rapporto di pubblico impiego (ma v. al riguardo i rilievi critici svolti da A. PROTO PISANI, nota ult. cit., desunti dalla « strutturale inadeguatezza del processo amministrativo a consentire quell'accertamento diretto del fatto indispensabile per assicurare una tutela, anche solo cautelare, effettiva ai diritti sindacali »; questi rilievi, se fondati, non diminuirebbero l'importanza della decisione in epigrafe, ma la collocherebbero nell'ambito del travagliato processo di adeguamento della giustizia amministrativa ai principi costituzionali).

V. - Il principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, fu enunciato per la prima volta in Italia da G. CHIOVENDA (*Sulla «perpetuatio iurisdictionis»*, in *Foro it.*, 1923, I, 362, ripubblicato in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma, 1930, I, 271 ss.; v. anche *Istituzioni di dir. proc. civ.*, Napoli, 1935, I, n. 34), e, argomentando anche da esso, CHIOVENDA tentò di desumere in via di interpretazione sistematica l'esistenza, già sotto il vigore del codice di procedura civile del 1865, della « figura generale del provvedimento provvisorio cautelare » (*Istituzioni*, n. 44; la proposta non ebbe successo in dottrina: v. soprattutto CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 7 ss., ripubblicato in *Opere giuridiche*, Napoli, 1983, IX, 191 ss., ma rovinò l'accoglimento nel nuovo codice di procedura civile del 1942, all'art. 700).

Il suindicato principio fu individuato da CHIOVENDA sulla base dell'analisi della *ratio* di una serie estremamente varia ed eterogenea di norme ed istituti sparsi nel codice civile e di procedura, sulla falsariga di indicazioni in tal senso della dottrina tedesca (v. SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, Torino, 1896, VI, 58 s.; WINDScheid, *Il diritto delle pandette*, trad. it. di FADDA e BENSIA, Torino, 1925, I, 425 ss.; v. anche KUSSEI, *Die privatrechtlichen Wirkungen des Prozessbeginns*, Leipzig, 1925 e BETTERMANN, *Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform*, Detmold, 1948).

Il principio, specie se accostato all'altro secondo cui « il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire », svolse un ruolo centrale nel sistema elaborato da CHIOVENDA (v. al riguardo NDRIOLO, *Prefazione alla ristampa dei Principi di CHIOVENDA*, Napoli, 1965 e 1980; *Id.*, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova, 1958, V, 409 ss.) ed è avuto una importanza « pratica » notevolissima sia a livello interpretativo che legislativo.

In particolare, sebbene taluni interventi della dottrina (v. soprattutto ASCARELLI, *Intorno alla responsabilità del depositario, ecc.*, in *Foro*, 1926, I, 744 ss. e S. SATTA, *Azioni popolari e «perpetuatio iurisdictionis»*, *id.*, 1938, I, 706 ss.) abbiano messo in evidenza la dura volta a volta sostanziale o processuale delle norme accomunate a CHIOVENDA e la profonda eterogeneità dei relativi istituti, è stato che di recente osservato (da A. CERINO CANOVA, in *Commentario del c.c.*, diretto da ALLORIO, Torino, 1980, II, 292 s.) che « l'inverso il principio della perpetuatio iurisdictionis manifesta tutto il suo valore — una grandissima importanza se viene inteso [a livello di valori istituzionali] come «un'aspirazione di opportunità» imposta dalla funzione del processo; su questo piano, le critiche rivolte a CHIOVENDA riducono gran parte del loro significato... ed emerge invece e risalta vividamente un'esigenza vivissima affinché il processo sia costruito ed esso in funzione della tutela più agevole e completa delle parti che ne debbono servire; il principio è dunque di contenuto generalissimo, ricomprende fenomeni assai eterogenei, si dirige al legislatore non meno che all'interprete: ma soprattutto è — come ogni altra tendenza elaborata dall'insigne maestro — una forza creatrice di nuove e più paganti soluzioni ».

E non a caso il principio secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, dopo essere stato posto genericamente a fondamento della tutela cautelare in genere (v. tutti CALAMANDREI, *Introduzione*, cit., 20; v., da ultimo, L. MONTEVOLO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 244), ha trovato la sua massima emersione a livello di legislazione ordinaria proprio nell'art. 700 c.p.c. Al riguardo con estrema chiarezza è stato osservato (da NDRIOLO, *Commento*, Napoli, 1964, IV³, 248 s.) che il principio chioven-

Con ordinanza emessa il 28 febbraio 1978 (notificata e comunicata il successivo 15 marzo; pubblicata nella G.U. n. 250 del 6 settembre 1978 e iscritta al n. 290 r.o. 1978), l'adito Pretore di Genova ha giudicato non manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3, 1° comma, 24, 1° comma, Cost., la questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della p.a. e

cauzione di norme generali ed astratte, la cui concreta applicazione è condizionata all'ipotesi dell'accoglimento della domanda [come nei casi previsti dagli art. 948, 1148, 1283, 2943, 2652-2653 c.c., ecc.], ma mediante misure provvisorie, che il giudice emana in aderenza con le caratteristiche del diritto dedotto in giudizio; talché i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. sono atipici non solo nel campo dei provvedimenti cautelari, ma anche nello stesso settore delle provvidenze, dirette a realizzare il principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione ». E, muovendosi sostanzialmente nello stesso senso, si è detto (da A. PROTO PISANI, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, 1982, 359 s.; *Id.*, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, 252 ss.) che « la predisposizione della misura cautelare atipica dei provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. è idonea a far sì che l'esigenza suindicata (e cioè l'evitare che la durata del processo vada a danno dell'attore che ha ragione) da aspirazione di opportunità giustificatrice di singole norme assurga a valore di principio generale dell'ordinamento ».

* * *

La nota di richiami che precede, credo, sia sufficiente a far comprendere la grandissima importanza teorica, prima ancora (ovvero oltre) che pratica, della sentenza in epigrafe.

Come si desume dal suo dispositivo additivo di accoglimento, essa afferma in modo inequivoco la copertura costituzionale della tutela cautelare atipica al fine della effettività della tutela giurisdizionale, nei limiti in cui il *periculum in mora* assurga agli estremi della irreparabilità del pregiudizio.

L'affermazione è di notevole momento in quanto per un verso si riallaccia, generalizzandone la portata, a Corte cost. n. 284/74, per altro verso suona come esplicita ed autorevolissima smentita alle molte pericolose enunciazioni generali contenute nella motivazione di Corte cost. n. 63/82.

D'ora in avanti non si potrà dubitare che ad avviso della nostra Corte costituzionale la tutela cautelare atipica, nei limiti in cui serve a neutralizzare *periculum in mora* che assurgano agli estremi della irreparabilità del pregiudizio, è una componente essenziale ed ineliminabile della tutela giurisdizionale (l'estrema ristrettezza del requisito della irreparabilità del pregiudizio, unita alla necessità della sussistenza del *fumus*, dovrebbero costituire antidoto sufficiente — a livello di *id quod plerumque accidit* — contro i rischi di pregiudizi irreversibili causati dalla tutela cautelare a danno del convenuto che al termine del processo a cognizione piena risulti avere ragione; la decisione in epigrafe, poi, col negare, nella motivazione, che la soluzione accolta sia « in contrasto con l'orientamento seguito nel campo tributario dalla sentenza n. 63/82, nel quale il potere di sospendere la riscossione è attribuito all'intendente di finanza e può darsi parziale iscrivibilità a ruolo dei tributi contestati », sembra giustificare la possibilità che — in ipotesi eccezionali caratterizzate dalla estrema difficoltà di valutare in concreto la sussistenza del requisito dell'irreparabilità del pregiudizio — il legislatore possa intervenire con la tecnica della legislazione generale ed astratta allo scopo di realizzare un sistema « oggettivo » di tutela cautelare attuato in via legislativa e non giurisdizionale: per le molte precisazioni ed integrazioni che un discorso di questa specie richiederebbe, v. la mia nota in *Foro it.*, 1982, I, 1216 ss.).

Questa importantissima enunciazione in tema di copertura costituzionale della tutela cautelare atipica è fondata non sulla concretizzazione dell'art. 24, 1° comma, Cost. (probabilmente anche perché questa norma costituzionale non era stata richiamata nella ordinanza di rimessione dal T.A.R. Lazio), quanto sulla « direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, 1° comma, Cost. » consistente nel « principio per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione »; principio « di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendolo e al contempo confortandolo con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del '42 dell'art. 700 ». Il richiamo alle pagine di CHIOVENDA e al loro influsso sulla dottrina e legislazione successiva (v. *retro sub V*) è trasparente.

Il ragionamento seguito è lineare: la tutela cautelare, nei limiti e con l'ampiezza prevista dall'art. 700 c.p.c., è espressione ed attuazione del « principio » (o « aspirazione di opportunità ») secondo cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione; questo principio (o questa aspirazione di opportunità), oltre ad avere significato di principio generale desumibile dalla vigente legislazione ordinaria in tema di processo civile, costituisce oggi anche un valore costituzionalmente protetto in quanto « si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, 1° comma, Cost. »; ne segue che la tutela cautelare, nei limiti e con l'ampiezza

devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sul riflesso che a) trattandosi di provvedimento d'urgenza non potesse ricevere applicazione l'art. 367 c.p.c., b) sussistesse violazione del principio di eguaglianza per essere l'art. 700 c.p.c. invocabile dai dipendenti di enti pubblici economici e di imprenditori privati e non da dipendenti statali e di enti pubblici non economici, c) sussistesse del pari violazione dell'art. 24, 1° comma, Cost. per essere i dipendenti statali privi di tutela d'urgenza rispetto a comportamenti omissivi della p.a. (Omissis)

2.1. — Con ordinanza emessa il 24 marzo 1978 (comunicata il 7 e pubblicata il 13 del successivo aprile; pubblicata nella G.U. n. 257 del 13 settembre 1978 e iscritta al n. 312 r.o. 1978) sul ricorso proposto, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., l'8 febbraio 1978 da Tuccio Maria Teresa ed altri 73 «contrattisti» e «assegnisti» presso l'Università degli Studi di Genova, che facevano valere pretese dal contenuto identico a quello proprio del ricorso di Cartelli e altri, l'adito pretore è tornato a sollevare la questione d'illegittimità costituzionale prospettata con l'ordinanza 28 febbraio 1978 (*supra* 1.). (Omissis)

3.1.1. — Con ordinanza emessa il 16 febbraio 1981 (notificata il 21 e comunicata il 24 del successivo marzo; pubblicata nella G.U. n. 262 del 23 settembre 1981 e iscritta al n. 305 r.o. 1981) il Pretore di S. Pietro Vernotico, provvedendo sul ricorso spiegato ex art. 700 c.p.c. il 25 gennaio 1981 da Ragusa Tito e da altri 33 dipendenti del comune, al fine di conseguire, in via cautelare e d'urgenza e sino alla definizione del giudizio di merito pendente avanti il T.A.R. Puglia, il pagamento dell'indennità di rischio di lire 2.700 giornaliere, ha sollevato, nel contraddittorio del comune che aveva eccepito il difetto di giurisdizione del giudice ordinario, questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. per contrasto con gli art. 3, 24 e 113 Cost. riecheggiando sui due primi parametri i motivi esposti dal Pretore di Genova e denunciando in ordine all'art. 113, 1° comma, la violazione del diritto di tutti i cittadini alla compiuta tutela giurisdizionale di diritti soggettivi e interessi legittimi contro gli atti della p.a. e, in ordine all'art. 113, 2° comma, la vanificazione del principio, per il quale la tutela giurisprudenziale nei riguardi della p.a. non può essere esclusa o limitata a particolari forme di gravame o per determinate categorie di atti. (Omissis)

3.2.1. — Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato il 4 febbraio 1984, Elia Maria e tre altre dipendenti della USL BR/6 con la qualifica professionale di puericultrici addette alla sezione neonatale del presidio ospedaliero «N. Melli» di S. Pietro Vernotico chiesero al locale pretore del lavoro annullarsi o sospendere di efficacia o disapplicare, in via cautelare e di urgenza e fino alla definizione dell'instaurando giudizio di merito avanti il competente giudice amministrativo, l'ordine di servizio 14 dicembre 1983 del direttore sanitario dell'ospedale che, in contrasto con la qualifica reclamata dalle ricorrenti, aveva disposto che le vigilatrici d'infanzia dovessero essere utilizzate nella sezione di pediatria.

Nel contraddittorio della U.s.l. BR/6, la quale aveva in via preliminare eccepito sia la propria carenza di legittimazione passiva per essere stato l'ordine di servizio emesso (non dal consiglio di gestione della U.s.l. sibbene) dal direttore sanitario, sia il difetto di giurisdizione del giudice del lavoro, e nel merito la infondatezza della pretesa delle attrici, l'adito Pretore di S. Pietro Vernotico, con ordinanza emessa il 2 marzo 1984 (notificata il 4 dello stesso mese e comunicata il successivo 4 aprile; pubblicata nella G.U. n. 287 del 17 ottobre 1984, e iscritta al n. 559 r.o. 1984), ha riproposto la questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. in riferimento agli art. 3, 24 e 113 Cost. sulla base dei motivi esposti nel precedente incidente (*supra* 3.1.1.) ed ha fatto divieto alla U.s.l. BR/6 di utilizzare, nelle more del giudizio di costituzionalità, le ricorrenti in turni di servizio che mettessero in pericolo le leggi igienico-sanitarie del lavoro, poste a tutela del pubblico interesse e della salute pubblica. (Omissis)

4.1. — Con ricorso notificato il 25 maggio 1980, Marzia Vignoli Corrizzato chiese al T.A.R. Lazio — previa declaratoria del diritto al trattamento economico previsto dalla l. 30 dicembre

prevista dall'art. 700 c.p.c., deve necessariamente trovare applicazione anche nell'ambito della giurisdizione esclusiva degli organi di giustizia amministrativa.

Parafrasando una espressione di F. CARNELUTTI (in *Riv. dir. proc.*, 1942, 68) viene da dire: «come sarebbe contento oggi CHIOVEN-DA, se potesse leggere questa sentenza, pur così avanzata rispetto alle posizioni di ieri ma così pregna del suo spirito»!

A. PROTO PISANI

1971 n. 1204 e, per quanto occorrer potesse, dalle circolari ministeriali 18 gennaio 1977, n. 20 e 14 maggio 1973, n. 136 — annullare il diniego, opposto dal provveditorato agli studi di Firenze, della concessione alla ricorrente di tale trattamento e condannare l'amministrazione al pagamento del trattamento dovuto dalla data di conferimento della nomina nonché del relativo rateo della tredicesima mensilità dell'anno 1979, l'adito T.A.R., con ordinanza emessa nella assenza degli intimati ministero della pubblica istruzione e del provveditorato agli studi di Firenze il 10 marzo 1980 (pervenuta alla corte l'8 aprile 1981; comunicata il 31 luglio e notificata il 3 ottobre 1980; pubblicata nella G.U. n. 262 del 23 settembre 1981 e iscritta al n. 285 r.o. 1981), ha dichiarato non manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3 e 113 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, ult. comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nella parte in cui l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo per la mera sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato non consente a tale giudice di intervenire nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, sul riflesso che a) l'art. 21 non attribuisce al giudice amministrativo poteri analoghi a quelli spettanti al giudice del lavoro in virtù del testo, novellato dalla l. 533/73, dell'art. 423, 2° comma c.p.c., b) che più ampi poteri non sarebbero al giudice amministrativo accordati con l'art. 15 l. 9 dicembre 1977 n. 903 (parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro), invocata dalla ricorrente sollevandone dubbi sulla costituzionalità, peraltro ritenuti irrilevanti dall'adito giudice nel giudizio a quo, c) l'intervento d'urgenza previsto dall'art. 21, che, per essere strutturato con riguardo a giurisdizione di tipo caducatorio, non è esperibile nel campo delle pretese patrimoniali, determina a carico del pubblici dipendenti una condizione d'inferiorità rispetto agli altri lavoratori subordinati, ai quali l'art. 423 c.p.c. consente di conseguire in corso di causa ordinanza di pagamento, e implica, secondo ebbe a ritenere la Corte costituzionale con sent. 284/74 (*Foro it.*, 1975, I, 263) a proposito della l. 865/1971, violazione dell'art. 113 nonché dell'art. 3 Cost. (Omissis)

5.1 — Nell'imminenza della pubblica udienza dell'11 giugno 1985 l'avvocatura generale dello Stato, con memoria depositata in due originali il 28 maggio 1985, ha reso noto che le sezioni unite con sent. 1484/81 (*id.*, 1981, I, 985), resa sul regolamento di giurisdizione proposto nell'interesse del min. p.i. e dell'Università degli studi di Genova nel giudizio introdotto da Cartelli Giuseppe e altri avanti il Pretore del lavoro di Genova (*supra* 1.), ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle domande proposte in causa dai «contrattisti» e l'improporzionalità, per difetto assoluto di giurisdizione, delle domande proposte in causa dagli «assegnisti» comprendendo le spese processuali anche del giudizio avanti il pretore del lavoro (sentenza di cui ha esibito fotocopia del dispositivo) e ne ha inferito, anche sulla base di precedenti della corte (sent. 82/79, *id.*, 1979, I, 1933; 5/80, *id.*, 1980, I, 273), l'inammissibilità dell'incidente d'incostituzionalità.

5.2. — Altro originale della stessa memoria ha l'avvocatura generale dello Stato depositato, sotto la stessa data del 28 maggio 1985, nell'incidente introdotto avanti questa corte con ordinanza dello stesso Pretore di Genova (*supra* 2.) ed ha esibito fotocopia del dispositivo della sent. 1489/81 (*id.*, Rep. 1981, voce *Provvedimenti d'urgenza*, n. 31), con la quale le sezioni unite della Cassazione han dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle domande proposte in causa dai «contrattisti» e l'improporzionalità, per difetto assoluto, di giurisdizione, delle domande proposte in causa dagli «assegnisti», compensando tra le parti le spese dell'intero giudizio. (Omissis)

Diritto. — 7. — I due incidenti del Pretore del lavoro di Genova e i due incidenti del Pretore del lavoro di S. Pietro Vernotico hanno per oggetto la stessa questione d'incostituzionalità nella quale vien coinvolto l'art. 700 c.p.c. nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della p.a. e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per contrasto con gli art. 24, 1° e 3° comma, Cost. (parametri cui il Pretore di S. Pietro Vernotico ha aggiunto l'art. 113); dal suo canto il T.A.R. Lazio ha sospettato d'incostituzionalità, in riferimento agli art. 3 e 113, l'art. 21, ult. comma («se il ricorrente, allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, ne chiede la sospensione, sull'istanza il tribunale amministrativo regionale pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio. I difensori delle parti debbono essere sentiti in camera di consiglio, ove ne facciano richiesta») l. 6 dicembre 1971 n. 1034 (istituzione dei tribunali amministrativi

regionali) nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla mera sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente a tale giudice di intervenire d'urgenza nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva.

Tra l'incidente sollevato dal T.A.R. Lazio e i quattro altri sussiste pregiudizialità del primo (e quindi obiettiva connessione) tale da giustificare la riunione ai fini di contestuale deliberazione.

8. — Nei limiti in cui il T.A.R. lo ha sottoposto al giudizio della corte per assicurare che in tal campo non si perpetui l'innammissibile disuguaglianza di trattamento tra dipendenti pubblici e privati, il sospetto d'incostituzionalità dell'art. 21, ult. comma, l. 1034/71 è fondato perché esige rispetto il principio, per il quale la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, di cui la dottrina non solo italiana fin dagli inizi del corrente secolo ha dimostrato la validità desumendola e al contempo confortandola con richiami di disposizioni normative e provocando l'inserzione nel codice di rito civile del 1942 dell'art. 700 («fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito»), che si esibisce quale espressione di direttiva di razionalità tutelata dall'art. 3, 1° comma e, in *subiecta materia*, dall'art. 113 Cost.

Scrittori e giudici di merito (non escluso il Consiglio di Stato) non hanno esitato ad estendere la direttiva desumibile dall'art. 700 alla giurisdizione esclusiva dei T.A.R., ma, se il tentativo non ha riscosso l'assenso del giudice della nomofilachia, quel che è precluso dal diritto vivente ben può e deve essere realizzato dalla corte. Né così rescrivendo, si pone la corte in contrasto con l'orientamento seguito nel campo tributario (sent. 63/82, *id.*, 1982, I, 1216), nel quale il potere di sospendere la riscossione è attribuito all'intendente di finanza e può darsi parziale iscrivibilità a ruolo dei tributi contestati. Per contro, la normativa di fresca data esibisce per chiari segni la direttiva, espressa dall'art. 700 e, sol in limitata area, dall'art. 21, ult. comma, vuoi nell'art. 28 (tutela giurisdizionale) l. 29 marzo 1983 n. 93 (legge-quadro sul pubblico impiego) il quale, al 1° comma, ammonisce che «in sede di revisione dell'ordinamento della giurisdizione amministrativa si provvederà all'emanazione di norme che si ispirino, per la tutela giurisdizionale del pubblico impiego, ai principi contenuti nelle l. 20 maggio 1970 n. 300 e 11 agosto 1973 n. 533», vuoi nell'art. 31 (tutela giurisdizionale) d.p.r. 24 marzo 1981 n. 145 (ordinamento dell'azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo generale), il quale, dopo aver assegnato le controversie di lavoro relative al personale comunque in servizio alla esclusiva giurisdizione dei tribunali amministrativi regionali, dispone che «in detti giudizi trova applicazione l'art. 28 l. 24 maggio 1970 n. 300, ed, in quanto applicabili, le disposizioni di cui alla l. 11 agosto 1973 n. 533», ed è appena il caso di sottolineare che il richiamo della l. 533/73 vuol dire inserzione nel tessuto della giurisdizione esclusiva dei primi tre comma del novellato art. 423 c.p.c., sol per la concreta inapplicabilità dei quali entra in gioco, come norma di chiusura, l'art. 700: elasticità la quale, in difetto dell'art. 423, 1° a 3° comma, in linea generale inapplicabile al settore pubblico, opera senza limiti a favore dei dipendenti pubblici.

Dall'art. 700 è lecito enucleare la direttiva che, le quante volte il diritto assistito da *fumus boni iuris* è minacciato da pregiudizio imminente e irreparabile provocato dalla cadenza dei tempi necessari per farlo valere in via ordinaria, spetta al giudice il potere di emanare i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.

In tali termini e nell'area delle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego l'art. 21, ult. comma, della legge istitutiva dei T.A.R. è da dichiarare costituzionalmente illegittimo.

9. — Delle non poche eccezioni d'innammissibilità adunate dall'avvocatura erariale merita ingresso il dubbio sul se (non l'art. 700 ma l'art. 423, 1° a 3° comma, c.p.c. e) l'art. 21, ult. comma, l. 1034/71 fosse da sospettare d'incostituzionalità e ciò perché legittimato a rendere giustizia nelle controversie di merito, su cui i Pretori di Genova e di S. Pietro Vernotico erano chiamati ad esercitare i poteri di cautela d'urgenza, è il T.A.R. destinatario dell'art. 21, ult. comma, (T.A.R. Puglia per giunta già addito dalle parti del primo incidente sollevato dal Pretore di S. Pietro

Per questi motivi, la Corte costituzionale, riuniti gli incidenti iscritti ai nn. 290 e 312/78, 285 e 305/81, 559/84, 1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, ult. comma, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei T.A.R., nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, 2) dichiara l'innammissibilità della questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 700 c.p.c. nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della p.a. e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sollevata in riferimento agli art. 24, 1° comma, e 3, 1° comma Cost. dal Pretore del lavoro di Genova con ordinanze 28 febbraio e 4 marzo 1978 (nn. 290 e 312/78) e con riferimento anche all'art. 113 Cost. dal Pretore del lavoro di S. Pietro Vernotico con ordinanze 16 febbraio 1981 e 2 marzo 1984 (nn. 305/81 e 559/84).

CORTE COSTITUZIONALE; sentenza 13 giugno 1985, n. 185 (*Gazzetta ufficiale* 19 giugno 1985, n. 143 bis); Pres. ROHRSEN, Rel. MALAGUGINI; P.m. c. Talluto e altro; interv. Pres. cons. ministri (Avv. dello Stato SALIMETI). *Ord. Cass. 7 febbraio 1981* (G.U. n. 191 del 1983); *17 febbraio 1983* (G.U. n. 67 del 1984); *26 settembre 1983* (G.U. n. 218 del 1984).

Ordinamento penitenziario — Affidamento in prova — Provvedimento di ammissione — Annullamento — Effetto retroattivo — Incostituzionalità (Cost., art. 3, 13, 27; l. 26 luglio 1975 n. 354, norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà, art. 47).

E illegittimo l'art. 47 l. 26 luglio 1975 n. 354 sull'ordinamento penitenziario, nella parte in cui non consente che valga come espiazione di pena il periodo di affidamento in prova al servizio sociale, in caso di annullamento del provvedimento di ammissione. (1)

(1) L'ordinanza di rimessione Cass. 7 febbraio 1981 si legge in *Foro it.*, 1982, II, 280, con nota di richiami, commentata da ANTONINI, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1597, da LATTANZI, in *Cass. pen.*, 1981, 1764 e da LUPONE, in *Arch. pen.*, 1983, 584; 17 febbraio 1983, *Giur. costit.*, 1984, II, 437; 26 settembre 1983, *ibid.*, 1385.

Sulla natura giuridica dell'affidamento in prova.

1. - Con la sentenza n. 185/85, la Corte costituzionale risolve in parte uno dei problemi che, subito dopo l'entrata in vigore dell'ordinamento penitenziario, erano stati individuati dalla dottrina come «delicati quesiti interpretativi» posti dalla disciplina dell'affidamento in prova al servizio sociale (1).

L'art. 47 infatti, nel prevedere la revoca della misura alternativa quando il comportamento del soggetto «appaia incompatibile con la prosecuzione della prova», non contiene espresse previsioni circa il computo del periodo trascorso in affidamento. Lo stesso silenzio esso mantiene circa l'ipotesi di annullamento del provvedimento di ammissione.

Vero è che l'inciso «il periodo trascorso in affidamento non è computabile ai fini della espiazione della pena», inserito durante l'iter parlamentare della legge dalla commissione giustizia del senato, è poi scomparso (2); ma neppure questo elemento risultava suscettibile di univoca interpretazione. Si poteva infatti argomentare sia nel senso che la soppressione dovesse riferirsi ad una *intento legis* contraria al contenuto della previsione, sia nel senso che la caduta dell'inciso derivasse dalla sua constatata superfluità.

L'esiguità dei riferimenti testuali utilizzabili e le difformi opinioni sulla natura giuridica e sulla reale afflittività dell'affidamento indussero presto a contrastanti prese di posizione.

(1) BRICOLA, *Le misure alternative alla pena*, in *Pene e misure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977, 384.

(2) MANTOVANI, *Pene e misure alternative nel sistema vigente*, in *Pene e misure alternative*, cit., 42; LA GRECA, osservazioni a Cass. 7 novembre 1977, Boari, e 12 gennaio 1978, Picchio, in *Foro it.*, 1978, II, 153.

FRANCESCO P. LUISO

ISTITUZIONI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

Terza edizione



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

CAPITOLO II

I PRINCIPI SOVRANAZIONALI E COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. La convenzione dei diritti dell'uomo. - 2. L'unione europea. - 3. Le norme comunitarie processuali. - 4. Il diritto di azione. - 5. I diritti soggettivi e gli interessi legittimi. - 6. L'autodichia. - 7. L'arbitrato obbligatorio. - 8. La giurisdizione condizionata. - 9. I tentativi obbligatori di conciliazione. - 10. I ricorsi amministrativi preventivi. - 11. Il diritto ad una tutela effettiva. - 12. Il diritto alla tutela ed il diritto da tutelare. - 13. Il principio del contraddittorio. - 14. Le questioni rilevate di ufficio. - 15. La parità delle armi. - 16. I rapporti fra diritto di azione e diritto di difesa. - 17. I processi a cognizione piena. - 18. I processi sommari. - 19. I processi cautelari. - 20. I processi sommari non cautelari. - 21. L'obbligo della difesa tecnica. - 22. Il diritto alla difesa tecnica. - 23. La difesa dei non abbienti. - 24. Il giudice naturale. - 25. La soggezione del giudice alla legge. - 26. Il vincolo al precedente. - 27. Il vincolo al giudicato. - 28. Le leggi interpretative. - 29. Il giudice ordinario. - 30. Il giudice straordinario. - 31. Il giudice speciale. - 32. L'autonomia e l'indipendenza della magistratura. - 33. Il giusto processo. - 34. L'imparzialità. - 35. La ragionevole durata del processo. - 36. La motivazione. - 37. Il ricorso in Cassazione. - 38. La nomofilachia.

Prima di analizzare le singole forme di tutela (dichiarativa, esecutiva e cautelare) nelle diverse vie (giurisdizionale, arbitrale e amministrativa) individuate, occorre affrontare quella che possiamo definire la necessaria premessa a questa analisi: e cioè i principi costituzionali in materia di tutela dei diritti. Si capisce bene che le regole, che la Costituzione detta in materia di tutela dei diritti, sono rivolte essenzialmente (se non esclusivamente) a quella ipotesi di tutela, che è costituzionalmente necessaria: e cioè la tutela giurisdizionale. Ma prima ancora delle regole contenute nella Costitu-

zione, oggi dobbiamo tener conto dei principi e delle norme di origine sovranazionale: la convenzione europea dei diritti dell'uomo e, con portata sempre maggiore, la normativa comunitaria.

①
*La convenzione dei
diritti dell'uomo*

In primo luogo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata dall'Italia nel 1955, contiene una disposizione di specifico interesse per la tutela dei diritti. L'art. 6, rubricato come «diritto ad un processo equo», stabilisce che «ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti ad un tribunale indipendente e imparziale e costituito per legge, che decide [...] in ordine alla controversia sui suoi diritti e obblighi di natura civile ...».

Con la ratifica della convenzione, l'Italia si è impegnata ad assicurare la realizzazione delle previsioni contenute nella convenzione, fra la quali vi è appunto quella appena trascritta. Ove uno Stato venga meno agli obblighi previsti nella convenzione, esso può essere convenuto dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo – che ha sede a Strasburgo, e che non deve essere confusa con la Corte di giustizia della Comunità europea, che ha sede in Lussemburgo – affinché la Corte, accertata la violazione degli obblighi, condanni lo Stato inadempiente a rimuovere gli effetti della lesione o, se ciò non è possibile, al risarcimento dei danni subiti dalla parte lesa. La persona lesa può quindi ricorrere alla Commissione la quale, effettuata una istruttoria, può deferire lo Stato innanzi alla Corte. Se lo Stato non adempie a quanto stabilito nella sentenza della Corte, può essere sospeso provvisoriamente dal Consiglio di Europa e, nei casi più gravi, addirittura escluso.

Proprio in virtù di quanto sopra visto, lo Stato italiano è stato ripetutamente condannato per la violazione dell'art. 6, soprattutto per quanto riguarda l'eccessiva durata dei processi, che non rispetta il «termine ragionevole». E proprio in conseguenza di queste condanne, è stata introdotta la l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), la quale consente alla persona lesa di ricevere dallo Stato un risarcimento per il danno subito a causa dell'eccessiva durata del processo: ove tale risarcimento sia equivalente a quello che l'interessato riceverebbe dalla Corte, egli non ha più motivo di proporre ricorso in sede europea.

②
L'unione europea

Di tutt'altro genere e portata è la rilevanza del diritto comunitario. In primo luogo, sappiamo che le norme europee hanno imme-

diata efficacia nei singoli Stati membri; ma, com'è noto, l'unione europea non ha – salve le eccezioni costituite dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di giustizia – una propria struttura giurisdizionale autonoma, competente per le materie regolate dal diritto comunitario o, più in generale, per le controversie che presentino profili rilevanti per l'ordinamento europeo (come accade, invece, ad es., negli Stati Uniti d'America ove, accanto ai giudici statali, esistono giudici federali, che hanno giurisdizione nelle controversie che presentano caratteristiche ultrastatali).

Nell'unione europea sono i giudici degli Stati membri a dover applicare il diritto comunitario, che naturalmente prevale, ove contrastante, sul diritto interno. Ciò significa che l'interpretazione e l'applicazione delle norme comunitarie è affidata ai singoli giudici statuali; e vi è quindi il rischio che tali norme siano diversamente interpretate ed applicate nei singoli Stati membri. L'inconveniente è fronteggiato dalla presenza di un organo giurisdizionale comune, la Corte di giustizia dell'Unione europea (che ha sede a Lussemburgo, e che non deve essere confusa con la Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha sede a Strasburgo): tale organo giurisdizionale comunitario ha quindi lo stesso compito nomofilattico, che le corti supreme hanno all'interno di ciascun ordinamento statale.

Lo strumento, che consente alla Corte europea di assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione delle norme comunitarie, non è costituito dalla possibilità di impugnare dinanzi alla Corte, per motivi attinenti all'interpretazione ed applicazione della normativa comunitaria, le sentenze emesse dai giudici dei singoli Stati membri: ciò sarebbe stato possibile, ed anche idoneo al fine; ma avrebbe comportato un notevole aggravio della Corte. Si è quindi scelto un altro strumento, costituito dal rinvio pregiudiziale. Quando il giudice di uno Stato membro si trova a dover fare applicazione di una norma comunitaria, la cui interpretazione lascia qualche dubbio, può sospendere il processo innanzi a sé e rimettere la questione interpretativa alla Corte europea, la quale dà la soluzione al dubbio sollevato. Il rinvio pregiudiziale – facoltativo per i giudici non di vertice – è obbligatorio quando il dubbio interpretativo sorga innanzi ad una Corte Suprema.

La Corte di giustizia europea ed il tribunale di primo grado costituiscono, come già detto, la struttura giurisdizionale interna della comunità: essi – oltre che in materia di rinvio pregiudiziale – sono competenti a decidere le controversie che possono sorgere in materia di infrazione, da parte di un singolo Stato membro, agli obblighi posti dalle norme comunitarie, ed in materia di impugnazione degli atti comunitari.

③

*Le norme
comunitarie
processuali*

Occorre, infine, per concludere tener conto del fatto che, dal 2000, in virtù del trattato di Amsterdam, gli organi comunitari hanno iniziato ad interessarsi anche del processo civile interno ai singoli Stati membri: sono stati emanati dei regolamenti, che hanno lo scopo di armonizzare i rapporti fra i vari sistemi processuali interni. I regolamenti più importanti sono quelli che si occupano dei rapporti fra le varie giurisdizioni statuali (stabilendo a quale giudice spetta decidere la controversia), e dell'efficacia, negli altri Stati membri, delle sentenze pronunciate dal giudice di uno Stato: si tratta dei regolamenti nn. 44/2001 e 2201/2003, rispettivamente per le controversie civili e commerciali, e per le controversie in materia di matrimonio e filiazione. Vi è poi il regolamento n. 1346/2000, relativo alle procedure concorsuali; quelli relativi alle notificazioni ed alle prove (rispettivamente il regolamento n. 1348/2000 ed il regolamento n. 126/2001); il regolamento n. 805/2004, relativo al titolo esecutivo europeo; il regolamento n. 1896/2006, relativo all'istituzione di un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento; il regolamento n. 861/2007, relativo alle controversie di modesta entità.

Ora, ancorché questi regolamenti si applichino alle controversie che presentano profili di rilevanza comunitaria (e quindi non alle controversie meramente interne), non vi è dubbio che essi hanno una forte attrattiva per i legislatori nazionali, che inevitabilmente, quando dettano le proprie norme, tendono di fatto ad adeguarsi ai principi contenuti nella normativa comunitaria: così, ad es., la l. n. 218/1995 sul diritto internazionale privato italiano (che regola i rapporti fra la giurisdizione italiana e le giurisdizioni degli Stati non membri dell'Unione europea) ha sostanzialmente accolto i principi della normativa europea.

Passando ora all'esame delle norme di interesse processualistico contenute nella Costituzione, la prima e più importante delle nor-

me che dobbiamo esaminare è l'art. 24: norma, questa, che costituisce anche uno dei più importanti parametri di costituzionalità della normativa primaria. Infatti, se verifichiamo, dal punto di vista statistico, quali sono le norme costituzionali più spesso invocate nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, troviamo che – subito dopo l'art. 3 – la norma più di frequente utilizzata è proprio l'art. 24.

L'art. 24 si apre con un primo comma, la cui portata è assai maggiore di quanto potrebbe ricavarsi da un'analisi superficiale.

④

Il diritto di azione

Rileviamo, anzitutto, la presenza, nel primo comma dell'art. 24, della parola «tutti». Nel linguaggio della Costituzione l'espressione «tutti» si contrappone all'espressione «cittadini». Ad es., negli artt. 16, 17 e 18, e nel titolo IV della Costituzione, dedicato ai rapporti politici, si incontra la parola «cittadini»; mentre, ad es., negli artt. 19, 21, 22 e 23 troviamo la parola «tutti» (o «nessuno», che è l'esatto inverso ma che, nell'argomento che stiamo trattando, ha lo stesso significato di «tutti»).

Orbene, con «tutti» si indica qualunque soggetto di diritto, senza alcun'altra limitazione; mentre con «cittadini» si limita l'efficacia della regola costituzionale a coloro, che sono legati allo Stato dal vincolo della cittadinanza. Poiché l'art. 24 parla di «tutti», ciò significa che la tutela giurisdizionale è garantita a qualunque soggetto di diritto, per il solo fatto di essere tale. Conseguentemente, sarebbe incostituzionale una norma che subordinasse il diritto alla tutela giurisdizionale alla sussistenza di requisiti ulteriori e diversi dall'essere soggetti di diritto.



Esempio: una norma, che negasse l'accesso alla tutela giurisdizionale agli stranieri clandestini, cioè non muniti di permesso di soggiorno, sarebbe sicuramente incostituzionale, perché l'art. 24 non consente al legislatore di discriminare fra soggetti di diritto in ordine alla tutela giurisdizionale (come l'art. 19 non consente di discriminare fra soggetti di diritto in ordine alla libertà religiosa, o l'art. 21 non consente di discriminare fra soggetti di diritto in ordine alla libertà di manifestazione del pensiero, etc.).

Un'altra considerazione, anch'essa abbastanza facile, riguarda l'espressione «diritti e interessi legittimi». Essa significa: «tutte le situazioni sostanziali protette». Il costituente, usando questa ter-

⑤

I diritti soggettivi e gli interessi legittimi

minologia, ha esaurito l'intero ambito delle situazioni sostanziali protette. Il legislatore, quindi, non può creare una situazione sostanziale protetta (sia essa un diritto soggettivo oppure un interesse legittimo), e negare alla stessa la tutela giurisdizionale.

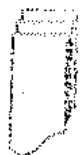
Ora, per la verità, quantomeno nel settore dei rapporti fra privati, raramente o mai il legislatore, anche nel periodo antecedente l'entrata in vigore della Costituzione, ha creato un diritto, ed ha negato allo stesso la tutela giurisdizionale. Diversamente si sono svolte le cose nei rapporti con la pubblica amministrazione: qui spesso il legislatore in passato ha escluso la tutela giurisdizionale, ad es., qualificando come non sindacabile in sede giurisdizionale un atto amministrativo. Tant'è che, come vedremo in seguito, nel settore di rapporti con la pubblica amministrazione, attraverso l'art. 113 il costituente ha addirittura raddoppiato la garanzia costituzionale, replicando dal punto di vista oggettivo quanto già esprime, dal punto di vista soggettivo, l'art. 24.

Nonostante ciò, rimangono dei settori, abbastanza circoscritti (ma non per questo irrilevanti), nei quali la tutela giurisdizionale non è possibile.

⑥
L'autodichia

Il primo di essi è dato dalla c.d. *autodichia degli organi costituzionali* (Parlamento, Presidenza della Repubblica, Corte costituzionale). Il parola «autodichia» è un termine artificiale, che significa «farsi giustizia da sé», ed ha quindi un significato parallelo ad altri termini, più noti, come «autonomia» (darsi le proprie regole) ed «autarchia» (autoamministrarsi). L'autodichia, quindi, rispetto alla giustizia è la stessa cosa dell'autonomia rispetto alla normazione e dell'autarchia rispetto all'amministrazione.

L'autodichia degli organi costituzionali si verifica innanzitutto con riferimento ai rapporti con i propri dipendenti. Costoro non possono chiedere la tutela giurisdizionale dei diritti, derivanti dal rapporto di lavoro, ma debbono richiedere al proprio datore di lavoro il riconoscimento delle proprie pretese. È lo stesso datore di lavoro che accoglie o rigetta la richiesta del dipendente.



Esempio: l'usciera della Camera, il bibliotecario del Senato, il dattilografo della Corte costituzionale, se ritengono di aver diritto ad una certa somma di denaro in virtù della prestazione lavorativa effettuata, presentano una domanda all'apposita struttura dell'organo costituzionale, che decide su di essa.

L'altro, ed assai più importante settore, nel quale si verifica l'autodichia riguarda l'elezione dei membri del parlamento. Se nasce una controversia sull'elezione di un deputato o di un senatore, questa non è risolta dal giudice – come accade per le elezioni delle regioni e degli enti territoriali, o finanche per quelle del parlamento europeo – ma dalla stessa assemblea, alla quale quell'elezione si riferisce. Ciò è espressamente previsto dall'art. 66 Cost.

Esempio: fra Tizio e Caio, ambedue candidati al Senato, sorge contestazione in ordine alla validità o meno di alcuni voti attribuiti all'uno anziché all'altro. È lo stesso Senato a decidere a chi vadano attribuiti tali voti, e quindi chi dei due sia stato eletto.

Nel 1999, poi, la Camera dei deputati e nel 2005 il Senato hanno esteso l'autodichia anche ai rapporti contrattuali con i terzi.

Esempio: la Camera bandisce un appalto per il riscaldamento. La ditta X viene esclusa a favore della ditta Y. La ditta X non può contestare l'esclusione in sede giurisdizionale, ma deve proporre ricorso all'apposita struttura interna della Camera.

L'autodichia degli organi costituzionali ha una ragione storica, che nasce quando la magistratura non godeva delle garanzie di indipendenza di cui gode attualmente (e che esamineremo fra poco), ma era largamente sottoposta all'influenza dell'esecutivo. L'autodichia voleva sottrarre gli organi costituzionali all'influenza indiretta dell'esecutivo, attraverso una magistratura dallo stesso esecutivo influenzabile. Oggi questa ragione storica è venuta meno ma – come spesso accade – è rimasto l'istituto. In quasi tutti gli altri Stati, ove esisteva l'autodichia, essa è stata abolita.

Ci potremmo però chiedere perché l'istituto non sia stato eliminato, una volta venute meno le ragioni della sua esistenza. La risposta è che i dipendenti preferiscono non sottrarsi ad un meccanismo, che sentono tutto sommato come più favorevole della giurisdizione. Ma se ciò è tranquillizzante per la prima ipotesi di autodichia, lo è molto meno per i rapporti contrattuali con i terzi e soprattutto non lo è affatto per le controversie previste dall'art. 66 Cost.: poiché in tal caso l'interesse pubblico è prevalente, e sostanzialmente la decisione è presa dalla maggioranza; senza considerare che, ove le contestazioni siano numerose, si rischia che la questione

sia risolta da soggetti, il cui titolo di legittimazione a decidere è controverso: insomma, un cane che si morde la coda.

Oltretutto, quando si tratta delle elezioni al parlamento europeo, la l. 24 gennaio 1979, n. 18 prevede che sia la giurisdizione a risolvere le controversie relative alle condizioni di eleggibilità e compatibilità (controversie che appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario) e quelle relative alle operazioni elettorali (che sono affidate al giudice amministrativo). Sicché l'art. 66 Cost. rischia di essere anacronistico: ma ovviamente, trattandosi di norma costituzionale, non è concepibile una valutazione della stessa in termini di legittimità.

⑦
L'arbitrato
obbligatorio

Una delle più importanti applicazioni dell'art. 24, primo comma, Cost., riguarda l'*arbitrato obbligatorio*. L'arbitrato, come vedremo meglio in seguito, si fonda sul potere dispositivo delle parti, sulla loro concorde volontà di deferire ad un terzo la decisione della controversia.

Ora, è successo che talvolta il legislatore abbia istituito delle ipotesi di arbitrato obbligatorio: la legge ha previsto che determinati diritti dovessero essere tutelati in via arbitrale, rimanendo esclusa la via giurisdizionale. In questi casi l'arbitrato viene definito come obbligatorio perché le parti non hanno possibilità di scegliere – come normalmente accade – fra la tutela giurisdizionale e la tutela arbitrale del loro diritto: se vogliono tutela, hanno a disposizione unicamente l'arbitrato.

La Corte costituzionale ha ripetutamente dichiarato la illegittimità delle norme che prevedono forme di arbitrato obbligatorio, in quanto ha affermato che il legislatore non può sottrarsi all'obbligo costituzionale di fornire la tutela giurisdizionale a chiunque la chieda. È vero che l'arbitrato costituisce uno strumento alternativo alla giurisdizione, ma – secondo la Corte – le parti debbono essere libere di scegliere fra la giurisdizione e l'arbitrato.

Ciò non significa che l'arbitrato debba necessariamente fondarsi su un apposito negozio (come solitamente accade), e quindi su una fonte *autonoma*: è sufficiente, dal punto di vista dell'art. 24, che ciascuna delle parti possa, esercitando la c.d. declinatoria, sottrarsi ad una eventuale previsione *eteronoma* di arbitrato, e possa invocare l'intervento del giudice.

Esempio: una legge prevede che certe controversie siano decise da arbitri. Peraltro la stessa legge stabilisce che l'attore, se crede, può proporre la propria domanda in sede giurisdizionale; e che la controparte, se convenuta dinanzi all'arbitro, se vuole può rifiutare il processo arbitrale ed ottenere quello giurisdizionale. Ebbene, in tale ipotesi l'art. 24 non è violato, perché anche in questo caso l'arbitrato si fonda sostanzialmente sulla volontà delle parti, nonostante che manchi un accordo esplicito che consacri tale volontà.

La dottrina concorda con la Corte nel condannare l'arbitrato obbligatorio: tuttavia, negli ultimi anni, a fronte della crisi della giustizia civile, parte della dottrina manifesta una qualche disponibilità verso ipotesi selezionate di arbitrato obbligatorio. In sostanza, preso atto che lo Stato non è in grado di offrire a tutti una tutela giurisdizionale effettiva, si è affermato che, forse, prevedere l'arbitrato obbligatorio per certe controversie, che meglio di altre si prestano all'arbitrato (ad es., quelle societarie), potrebbe alleviare il carico della giurisdizione. Ma, per il momento, si tratta di voci isolate.

Un altro fenomeno, la cui legittimità va vagliata nell'ottica dell'art. 24, è la c.d. *giurisdizione condizionata*. Si parla di giurisdizione condizionata laddove l'accesso alla tutela giurisdizionale non è assolutamente impedito, ma è subordinato al compimento di una certa attività: il legislatore impone alla parte, prima che questa possa chiedere la tutela giurisdizionale, di tenere un certo comportamento. La tutela giurisdizionale è quindi condizionata al compimento dell'attività, prescritta dal legislatore.

⑧

La giurisdizione condizionata

Il meccanismo della giurisdizione condizionata è ritenuto, dalla Corte costituzionale, compatibile con l'art. 24 se si rispettano *congiuntamente* i seguenti principi:

a) l'attività da compiere non deve rendere troppo difficile l'accesso alla giurisdizione: il comportamento da tenere non deve essere eccessivamente oneroso in termini di tempo, di costi, di attività da svolgere;

b) l'attività, che è necessario compiere per accedere alla tutela giurisdizionale, deve essere finalizzata ad un miglior funzionamento della giurisdizione. Il condizionamento deve quindi avere una finalità interna all'attività giurisdizionale (endoprocessuale), e non deve essere finalizzato al raggiungimento di risultati che, ancorché legittimi ed apprezzabili, sono tuttavia estranei all'attività giurisdizionale.

In applicazione di questi principi, la Corte, ad esempio, ha dichiarato incostituzionali le norme che imponevano, come condizione per l'accesso alla giurisdizione, il soddisfacimento di oneri tributari (diversi dalle tasse previste per lo svolgimento del processo: ad es., il contributo di iscrizione a ruolo, oppure l'imposta di bollo sugli atti del processo).

Esempio: è stata dichiarata illegittima una disposizione, contenuta nella l. n. 431/1998, che subordinava la tutela esecutiva del locatore all'adempimento degli obblighi tributari correlati alla proprietà dell'immobile locato (IRPEF, ICI) o al contratto di locazione (imposta di registro). Nella stessa direzione, è stata dichiarata illegittima una disposizione, che subordinava il rilascio di copia della sentenza – necessaria ai fini dell'impugnazione della stessa oppure per procedere ad esecuzione forzata – al pagamento dell'imposta di registro sulla sentenza stessa. Ancora. Anni fa, fu dichiarata illegittima una norma che, in materia di processo tributario, imponeva il c.d. *solve et repete*: il contribuente poteva impugnare l'atto tributario solo se produceva in giudizio la quietanza di pagamento della somma, che egli avrebbe dovuto corrispondere in virtù dell'atto impugnato.

Ora, la riscossione delle imposte è finalità pubblica, senz'altro degna di tutela, e purtuttavia è estranea al buon funzionamento del processo. La pubblica amministrazione ha tutti i poteri per raggiungere tale finalità, ed il legislatore non può «prostituire» ad essa il diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale dei diritti; non può sfruttare il bisogno di tutela giurisdizionale, per ottenere il pagamento dei tributi, attraverso una sorta di ricatto.

⑨
I tentativi
obbligatorie di
conciliazione

La Corte costituzionale ha, viceversa, ritenuto costituzionalmente legittimi i tentativi obbligatori di conciliazione: cioè quelle ipotesi in cui chi vuole proporre una domanda deve previamente instaurare con la controparte, dinanzi ad una struttura pubblica (camera di commercio, ufficio del lavoro) o privata (associazioni sindacali), un procedimento volto a verificare se le parti possono trovare un accordo. I tentativi obbligatori di conciliazione evidentemente soddisfano il secondo dei principi sopra indicati, poiché hanno un effetto di deflazione sul carico giudiziario: infatti, se il tentativo riesce, l'apparato giurisdizionale viene sgravato di quella controversia. Per quanto riguarda il primo principio, esso è soddisfatto, secondo la Corte costituzionale, a condizione che la legge ponga, al procedimento di conciliazione, un termine oltre il quale, se le parti non

ano l'accordo, ciascuna di esse può proporre la domanda in sede giurisdizionale.

Interessante è anche la vicenda dei ricorsi amministrativi preventivi alla domanda giurisdizionale: di tali ricorsi avremo occasione di trattare anche quando esamineremo la giurisdizione amministrativa e le ipotesi di tutela dei diritti da parte della pubblica amministrazione.

Orbene, nel nostro sistema da lungo tempo esistono dei procedimenti amministrativi, attraverso i quali l'interessato può richiedere la tutela della propria situazione sostanziale protetta, ed a suo tempo lesa dall'attività della pubblica amministrazione. L'interessato può proporre un ricorso talvolta allo stesso ufficio; talaltra al superiore gerarchico di chi aveva tenuto il comportamento asseritamente lesivo; talaltra ancora ad appositi organi della pubblica amministrazione, volta per volta individuati dalla legge. Per lungo tempo la legge ha disposto che la domanda in sede giurisdizionale poteva essere proposta se non dopo aver esaurito i ricorsi amministrativi interni.

⑩

*I ricorsi
amministrativi
preventivi*

Esempio: la legge prevede che, avverso il rifiuto del sindaco di rilasciare l'autorizzazione all'esercizio di un'attività commerciale, è proponibile, entro un certo termine, il ricorso al Ministero dell'Industria. La tutela, dinanzi al TAR, dell'interesse legittimo del richiedente è possibile solo a condizione che questi abbia tempestivamente proposto ricorso amministrativo al Ministro (ed ovviamente che il ricorso non sia stato accolto: in caso contrario, la pretesa del richiedente viene soddisfatta, e non vi è motivo di adire il TAR).

La Corte costituzionale, fino all'incirca al 1990, ha ritenuto legittime le norme, che imponevano l'esperimento dei ricorsi amministrativi, come condizione per l'accesso alla giurisdizione. Poi ha cambiato idea, ed ha iniziato a dichiarare illegittime quelle norme. La ragione di tale inversione di rotta della Corte è molto importante e rilevante anche al di là di questa specifica ipotesi.

Infatti, i ricorsi amministrativi preventivi – come del resto tutta l'attività «giustiziale» della pubblica amministrazione – possono condizionare l'accesso alla giurisdizione solo se essi funzionano come, se tutelano effettivamente il diritto o l'interesse legittimo: e se, in concreto, l'amministrazione riesce a porsi in una posi-

zione di terzietà, riconoscendo, se vi sono, i propri errori. Qualora, viceversa, l'organo destinatario del ricorso amministrativo *di fatto* rigetta sempre il ricorso, esso perde la sua funzione «giustiziale», e diviene uno strumento funzionale alla sola pubblica amministrazione: ma allora non è più giustificato prevedere che l'accesso alla giurisdizione sia condizionato all'utilizzazione di un mezzo, che non risponde più al secondo dei principi sopra enunciati (essere finalizzato ad un miglior funzionamento dell'apparato giurisdizionale).

È interessante rilevare che il mutamento di opinione della Corte costituzionale non è dipeso da mutamenti normativi, ma è dovuto esclusivamente al fatto che la Corte è passata da una valutazione astratta ad una valutazione concreta della finalità dei ricorsi amministrativi: fino ad un certo punto la Corte si è accontentata di considerare che questi ricorsi potevano astrattamente avere una funzione «giustiziale»; da un certo punto in poi è scesa ad una valutazione concreta di quale funzione effettivamente tali ricorsi svolgevano, e — constatato che essi di fatto non avevano una funzione endoprocesuale — ha iniziato ad eliminarli. Ciò è importante, perché dimostra che spesso non è l'istituto in sé ad essere conforme o meno alla Costituzione, sibbene il modo con cui *di fatto* esso funziona.

Ora, quest'ultima considerazione è utile perché lo stesso metro deve essere applicato anche ai tentativi obbligatori di conciliazione. Non è sufficiente constatare che il tentativo di conciliazione ha una funzione endoprocesuale, perché sgrava l'apparato giurisdizionale dal carico di controversie, che possono essere risolte attraverso l'accordo delle parti: è necessario anche accertare che *in concreto* i tentativi di conciliazione danno un risultato favorevole in una apprezzabile percentuale.

Occorre bilanciare l'interesse privato di chi vuole proporre una domanda, e deve preventivamente esperire un tentativo di conciliazione, con l'interesse pubblico a deflazionare l'accesso alla giurisdizione. Infatti, chi propone la domanda può essere ragionevolmente gravato dell'attività necessaria all'espletamento del tentativo di conciliazione se ciò produce un vantaggio collettivo; ma se nessun tentativo di conciliazione, o quasi, porta alla soluzione negoziale della controversia, allora diviene irragionevole imporre un onere che non porta a risultati utili.

Dall'art. 24, primo comma, di cui abbiamo visto la portata ed i confini, si ricava l'esistenza del diritto ad una tutela giurisdizionale *effettiva*, diritto che ciascun soggetto di diritto («tutti») ha verso lo Stato. Tale diritto, che potremmo definire come il diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela giurisdizionale, non coincide e non deve essere confuso con il diritto sostanziale, che si vuol vedere tutelato attraverso l'intervento giurisdizionale. Altro è, quindi, il *diritto (processuale) alla tutela*, altro il *diritto (sostanziale) da tutelare*, che si ha (o si pretende di avere) verso la controparte.

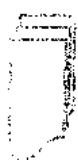
⑪

Il diritto ad una tutela effettiva

Se il diritto alla tutela ed il diritto da tutelare sono due cose diverse, si capisce come possa verificarsi un fenomeno che, ad un approccio superficiale, sembrerebbe impossibile: e cioè che l'esercizio del diritto (processuale) alla tutela possa produrre un illecito, sul piano sostanziale, ove non esista il diritto (sostanziale) da tutelare. Se si chiede e si ottiene dallo Stato un intervento giurisdizionale a tutela di un diritto sostanziale (che si accerta poi essere) inesistente, l'effetto dell'intervento giurisdizionale può produrre, nei confronti della controparte, un illecito appunto di natura sostanziale.

⑫

Il diritto alla tutela ed il diritto da tutelare



Esempio: il locatore Tizio, allegando l'avvenuta cessazione del rapporto di locazione, chiede ed ottiene la tutela del proprio diritto alla restituzione del bene nei confronti del conduttore Sempronio. Sempronio, condannato in primo grado, il 28 febbraio 2002 riconsegna il bene a Tizio. Si accerta, però, nell'ulteriore corso del processo, che in realtà la locazione sarebbe venuta a scadere non il 28 febbraio 2002, sibbene il 28 febbraio 2004. È evidente che Tizio è contrattualmente inadempiente nei confronti di Caio (perché si era impegnato a far godere a Caio il bene fino al 28 febbraio 2004, e invece il godimento di Caio è cessato, per causa di Tizio, il 28 febbraio 2002), e risponde dei danni prodotti da tale suo inadempimento, secondo le regole del codice civile.

Non è questa la sede per stabilire a che titolo ed in che limiti sussiste la responsabilità per l'utilizzazione «abusiva» della tutela giurisdizionale (intendendosi per «abusivo» l'intervento giurisdizionale richiesto ed ottenuto per un diritto inesistente). Certo è che una tale responsabilità non può essere esclusa invocando il principio «qui iure suo utitur, neminem ledit»: ho esercitato il mio diritto di azione, e quindi non posso aver commesso un illecito. Questa

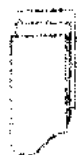
affermazione si fonda su un equivoco linguistico, perché qui i diritti in gioco sono due: quello (processuale) alla tutela, che si ha verso lo Stato, e quello (sostanziale) da tutelare che si ha verso la controparte. Se, utilizzando il primo senza avere il secondo, si ottengono risultati difformi da quanto prevede la normativa sostanziale, questi risultati sono e restano un illecito, nonostante che siano stati ottenuti attraverso l'esercizio del diritto di azione.

Il diritto alla tutela (sia essa giurisdizionale o non giurisdizionale: quanto appena detto vale anche per l'arbitrato) può essere paragonato ad un arma, che un soggetto ha il diritto di acquistare (in quanto abbia un porto d'armi); ma se poi la usa male e, anziché per difendersi, la utilizza per commettere un omicidio, il responsabile è lui e non l'armaiole che gli ha venduto la pistola, o il questore che gli ha rilasciato il porto d'armi. Il diritto alla tutela non implica la possibilità di utilizzare l'intervento giurisdizionale per produrre risultati illeciti sul piano del diritto sostanziale.

Del resto, quanto appena detto non è il frutto di una libera scelta del legislatore, che volendo potrebbe anche stabilire diversamente, magari prevedendo l'immunità (sostanziale) di chi utilizzi infondatamente (cioè, per tutelare un diritto sostanziale inesistente) lo strumento processuale. In realtà, si tratta di conseguenza costituzionalmente obbligata, proprio in virtù di quel postulato, su cui si fonda il diritto alla tutela. Se il processo deve dare tutto quello che spetta e niente più di quanto spetta secondo il diritto sostanziale; se la necessità di servirsi del processo non deve andare a danno della parte che ha ragione; ebbene, è chiaro che chi, a causa del processo, ha subito un effetto che è «ingiusto» secondo il diritto sostanziale, deve essere posto nella stessa situazione, in cui si sarebbe trovato, se non avesse subito tale effetto. Altrimenti il processo non sarebbe neutro rispetto al diritto sostanziale, ma al contrario lo modificherebbe; il processo non riconoscerebbe diritti sostanziali esistenti, ma sarebbe fonte di diritti sostanziali (prima) inesistenti. Da questo punto di vista, non fa differenza che l'effetto ingiusto sia prodotto dalla sentenza del giudice, dal lodo dell'arbitro, dall'atto dell'ufficiale giudiziario, o attraverso l'autotutela sostanziale, laddove questa sia possibile.

Ora, è chiaro che la divaricazione fra il diritto alla tutela ed il diritto da tutelare si realizza più facilmente in sede di tutela esecutiva e cautelare, posto che spetta alla tutela dichiarativa accertare il

modo di essere del diritto sostanziale; per cui la responsabilità per l'utilizzazione abusiva del processo si ha il più delle volte quando, attraverso la tutela esecutiva o cautelare, si produce un effetto che, poi, in sede di processo dichiarativo verrà accertato illecito, perché contrastante con la realtà sostanziale, quale accertata nel processo dichiarativo. Tuttavia, non si può escludere che anche la richiesta di tutela dichiarativa per un diritto inesistente possa realizzare un illecito sostanziale.



Esempio: gli artt. 2652 e 2653 c.c. prevedono ipotesi in cui la domanda giudiziale deve essere resa pubblica mediante trascrizione. Tizio, dunque, propone nei confronti di Caio una domanda volta a farsi dichiarare titolare di una servitù sul fondo di Caio, e la trascrive (art. 2653, n. 1, c.c.). La domanda è poi rigettata, in quanto si accerta che la servitù non esiste. Caio può aver sofferto danni a causa della trascrizione della domanda di Tizio: ad es., ha venduto il fondo (che Tizio a torto aveva affermato servente) ad un prezzo inferiore. Di tale danno Tizio può essere chiamato a rispondere (art. 96, secondo comma, c.p.c.).

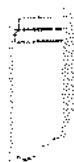
L'art. 24 Cost., oltre che da un primo comma che consacra il diritto di azione, è composto anche da un secondo comma, che dichiara la difesa «diritto inviolabile in ogni stato e grado del processo». Questa norma, e l'art. 111, secondo comma («Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale») canonizzano il principio del contraddittorio. Un principio, questo, che non è certamente nato nel 1948 né tantomeno nel 2000, ma che era ben conosciuto anche nel diritto romano, ed è attestato anche in fonti extragiuridiche.

⑬

Il principio del contraddittorio

Il contraddittorio connota il processo, inteso come *species* del *genus* procedimento: il procedimento è una sequenza di atti, tali che ciascuno di essi è il presupposto di quello che segue e presuppone quello che precede (tranne, ovviamente, il primo atto e l'ultimo della serie, che rispettivamente non presuppongono atti antecedenti e non formano il presupposto di atti successivi). Quando il procedimento si struttura secondo contraddittorio, allora abbiamo il processo. Il contraddittorio, e quindi il processo, non sono specifici dell'attività giurisdizionale: secondo contraddittorio si strutturano l'arbitrato, ed anche buona parte della attività della pubblica amministrazione (l. 7 agosto 1990, n. 241).

punto, esporre la loro opinione, e magari addurre elementi ostativi alla questione rilevata di ufficio.



Esempio: l'art. 34, quarto comma, del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, codice del consumo (corrispondente all'abrogato art. 1469-ter, quarto comma, c.c.) stabilisce che «non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale». Dal canto suo, l'art. 36, terzo comma, del codice del consumo (corrispondente all'abrogato art. 1469-quinquies, terzo comma, c.c.), prevede che l'inefficacia può essere rilevata di ufficio dal giudice. Tizio, professionista, propone domanda contro Caio, consumatore, per ottenere l'adempimento del contratto. Caio non rileva che la clausola del contratto, rilevante ai fini dell'accoglimento della domanda, è vessatoria. Il giudice, di ufficio, al momento della decisione, rigetta la domanda, affermando la inefficacia della clausola in quanto vessatoria. Se il giudice avesse sollecitato il contraddittorio sulla questione, Tizio avrebbe potuto provare che la clausola era stata oggetto di trattativa individuale, e quindi era efficace.

La Costituzione dichiara inviolabile il diritto di difesa, e canonizza il principio del contraddittorio, evidentemente sul presupposto che le questioni discusse sono meglio decise; altrimenti non avrebbe senso affermare la rilevanza costituzionale del principio del contraddittorio. Del resto, ciò è conforme all'esperienza comune: come si usa dire, quattro occhi (anzi, nel nostro caso sei: il giudice e due parti) vedono meglio di due. Dunque, l'atto emanato solitariamente, senza la discussione di tutti gli elementi rilevanti, è istituzionalmente meno attendibile dell'atto emanato a seguito di contraddittorio, in quanto fondato su elementi non sottoposti alla discussione.

La rilevabilità di ufficio quindi non solo non esclude, ma esige il contraddittorio: la rilevabilità di ufficio individua ciò che deve essere preso in considerazione per l'emanazione dell'atto; il contraddittorio riguarda il metodo che deve essere seguito per acquisire l'elemento rilevante. E quanti più poteri officiosi ha l'autore dell'atto finale, tanto più diviene importante il rispetto del contraddittorio sulle questioni rilevate di ufficio.

L'art. 101, secondo comma, c.p.c. fa espressa applicazione di questo principio, vietando al giudice – a pena di nullità della sentenza – di fondare la sua decisione su questioni rilevate di ufficio e non previamente sottoposte alla discussione delle parti.

Si ha contraddittorio quando, nella fase di ricognizione dei presupposti per l'emanazione di un certo atto (giurisdizionale o meno) coloro, che saranno destinatari degli effetti di tale atto, hanno la possibilità di partecipare al procedimento, in condizioni di parità, al fine di fornire all'autore dell'atto tutti gli elementi rilevanti per determinare se l'atto debba essere emesso e/o quale debba essere il contenuto dello stesso. La condizione di parità si realizza quando vi è simmetria fra i poteri delle parti, nel senso che al potere dell'uno corrisponde lo speculare potere dell'altro (principio della *parità delle armi*); e quando – cosa altrettanto importante – l'autore dell'atto può disattendere, ma non ignorare gli elementi forniti dalle parti. Come è comprensibile, al contraddittorio si ricollega strettamente la motivazione dell'atto finale, poiché è in questa sede che l'autore dell'atto deve spiegare le ragioni del suo convincimento, e quindi i motivi per cui ritiene di accogliere o respingere gli elementi addotti dalle parti.

⑭
Le questioni
rilevate di ufficio

Al principio del contraddittorio si ricollega anche il dovere dell'autore dell'atto finale di indicare alle parti, e di sottoporre alla loro discussione, le questioni, rilevabili di ufficio, che egli ritiene di poter porre a fondamento dell'atto stesso. L'autore dell'atto finale, infatti, può fondare il suo convincimento o su elementi che solo le parti possono addurre, oppure su elementi che egli può rilevare di ufficio.



Esempio: il giudice del processo dichiarativo può rilevare di ufficio la nullità del contratto, sul quale si fonda la domanda; viceversa, può tener conto, nella propria decisione, dell'annullabilità del contratto, solo se questa è fatta valere dalla parte interessata.

Ora, se la questione è rilevabile solo dalla parte, delle due l'una: o essa è rilevata, e allora la controparte ne viene necessariamente a conoscenza, e può replicare ad essa; o non è rilevata, e allora non può essere utilizzata per la decisione.

Quando, al contrario, la questione è rilevabile anche di ufficio, può verificarsi il fenomeno della c.d. *terza via*: nel corso del processo, le parti hanno discusso delle questioni che ritenevano rilevanti; al momento dell'emanazione dell'atto finale, l'autore dello stesso fonda il suo convincimento su una questione, rilevata di ufficio, senza che le parti abbiano potuto prendere posizione sul

⑮

La parità delle armi

Abbiamo già accennato al principio della *parità delle armi*: dobbiamo ora approfondire i rapporti tra tale principio ed il diritto di difesa. Orbene, il diritto di difesa è strutturato secondo dei requisiti minimi essenziali, che non possono mancare, e che debbono ovviamente essere garantiti in tutti i processi.

Esempio: il diritto di provare i fatti rilevanti non può mai essere impedito dal legislatore. E specularmente non può mai essere impedita all'altra parte la prova contraria di tali fatti.

Fermi questi elementi minimi essenziali, il legislatore può, peraltro, strutturare il processo come ritiene opportuno, fornendo alle parti poteri ulteriori rispetto a quelli che fanno parte del nucleo minimo intoccabile. Ma, se lo fa, deve garantire il rispetto del principio della parità delle armi.

Esempio: non è costituzionalmente necessario che il legislatore preveda un mezzo di controllo sui provvedimenti cautelari. Una volta, però, che tale mezzo sia previsto (come è accaduto con l'introduzione dell'art. 669-terdecies c.p.c.), esso deve essere disponibile da parte di tutti. Proprio per questo la Corte costituzionale ebbe a dichiarare illegittimo l'art. 669-terdecies c.p.c., in quanto prevedeva la possibilità di proporre reclamo solo avverso i provvedimenti con i quali fosse stata accolta, e non anche avverso quelli con i quali fosse stata rigettata la richiesta di tutela cautelare. Ciò viola il principio della parità delle armi in quanto – in caso di accoglimento – colui che subiva gli effetti del provvedimento cautelare poteva rivolgersi ad un altro giudice; mentre – in caso di rigetto – l'istante doveva riproporre la domanda cautelare allo stesso giudice.

⑯

I rapporti fra diritto di azione e diritto di difesa

Diritto di azione e diritto di difesa possono interferire l'uno con l'altro: ci possono essere situazioni in cui non è possibile garantire ambedue. Trattandosi di due principi, aventi ambedue dignità costituzionale, occorre trovare un contemperamento.

Uno dei requisiti minimi fondamentali del diritto di difesa è costituito dalla instaurazione del contraddittorio: cioè dall'essere avvertiti della pendenza del processo. Sarebbe inutile dare alle parti il potere di compiere attività, volte a far acquisire al processo tutti gli elementi utili per l'emanazione dell'atto finale, se poi la parte non fosse messa effettivamente in grado di spendere questi poteri, in



quanto ignora la pendenza del processo. Una volta avvertita, poi, sarà la parte a decidere se spendere o meno i poteri che l'ordinamento le dà. Ora, talvolta la necessità di instaurare il contraddittorio, e quindi di garantire il diritto di difesa, è incompatibile con il diritto di azione.



Esempio: Tizio, nei cui confronti è proposta la domanda e che quindi deve essere avvertito della proposizione della stessa, è introvabile: magari è volutamente sparito dalla circolazione. In una situazione di questo genere, pretendere che l'attore Caio lo metta effettivamente a conoscenza della pendenza del processo significa negare a Caio – che ignora dove si trova Tizio, pur avendo effettuato tutte le ragionevoli ricerche – il diritto di azione. Ci dobbiamo quindi accontentare di forme di instaurazione del contraddittorio (come quelle previste dall'art. 143 c.p.c.) che non garantiscono affatto che la controparte venga effettivamente a conoscenza della pendenza del processo.



Esempio: il sequestro giudiziario è un provvedimento cautelare che serve a custodire il bene controverso. Quando si tratta di un bene mobile, l'opportunità del sequestro si fonda sulla possibilità di sottrazione e occultamento del bene da parte di chi lo possiede. Avvertire il possessore che è stato chiesto contro di lui il sequestro, significa invitarlo a nascondere il bene.

In questi casi (ed in altri analoghi: ad es., l'efficacia della sentenza nei confronti degli aventi causa della parte soccombente, prevista dagli artt. 111 c.p.c. e 2909 c.c., si fonda sulla stessa *ratio*) il diritto di difesa è necessariamente compresso (sia pur momentaneamente, e negli stretti limiti indispensabili), perché tale compressione è l'unica via per garantire il diritto di azione della controparte.

Dobbiamo ora stabilire come si realizza il contraddittorio. Abbiamo già visto che vi è un nucleo di principi, che debbono comunque essere attuati: ma non esiste uno schema costituzionale necessitato di attuazione di tali principi.

Una prima distinzione deve essere fatta all'interno dei *processi a cognizione piena*. Un processo si qualifica a cognizione piena, quando le parti possono portare il loro contributo in ordine a tutte le questioni rilevanti ai fini della decisione, utilizzando tutti i mezzi che a tal fine il sistema prevede. Sono a cognizione piena il processo ordinario (che costituisce lo strumento utilizzabile per la tutela dichia-

(17)

I processi a
cognizione piena

rativa in genere), ed i processi speciali che sono previsti per fornire la tutela dichiarativa in alcune particolari categorie di controversie, in quanto sono (ritenuti dal legislatore) più adatti alle peculiarità delle stesse. Sono speciali, nel settore della giurisdizione ordinaria – fra gli altri – il processo previsto per le controversie di lavoro e di previdenza; per le controversie in materia di locazione, affitto e comodato; per l'opposizione alle sanzioni amministrative. Nel settore della giurisdizione amministrativa sono speciali – fra gli altri – il processo avverso il silenzio dell'amministrazione, e quelli previsti dall'art. 23-*bis* della l. 6 dicembre 1971, n. 1037 (c.d. l. TAR).

Parallelamente, nel settore della tutela esecutiva, accanto agli strumenti ordinari previsti dal c.p.c., vi sono esecuzioni forzate speciali (ad es., quella prevista dal d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 per la riscossione delle imposte).

In tutti i casi, le particolarità dei processi speciali a cognizione piena non impediscono comunque l'attuazione dei principi costituzionali. E poiché non vi è, come già detto, un modello costituzionalmente vincolante di processo, il legislatore ordinario può liberamente istituire processi speciali, semplicemente rispettando il principio di ragionevolezza (art. 3).

(18)
I processi
sommari


Oltre ai processi a cognizione piena, il nostro sistema conosce anche i *processi sommari*. Di per sé la categoria del processo sommario si individua in negativo: sono sommari tutti quei processi che *non* sono a cognizione piena, in quanto *non* prevedono una trattazione piena ed esauriente della controversia. La «limitazione» può derivare:

a) dal fatto che talune questioni, pur rilevanti, vengono escluse dalla trattazione;




Esempio: l'art. 35 c.p.c. stabilisce che, se l'eccezione di compensazione esige lo svolgimento di un'istruttoria complessa, il giudice può decidere sulla domanda e rimandare l'esame della eccezione ad un momento successivo.

b) oppure dal fatto che non possono essere utilizzati tutti i mezzi di prova previsti dal sistema;

 **Esempio:** l'art. 93, r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare) stabilisce che la prova del credito possa essere data esclusivamente mediante documenti.

c) oppure ancora dal fatto che l'istruttoria è effettuata in modo atipico, cioè senza seguire le regole «ordinarie»;

 **Esempio:** l'art. 28, l. 30 maggio 1970, n. 300 (c.d. statuto dei lavoratori) stabilisce che il giudice decide dopo aver assunto «sommarie informazioni».

Ora, i processi sommari pongono problemi di costituzionalità diversi, a seconda che siano utilizzati per la tutela cautelare oppure per la tutela dichiarativa. Nel primo caso (tutela cautelare) il processo deve necessariamente avere una trattazione di brevissima durata, perché la funzione della tutela cautelare – come abbiamo già visto – è quella di impedire i pregiudizi che derivano dalla durata del processo. Ora, se per emettere il provvedimento cautelare si dovesse fare una trattazione secondo le regole ordinarie, il tempo occorrente per dare una risposta alla domanda di tutela cautelare sarebbe uguale al tempo occorrente per dare la tutela principale, cui quella cautelare è ausiliaria. Quindi la trattazione della domanda cautelare è necessariamente superficiale, poiché deve svolgersi in tempi brevissimi.

(19)


I processi cautelari

D'altro canto, la tutela cautelare non è autosufficiente: essa è appunto strumentale ad altra tutela. Pertanto il provvedimento cautelare non ha mai efficacia di giudicato, ed al processo sommario cautelare può sempre seguire un processo di cognizione, che conduce all'emanazione di un provvedimento, i cui effetti sostituiscono quelli del provvedimento cautelare.


Il problema è più delicato per i processi sommari non cautelari, quando essi sfociano in un provvedimento suscettibile di acquisire gli stessi effetti di un provvedimento emesso al termine di un processo a cognizione piena.

(20)

I processi sommari non cautelari


 **Esempio:** il decreto ingiuntivo è emesso dal giudice, su istanza di chi ha la prova scritta dei fatti che fondano il diritto di cui chiede la tutela, senza la previa instaurazione del contraddittorio nei confronti dell'ingiunto. Il decreto è notificato alla controparte. Se

questa non propone opposizione entro un certo termine, il decreto ingiuntivo acquisisce l'efficacia di una sentenza di identico contenuto.



Esempio: l'associazione sindacale, che ritiene leso un suo diritto dal comportamento del datore di lavoro, ex art. 28 Statuto lavoratori può chiedere al giudice un provvedimento, che viene pronunciato al termine di un processo sommario. Tale provvedimento, se non opposto dalla parte soccombente entro un certo termine, acquisisce gli effetti di una sentenza di identico contenuto.


Ora, i rapporti fra gli artt. 24 e 111 Cost., e i processi sommari non cautelari sono i seguenti: il legislatore può istituire processi sommari, a condizione che ciascuna delle parti possa ottenere, semplicemente manifestando la sua volontà in tal senso (ovviamente nei tempi e nei modi previsti), che il processo sommario si trasformi in processo a cognizione piena: come, infatti, accade nei casi sopra indicati.



Esempio: l'ingiunto, proponendo opposizione al decreto ingiuntivo, apre un processo dichiarativo nel quale si ripete, in modo pieno ed esauriente, quello che prima è stato fatto in modo sommario. Lo stesso accade per l'art. 28 Statuto dei lavoratori, quando il soccombente nella fase sommaria propone opposizione.

Se la parte, che ha diritto al processo a cognizione piena purché lo chieda, si acquieta al provvedimento sommario, non vi è alcun ostacolo costituzionale a che il provvedimento sommario acquisisca gli effetti di un provvedimento a cognizione piena. Il diritto di difesa, infatti, è appunto un diritto e non un obbligo. Se il titolare di questo diritto non lo esercita, sono affari suoi. L'importante è che, volendolo, possa ottenere un processo a cognizione piena sullo stesso oggetto del processo sommario.

In conclusione, il legislatore ordinario può prevedere diversi tipi di processi a cognizione piena, a seconda del tipo di diritto o anche del tipo di giudice.



Esempio: alle materie, previste dall'art. 409 c.p.c. (lavoro), si applica un rito diverso da quello ordinario. Così pure si applica un rito diverso alle cause che si svolgono dinanzi al giudice di pace. Finan-

che il rito ordinario dinanzi a tribunale è leggermente differente a seconda che la causa sia a decisione collegiale (tre magistrati) oppure monocratica (un giudice solo).

Il legislatore può anche prevedere processi a cognizione sommaria (nel senso già precisato), purché questa – a richiesta di una delle parti – possa sfociare in un processo a cognizione piena.

L'ultimo argomento, relativo all'art. 24 Cost., che dobbiamo affrontare, riguarda il penultimo comma dello stesso, laddove si impone, al legislatore ordinario, di assicurare la difesa giudiziale ai non abbienti. Per individuare con esattezza la portata di questo principio, occorre distinguere fra il *diritto* e l'*obbligo* della difesa tecnica.

Dinanzi agli organi giurisdizionali di solito vi è l'*obbligo della difesa tecnica*, cioè la parte non può compiere di persona gli atti del processo, ma deve incaricare della propria difesa un soggetto qualificato: l'avvocato (nei processi tributari anche altri professionisti sono abilitati alla difesa tecnica: art. 12, d.lgs. n. 546/1992). L'obbligo della difesa tecnica si fonda sull'interesse pubblico a che il processo si svolga fra soggetti (magistrati, avvocati) che avendo (o almeno, dovendo avere) conoscenze specifiche ed esperienza rendono più agevole lo svolgimento del processo stesso. L'ordinamento rinuncia ad imporre l'obbligo della difesa tecnica quando la causa è di bassissimo valore, perché in tal caso vi è la concreta possibilità che le spese legali siano maggiori del valore del diritto in contesa. Non costituisce, viceversa, una vera eccezione la possibilità che la parte, la quale abbia la abilitazione a difendere altri innanzi a quell'organo giurisdizionale, possa difendersi da sola, senza dover ricorrere ad un difensore tecnico.

(21)

L'obbligo della
difesa tecnica



Esempio: Tizio, avvocato, può agire in proprio dinanzi al Tribunale per chiedere, nei confronti di Caio, l'accertamento della sua proprietà sul bene X. Sempronio, commercialista, può impugnare da solo, innanzi alla commissione tributaria, l'avviso di accertamento dell'ufficio delle entrate, con il quale gli si chiede di pagare una certa imposta.

Qui, infatti, il soggetto che agisce in giudizio ha la abilitazione a farlo: che lo faccia nell'interesse proprio o altrui, non fa differenza. Nel processo penale, invece, le cose stanno diversamente: l'imputa-

to-avvocato deve comunque avere un difensore. Ma perché lì anche l'imputato che non intende difendersi deve comunque avere un legale, mentre nei processi civili la parte può anche decidere di disinteressarsi del processo, di non utilizzare in concreto quei poteri che in astratto gli sono (gli devono essere, *ex artt. 24 e 111 Cost.*) garantiti.

La riprova, che l'obbligo della difesa tecnica è posto nell'interesse pubblico e non nell'interesse della parte, è data dal fatto che non sussiste un obbligo corrispondente nel processo arbitrale. In sede arbitrale, la parte può sempre difendersi da sola, o incaricare della sua difesa chi vuole: il vicino, la suocera, il parroco, lo scemo del paese. Ciò perché – essendo l'arbitrato un processo privato, i cui costi sono sostenuti dalle parti – lo Stato si disinteressa del modo più o meno scorrevole, in cui esso si svolge.

②②
Il diritto alla
difesa tecnica

Diverso dall'obbligo della difesa tecnica è il *diritto alla difesa tecnica*. L'ordinamento non può vietare alla parte di farsi difendere da un legale, ed obbligarla a difendersi da sola. La Corte costituzionale ha ripetutamente ribadito che il legislatore non può impedire alla parte di ricorrere all'ausilio di un tecnico del diritto. Ed è naturale che sia così, perché il diritto di difesa non sarebbe garantito, se la parte fosse costretta a difendersi di persona. Sarebbe come impedire il ricorso al medico per curare la propria salute, o ad un ingegnere per farsi progettare la casa.

②③
La difesa dei
non abbienti

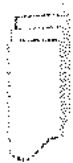
Se, dunque, non già l'obbligo della difesa tecnica, quanto il diritto alla difesa tecnica costituisce un tassello indispensabile del diritto di difesa, è evidente che – anche per le ipotesi in cui non vi è l'obbligo della difesa tecnica – occorre provvedere a chi non è in grado, per ragioni economiche, di far fronte all'onere finanziario di corrispondere il compenso dovuto al legale. Fino al 2001 vi erano una pluralità di strumenti per la tutela del non abbiente, alcuni dei quali più arretrati (il r.d. del 1923), ed altri più rispondenti al dettato costituzionale, il quale evidentemente non vuole che una parte sia svantaggiata a causa delle sue difficoltà economiche. Dal 2002 è entrata in vigore la l. n. 134/2001, poi inglobata nel d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (testo unico in materia di spese di giustizia), che ha dato una disciplina generale dell'assistenza ai non abbienti in tutti i processi (penale, civile, amministrativo e tributario).

Le linee fondamentali del sistema di difesa dei non abbienti so-

no le seguenti. Vi è anzitutto un limite massimo di reddito, al di sopra del quale non si ha diritto al beneficio. L'istanza è presentata al consiglio dell'ordine degli avvocati che ha sede dove è l'ufficio del giudice competente a conoscere del merito. Il ricorrente deve autoattestare la sussistenza dei presupposti di natura economica, ed indicare il diritto, che intende far valere, e la tutela richiesta. Il consiglio dell'ordine, preso atto dell'autoattestazione dei presupposti di natura economica (la veridicità di tale autoattestazione è verificata – o quantomeno dovrebbe esserlo – dagli uffici finanziari, ai quali il consiglio dell'ordine trasmette copia dell'istanza presentata dall'interessato), valuta la non manifesta infondatezza delle pretese dell'istante, e lo ammette al patrocinio. Se il consiglio dell'ordine respinge l'istanza, l'interessato può riproporla al giudice del merito. L'ammissione ha effetto per tutti i gradi del processo, se la parte ammessa è vittoriosa; se è soccombente, deve proporre una nuova istanza, e sottoporsi ad una nuova valutazione di non manifesta infondatezza (questa volta non della domanda, ma dell'impugnazione che vuole proporre).

Il difensore è scelto dalla parte, ed è retribuito dallo Stato. Inoltre, l'ammissione determina l'esenzione dal pagamento dei tributi e delle tasse inerenti al processo, nonché la retribuzione del consulente tecnico di parte, ove il giudice disponga una consulenza tecnica di ufficio. Se la controparte di chi è stato ammesso al patrocinio rimane soccombente, ed è condannata alle spese, queste sono ovviamente versate allo Stato.

Ora, è evidente che la possibilità di essere assistiti da un legale costituisce un elemento essenziale del diritto di azione e di difesa: e poiché, come abbiamo visto, questi diritti spettano a «tutti», non è costituzionalmente consentito discriminare fra cittadini e stranieri neppure con riferimento al patrocinio dei non abbienti.



Esempio: sotto questo profilo, suscita fondati dubbi di costituzionalità l'art. 119 del testo unico sulle spese di giustizia, laddove richiede che lo straniero sia «regolarmente soggiornante sul territorio nazionale». Con la conseguenza che lo straniero, cui magari si imputa proprio di non essere in regola con il permesso di soggiorno, non può difendersi in modo idoneo, e rischia di essere infondatamente espulso.

Occorre, poi, tener presente che sussistono altre istituzioni, di natura privata, che offrono assistenza legale: fra le principali, si possono indicare i sindacati per le controversie dei lavoratori dipendenti, ed i patronati per le controversie pensionistiche.

(24)

Il giudice naturale

L'art. 25, che al secondo e terzo comma contiene disposizioni di interesse esclusivamente penalistico, al primo comma prevede un principio applicabile anche al processo civile: il principio del giudice naturale precostituito per legge. Il legislatore costituente, volendo impedire fenomeni che, nel regime precedente, si erano verificati soprattutto con riferimento al processo penale, ha obbligato il legislatore a prevedere meccanismi di individuazione del giudice che non siano soggetti al potere discrezionale di una qualunque autorità, sia essa il parlamento, il governo o anche la stessa magistratura.

«Precostituito per legge» significa che spetta ad una norma primaria (legge, decreto legge o decreto legislativo) stabilire le fattispecie, in presenza delle quali si individua il giudice fornito del potere giurisdizionale: in queste fattispecie non possono assumere rilevanza poteri discrezionali di una qualunque autorità.



Esempio: sarebbe incostituzionale una norma che prevedesse, nei casi in cui nel processo è coinvolta la pubblica amministrazione, che spetti al prefetto individuare il tribunale competente. Così pure sarebbe incostituzionale una norma che prevedesse, nel caso in cui è coinvolto nel processo un magistrato addetto all'ufficio competente secondo le regole ordinarie, che spetti al presidente della Cassazione stabilire l'ufficio giudiziario che dovrà decidere la controversia.

Non sono, viceversa, incostituzionali le norme, che prevedono la rilevanza di un atto non discrezionale dei pubblici poteri.




Esempio: sarebbe costituzionale una norma che prevedesse l'aumento della competenza del giudice di pace in conseguenza dell'aumento del costo della vita, accertato da un decreto ministeriale sulla base degli indici ISTAT. In questo caso, infatti, il Ministro non esercita un potere discrezionale, in quanto è vincolato a rilevazioni statistiche oggettive.

Ora, nei processi civili le regole sulla competenza sono idonee a realizzare – con riferimento all'ufficio giudiziario – il principio della precostituzione per legge del giudice. Attraverso le regole sulla

competenza, infatti, si giunge ad individuare in modo automatico l'ufficio giudiziario fornito del potere giurisdizionale (giudice di pace di Piombino; tribunale di Lucca; TAR Lazio; commissione tributaria di primo grado di Pisa; etc.).

Ma il principio della precostituzione per legge del giudice non si limita ad esigere la individuazione dell'ufficio giudiziario: è altrettanto importante, una volta individuato tale ufficio, anche assicurare che l'investitura del singolo magistrato avvenga con criteri obiettivi e non discrezionali.

Tuttavia l'attuazione di tale principio all'interno del singolo ufficio giudiziario è assai carente: in parte perché mancano criteri obiettivi e predeterminati che vincolino le scelte del presidente dell'ufficio nell'assegnare la causa al giudice Tizio anziché al giudice Caio; ma soprattutto perché tali regole, anche quando esistono, non sono – come dicono i costituzionalisti – «giustiziabili»: cioè, non vi sono strumenti per contrastare il mancato rispetto di tale regole. E difatti l'ultima frase dell'art. 7-bis, comma primo, dell'ordinamento giudiziario (r.d. n. 12/1942) espressamente afferma che «la violazione dei criteri per l'assegnazione degli affari, salvo il possibile rilievo disciplinare, non determina in nessun caso la nullità dei provvedimenti adottati».

 **Esempio:** l'art. 174 c.p.c. contiene la regola della immutabilità del giudice istruttore. Una volta designato dal presidente del tribunale, il giudice istruttore può essere sostituito solo «in caso di assoluto impedimento o di gravi esigenze di servizio». Tuttavia, almeno secondo la giurisprudenza della Cassazione, il decreto con il quale il presidente del tribunale sostituisce il giudice istruttore non è suscettibile di alcun controllo. Ciò significa che la effettiva presenza dei presupposti per la sostituzione del giudice istruttore è rimessa alla buona volontà del presidente del tribunale.

In conclusione, nei processi civili (come del resto anche in quelli amministrativi e tributari, a differenza di quanto accade nei processi penali) il principio del giudice naturale precostituito per legge è realizzato con riferimento all'ufficio giudiziario; non è, invece, attuato all'interno del singolo ufficio, per quanto attiene all'individuazione del magistrato – persona fisica investito del potere giurisdizionale.

Altri importanti principi costituzionali attinenti alla tutela dei diritti sono contenuti nel titolo IV della Costituzione, che è distinto in due sezioni: la prima dedicata all'ordinamento giurisdizionale, e la seconda dedicata alla giurisdizione.

(25)
La soggezione del
giudice alla legge

L'art. 101 è importante soprattutto per il suo secondo comma: «i giudici sono soggetti soltanto alla legge». Questa norma non ha solo un valore ricognitivo, e quindi anche un po' superfluo. Essa significa, in primo luogo, che l'organizzazione della magistratura deve essere disciplinata secondo i principi e le norme degli artt. 102 ss., che, come vedremo fra poco, assurgono ad importanza fondamentale.

Oltre a ciò, l'art. 101, secondo comma, da taluno è stato addirittura ritenuto il fondamento del principio di legalità, cioè di quel principio, in virtù del quale – sia con riferimento alle regole del processo sia con riferimento alle regole sostanziali, che costituiscono il metro della decisione di merito – il giudice è vincolato solo alle norme primarie (leggi, decreti-legge e decreti legislativi). Se nel processo acquista rilevanza un atto, di natura pubblica, di qualunque natura o contenuto (regolamento, provvedimento amministrativo, etc.), il giudice ne tiene conto solo se conforme alla norma primaria; altrimenti lo disapplica (cioè, non ne tiene conto: decide come se l'atto contrario alla legge non ci fosse). Solo rispetto alle norme primarie illegittime (perché contrastanti con la Costituzione) il giudice non ha il potere di disapplicazione, dovendo sollevare la questione di costituzionalità ed investire della stessa la Corte costituzionale.

(26)
Il vincolo al
precedente

La regola della soggezione del giudice soltanto alla legge pone il problema della legittimità costituzionale di un eventuale vincolo del giudice al precedente. Come è noto, nei sistemi di *common law* vige il principio del precedente, detto anche – con espressione latina – *stare decisis*. In virtù di tale principio, la risoluzione di una questione di diritto da parte di un giudice (normalmente di vertice) è vincolante in tutti i casi in cui la stessa questione si ripresenti in un'altra controversia. Nei sistemi di diritto continentale ciò non accade: neppure le sentenze dei giudici di vertice (Cassazione) sono *de iure* vincolanti in processi diversi, da quelli in cui sono state pronunciate. In altri termini, non commette un illecito il giudice che interpreti o applichi una certa norma in modo difforme da

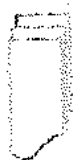
quello con cui quella norma è stata interpretata o applicata in una precedente sentenza, foss'anche una precedente sentenza della Cassazione. Ci si è chiesti se l'art. 101 sia di ostacolo all'introduzione, anche nel nostro sistema, del precedente vincolante. La questione è molto discussa, ma per il momento può anche essere tralasciata: poiché non vi sono proposte in tale direzione, essa è, almeno per ora, inattuale. In linea di massima, però, non sembra che tale principio sia contrario alla Costituzione, purché vi sia almeno un giudice dell'ordinamento (normalmente il giudice di vertice) che abbia il potere di superare il precedente.

La regola della soggezione del giudice soltanto alla legge ovviamente è posta a tutela delle parti, e non del giudice in quanto tale: il giudice è un pubblico dipendente, che nell'esercizio delle sue funzioni adempie doveri e non esercita diritti. In realtà, tutto l'apparato costituzionale relativo alla magistratura è funzionale agli «utenti» della giustizia, e non ai giudici: perché solo se il giudice può adempiere ai suoi doveri in un certo modo, il risultato della sua attività è conforme ai principi dello Stato di diritto. I diritti del magistrato-persona fisica, in particolare il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero, sono garantiti da altre norme (art. 21 Cost.).

È, invece, sicuramente compatibile con l'art. 101 un meccanismo che, senza obbligare il giudice a conformarsi al precedente, gli imponga di seguire un diverso *iter* processuale, quando egli ritenga errato il precedente ed intenda quindi non adeguarsi ad esso. In tal caso, infatti, la libertà di decisione del giudice è salvaguardata.



Esempio: in materia di controversie di lavoro, qualora la Corte di cassazione si sia già pronunciata sulla efficacia, validità e interpretazione di una clausola di un contratto collettivo nazionale, il giudice, che non ritiene di uniformarsi alla pronuncia della Corte, deve decidere con sentenza sulla sola questione relativa alla validità, efficacia o interpretazione della clausola (art. 146-bis disp. att. c.p.c. e art. 64, settimo comma, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), e decidere la controversia con una separata sentenza.



Esempio: in base all'art. 374, terzo comma, c.p.c., se una sezione semplice della Corte di cassazione ritiene errato un precedente enunciato delle sezioni unite della stessa Corte, non può decidere discostandosi da tale precedente, ma deve rimettere la decisione alle sezioni unite, motivando le ragioni del proprio dissenso.

occorre che sussista un effettivo contrasto giurisprudenziale in ordine alla norma oggetto della interpretazione legislativa, e che la scelta effettuata dal legislatore sia ragionevole.

Esempio: la Corte costituzionale ha avuto occasione di dichiarare l'incostituzionalità di una legge interpretativa, la quale è intervenuta a risolvere un contrasto giurisprudenziale effettivamente esistente, ma adottando una terza soluzione rispetto alle due che si contendevano il campo. Si trattava, in particolare, di sapere se un certo atto doveva essere notificato direttamente alla pubblica amministrazione oppure all'ufficio centrale dell'avvocatura dello Stato a Roma. Il legislatore, in via interpretativa, aveva stabilito che l'atto doveva essere notificato agli uffici periferici dell'avvocatura dello Stato: soluzione, questa, che mai era stata sostenuta nella contrastante giurisprudenza. Per questa ragione, la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma interpretativa.

Riassumendo: l'art. 101 non ha alcuna relazione né con il valore vincolante del precedente; né con il giudicato; né con i limiti di ammissibilità delle norme interpretative. In tutti questi casi l'attenzione va focalizzata sulle parti, e non sul giudice, che in quanto tale, nell'espletamento delle sue funzioni giurisdizionali, adempie doveri, e non esercita diritti.

Di fondamentale importanza, in materia di tutela dei diritti, sono gli artt. 102 ss. Cost., che riguardano in via diretta profili di organizzazione, ma anche, in via indiretta, profili funzionali.

L'art. 102 distingue fra giudice ordinario, giudice straordinario, e giudice speciale.

Il giudice ordinario è quello che – come prevede lo stesso art. 102 – «è istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario». Al giudice ordinario appartiene in via di principio la funzione giurisdizionale («la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari ...»: art. 102, primo comma); al giudice ordinario si applicano gli artt. 104-110, e quindi egli gode di tutto quel complesso di garanzie, previste dalle norme costituzionali e dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Bisogna stare attenti a distinguere il concetto di giudice «ordinario» da quello di giudice «professionale» e da quello di giudice «onorario». Giudice ordinario è quello istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Fanno parte della magistratura ordinaria sia i giudici professionali, che intrattengono con lo

(29)

Il giudice ordinario

(27)
Il vincolo al
giudicato

A maggior ragione, non è contrario all'art. 101 il vincolo nascente dal giudicato. Come vedremo a suo tempo, la decisione passata in giudicato fa stato ad ogni effetto fra le parti, gli eredi e gli aventi causa (art. 2909 c.c.). Ebbene, il giudice, nel secondo processo, si trova a dover applicare la precedente sentenza perché questa è vincolante per le parti, come lo è un contratto da esse stipulato. Il giudice, dovendo statuire sui diritti ed obblighi delle parti, deve tener conto di tutti gli elementi che concorrono a determinare questi diritti ed obblighi: fra tali elementi, il giudicato opera come opera un contratto; esso vincola direttamente le parti e, di riflesso, colui che deve accertare i rapporti sostanziali esistenti fra le parti.

(28)
Le leggi
interpretative

Un'altra questione, che talvolta è stata collegata all'art. 101, riguarda le c.d. leggi interpretative, cioè quelle leggi che vengono emanate in presenza di un contrasto giurisprudenziale sull'interpretazione di una certa norma. Si è sostenuta la illegittimità costituzionale di queste norme, in quanto – si è detto – esse sostituirebbero il giudice in una delle sue funzioni: l'interpretazione ed applicazione del diritto. Ora, il giudice non ha il monopolio dell'interpretazione ed applicazione delle norme; questa attività, anzi, non costituisce neppure lo scopo della giurisdizione che – per quanto a noi interessa e cioè con riferimento ai processi civili – è invece costituito dalla tutela dei diritti: la quale si attua, nella forma dichiarativa, individuando in modo vincolante le regole di condotta di due o più soggetti con riferimento ad una situazione sostanziale protetta. In tale ottica, l'interpretazione ed applicazione delle norme è solo un'attività propedeutica e strumentale allo scopo della giurisdizione. Oltre tutto, il giudice in quanto tale non ha un diritto soggettivo all'esercizio della giurisdizione: egli è un funzionario dello Stato, che deve adempiere a doveri derivanti dal proprio rapporto di impiego.

Il problema delle leggi interpretative è un altro, e riguarda i destinatari delle norme: le parti, quindi, e non il giudice, che è chiamato ad applicarle. Ora, la norma interpretativa è per definizione retroattiva: pertanto essa è sottoposta, in via generale, ai limiti costituzionali della retroattività delle leggi (retroattività che è esclusa in modo assoluto solo per le norme sanzionatorie in generale, e penali in particolare: art. 25). Con più specifico riferimento alle leggi interpretative, acciocché esse siano rispettose della Costituzione,

occorre che sussista un effettivo contrasto giurisprudenziale in ordine alla norma oggetto della interpretazione legislativa, e che la scelta effettuata dal legislatore sia ragionevole.

Esempio: la Corte costituzionale ha avuto occasione di dichiarare l'incostituzionalità di una legge interpretativa, la quale è intervenuta a risolvere un contrasto giurisprudenziale effettivamente esistente, ma adottando una terza soluzione rispetto alle due che si contendevano il campo. Si trattava, in particolare, di sapere se un certo atto doveva essere notificato direttamente alla pubblica amministrazione oppure all'ufficio centrale dell'avvocatura dello Stato a Roma. Il legislatore, in via interpretativa, aveva stabilito che l'atto doveva essere notificato agli uffici periferici dell'avvocatura dello Stato: soluzione, questa, che mai era stata sostenuta nella contrastante giurisprudenza. Per questa ragione, la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma interpretativa.

Riassumendo: l'art. 101 non ha alcuna relazione né con il valore vincolante del precedente; né con il giudicato; né con i limiti di ammissibilità delle norme interpretative. In tutti questi casi l'attenzione va focalizzata sulle parti, e non sul giudice, che in quanto tale, nell'espletamento delle sue funzioni giurisdizionali, adempie doveri, e non esercita diritti.

Di fondamentale importanza, in materia di tutela dei diritti, sono gli artt. 102 ss. Cost., che riguardano in via diretta profili di organizzazione, ma anche, in via indiretta, profili funzionali.

L'art. 102 distingue fra giudice ordinario, giudice straordinario, e giudice speciale.

Il giudice ordinario è quello che – come prevede lo stesso art. 102 – «è istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario». Al giudice ordinario appartiene in via di principio la funzione giurisdizionale («la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari ...»: art. 102, primo comma); al giudice ordinario si applicano gli artt. 104-110, e quindi egli gode di tutto quel complesso di garanzie, previste dalle norme costituzionali e dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Bisogna stare attenti a distinguere il concetto di giudice «ordinario» da quello di giudice «professionale» e da quello di giudice «onorario». Giudice ordinario è quello istituito e regolato dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Fanno parte della magistratura ordinaria sia i giudici professionali, che intrattengono con lo

②⁹

Il giudice ordinario

Stato un rapporto di impiego, sia i giudici onorari (come ad es. i giudici di pace ed i giudici onorari di tribunale), che non hanno appunto un rapporto di impiego.

(30)
Il giudice
straordinario

Il giudice straordinario è quello che viene costituito dopo che, sul piano del diritto sostanziale, si è già verificata la vicenda, che sarà poi oggetto del processo; ed è appunto costituito con lo specifico compito di affrontare e risolvere tale controversia.

Esempio: il tribunale speciale per la sicurezza dello Stato era un giudice straordinario, perché veniva costituito volta per volta, quando c'era un processo da fare. Pure straordinari sono stati i tribunali di Tokio e Norimberga.

(31)
Il giudice speciale

Il giudice speciale è istituito in maniera permanente, con un proprio ambito di giurisdizione, che viene quindi sottratto al giudice ordinario: si distingue dal giudice ordinario perché non fa parte dell'ordinamento giudiziario, quindi non gli si applicano le garanzie previste dagli artt. 104 ss., ma solo l'art. 108, secondo comma («Le legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali»). Sono giudici speciali i giudici amministrativi, i giudici tributari, il consiglio nazionale forense, ed altri giudici di minor importanza.

La Costituzione vieta l'istituzione di giudici straordinari e speciali, e quindi fa salvi i giudici speciali esistenti al momento della sua entrata in vigore (art. VI disp. transitorie). Di conseguenza, mentre non esistono più in assoluto giudici straordinari, continuano ad esistere quei giudici speciali che erano già stati istituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione.

Ora, la ragione del divieto di costituire giudici straordinari è palese: quali mai garanzie può dare un ufficio, composto da soggetti scelti proprio perché si pronuncino su una certa controversia? La ragione, invece, del divieto di costituire giudici speciali sta nel diverso regime ordinamentale dei giudici ordinari e di quelli speciali: solo per i primi e non anche per i secondi valgono tutti i meccanismi, previsti dagli artt. 104 ss., e che realizzano l'autonomia della magistratura, la cui componente più importante (ma non la sola) è il Consiglio superiore della magistratura (CSM), e le attribuzioni ad esso riservate. Il giudice speciale, per definizione, non fa parte dell'ordinamento giudiziario, e quindi non usufruisce delle garanzie previste dagli artt. 104 ss.

Dal 1948 ad oggi l'organizzazione dei giudici speciali è cambiata, ed alcune delle garanzie della magistratura ordinaria sono state estese anche ai giudici speciali. Ad esempio, una sorta di CSM oggi esiste anche per la magistratura amministrativa e per quella tributaria. Ma ancora oggi il 25% dei consiglieri di Stato è nominata non per concorso, sibbene per provvedimento del Governo. Ancora oggi, le funzioni che il Ministero della giustizia svolge con riferimento alla magistratura ordinaria (art. 110), per la magistratura tributaria sono svolte dal Ministero dell'economia, cioè dallo stesso soggetto che è parte nella stragrande maggioranza dei processi, che si svolgono dinanzi ai giudici tributari.

Quindi, la ragione per la quale il costituente ha diffidato dei giudici speciali sta proprio in ragioni organizzative, ordinamentali. Solo se si realizzano le condizioni previste dagli artt. 104 ss. la magistratura può veramente essere un «ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104, primo comma). La Costituzione, quindi, non è contraria in assoluto alle magistrature speciali: è contraria alle magistrature che siano organizzate in modo diverso da quello previsto dagli artt. 104 ss.

Non è questa la sede per stabilire cosa voglia dire «ordine» ed in cosa esso si distingua dal «potere»: è importante, invece, capire perché questo ordine deve essere «autonomo e indipendente». La funzione giurisdizionale, soprattutto con riferimento alla tutela dei diritti, si caratterizza per un dato fondamentale: essa non è cura di interessi. Il giudice (ma anche l'arbitro), quando risolvono una controversia, non curano un interesse che è loro attribuito.

Sotto questo profilo, la distinzione funzionale fra giurisdizione e amministrazione è essenziale. L'amministrazione cura l'interesse pubblico che le è affidato dalla legge; la giurisdizione tutela diritti. Pertanto, quando un intervento giurisdizionale ha un significato più o meno importante per lo Stato; quando, in particolare, è chiesta la tutela di un diritto nei confronti dell'autorità pubblica, diviene necessaria la assoluta autonomia ed indipendenza di chi decide, perché se la struttura giurisdizionale non è autonoma e distaccata dalle altre strutture pubbliche, non vi è garanzia che il decidente – invece di tutelare il diritto – persegua invece un interesse pubblico. Chi ha la funzione di tutelare diritti non può an-

(32)

*L'autonomia e
l'indipendenza della
magistratura*

che avere la funzione di curare interessi pubblici: le due cose sono diverse ed incompatibili.

Esempio: se il magistrato, invece che per concorso, è nominato dal Governo; se il magistrato può svolgere anche funzioni amministrative (sia pure non in contemporanea con quelle giurisdizionali); in questi casi, quando si trova a decidere una controversia in cui è parte la pubblica amministrazione, egli – istintivamente e per formazione – cura l'interesse pubblico, anziché tutelare i diritti. È inevitabile che egli si porti dietro il suo bagaglio culturale: chi ha svolto funzioni di amministratore, è difficile che possa calarsi nei panni di chi tutela diritti, dimenticandosi di quell'interesse pubblico, che egli ha in precedenza curato.

È quindi importante non solo che i giudici non siano sottoposti al potere di altri soggetti pubblici, che possano ricattarli nella loro progressione di carriera, o che possano formare gli uffici giudiziari con soggetti di loro fiducia, e così via; è importante anche che non vi siano commistioni fra la tutela dei diritti e la cura degli interessi; che la provenienza, la formazione culturale, gli incarichi attribuiti non consentano che, sia pure inconsapevolmente, il giudice, invece di tutelare diritti, in realtà curi interessi pubblici.

Una delle norme costituzionali più importanti per la tutela dei diritti è l'art. 111, che è stato riscritto nel 1999, in esito ad una pluriennale dialettica fra Parlamento e Corte costituzionale sulla utilizzabilità, nel processo penale, delle prove assunte al di fuori del dibattimento. I limiti, che il Parlamento via via introduceva all'utilizzabilità di queste prove, sono stati più volte dichiarati incostituzionali dalla Corte. Pertanto il Parlamento ha fatto l'unica cosa giuridicamente possibile, cioè ha introdotto nell'art. 111 una regola costituzionale che, come tale, ovviamente vincola anche la Corte costituzionale. Ma tutto ciò, per quanto riguarda i processi civili, rimane assolutamente irrilevante. Esaminiamo, dunque, quali principi invece interessano la tutela dei diritti, tenendo conto che gli originari primo, secondo e terzo comma sono divenuti gli attuali sesto, settimo e ottavo comma.

Il primo comma prevede che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Le parole della norma richiamano l'espressione «due process of law», che è utilizzata nella

③③

Il giusto processo

costituzione degli Stati Uniti d'America. In quel contesto, molto probabilmente quella frase ha lo stesso significato che ha da noi il principio di legalità. Nel contesto dell'art. 111, l'espressione ha costituzionalizzato quanto già sostenuto dalla dottrina, e cioè che l'attività giurisdizionale deve essere disciplinata essenzialmente da norme primarie, e non da norme secondarie, ad es. da regolamenti. Tale regola, del resto, può ricavarsi anche dall'art. 101, secondo comma: se il giudice è soggetto solo alla legge, ciò vuol dire che la sua attività può essere disciplinata solo da un atto del potere legislativo. Nella materia giurisdizionale vi è quindi una riserva di legge, di natura peraltro relativa e non assoluta: pertanto non è escluso che disposizioni attuative e di dettaglio siano dettate anche da fonti normative secondarie.

Il principio costituzionale, invece, non esclude che la norma primaria attribuisca al giudice poteri di scelta; essa non può certo essere intesa come se la legge dovesse dettagliatamente e minuziosamente prevedere il comportamento vincolato che il giudice deve tenere in relazione ad ogni singola vicenda che può verificarsi nel corso del processo, lasciando al giudice solo la possibilità di accertare se la fattispecie, contemplata dalla legge, si è verificata. È ben possibile che il legislatore affidi al giudice anche poteri discrezionali, di scelta del comportamento da tenere sulla base di una valutazione di opportunità.

Ma se è vero che il giudice non deve necessariamente essere trasformato in un soggetto privo di poteri di valutazione, è anche vero che l'art. 111, primo comma, impedirebbe al legislatore ordinario di introdurre una norma del tenore di quella prevista, per l'arbitrato, dall'art. 816-bis, primo comma, c.p.c.: una norma, la quale prevedesse che il giudice ha la facoltà di regolare lo svolgimento del processo nel modo che ritiene più opportuno, purché sia assicurato il rispetto del principio del contraddittorio.

La ragione di ciò sta nel fatto che l'attività giurisdizionale è attività pubblicistica, di natura autoritativa. L'arbitrato si fonda sul consenso delle parti le quali, di solito, scelgono anche chi deve svolgere le funzioni di arbitro. Il giudice no: i suoi provvedimenti si impongono alle parti a prescindere dalla loro volontà; le parti non hanno alcuna possibilità di influire sulla individuazione del magistrato, che deciderà la controversia. Inoltre, le parti – se vogliono –

hanno il potere di vincolare l'arbitro ad osservare le regole processuali che egli deve seguire (art. 816-*bis*, primo comma, c.p.c.): se le parti non dettano queste regole, ciò significa che esse hanno fiducia che l'arbitro sceglierà le norme più acconce. Al contrario, le regole del processo giurisdizionale sono di solito inderogabili dalle parti: come vedremo meglio in seguito, è eccezionale che le parti possano vincolare il giudice a seguire le regole processuali da loro scelte. Ma proprio perché le parti non hanno il potere di vincolare il giudice, i poteri del giudice devono essere circoscritti e disciplinati dalla legge in modo molto più dettagliato di quanto accade per l'arbitro. L'arbitro è libero di regolare il processo nel modo che ritiene più opportuno, perché le parti potevano e non hanno voluto vincolarlo; il giudice non può essere vincolato dalla volontà delle parti, quindi deve essere vincolato dalla legge.

③④
L'imparzialità

Art. 111, secondo comma: «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata». La norma esplicita quanto già è implicito nell'art. 24. Principio del contraddittorio, terzietà ed imparzialità del giudice, principio della parità delle armi sono ricavabili e di fatto sono stati in precedenza ricavati dall'art. 24. La necessità che il giudice sia terzo ed imparziale conferma che la funzione giurisdizionale è incompatibile con la cura di interessi: chi deve curare un interesse è sempre, per definizione, parziale, e non può essere terzo rispetto all'interesse affidatogli.

La imparzialità del giudice è quindi nozione diversa dall'imparzialità della pubblica amministrazione, prevista dall'art. 97 Cost.: per l'amministrazione, essere imparziali significa che, nel perseguire l'interesse pubblico affidatole, essa deve trattare tutti nella stessa maniera; per il giudice, imparzialità significa equidistanza dagli interessi in conflitto. Sotto questo profilo, anche l'arbitro deve essere imparziale allo stesso modo del giudice.

③⑤
*La ragionevole
durata del processo*

Più sfumata è la portata dell'ultimo periodo della norma in esame: «la legge ne [del processo] assicura la ragionevole durata». A fronte di prescrizioni di questo contenuto, si ripropone la ben nota contrapposizione fra norme precettive e norme programmatiche: queste ultime sono norme che si indirizzano al legislatore ordinario, ma la cui attuazione è in definitiva rimessa alla volontà di quest'ultimo. Allo stato, è difficile trovare una portata concreta del

principio. Qualcuno ha affermato che la norma costituzionalizza il principio di economia processuale: possiamo dire, forse più correttamente, che essa esplicita tale principio, che implicitamente era già ricavabile dall'art. 24, nonché dall'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, che obbliga gli Stati aderenti alla convenzione (fra cui appunto l'Italia) a fornire una tutela giurisdizionale in tempi «ragionevoli». Ed è proprio per aver violato questo obbligo, assunto con la sottoscrizione della convenzione, che l'Italia è stata ripetutamente condannata dalla Corte di Strasburgo.

Fin qui, pertanto, abbiamo constatato che l'art. 111 enuncia principi importanti, ma già ricavabili e ricavati da altre norme costituzionali. Il vero cuore – per i processi civili – dell'art. 111 sono gli originari tre commi, divenuti ora sesto, settimo ed ottavo.

L'art. 111, sesto comma, prescrive che «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati». Si noti che la norma non impone affatto che i provvedimenti siano «ben» motivati: non si può, quindi, ricavare da questa prescrizione un obbligo di corretta motivazione (obbligo che, eventualmente, può essere ricavato da altre norme). La vera funzione della norma è costringere l'autore del provvedimento ad «uscire allo scoperto», a mettere in gioco la propria reputazione professionale nell'esplicitare le ragioni della sua decisione. La norma non è quindi, come talvolta si sostiene, finalizzata alla possibile impugnazione della sentenza. Certamente il controllo sulla decisione è possibile solo se questa è motivata: il verdetto, tipico della giuria («colpevole»; oppure «non colpevole») non è controllabile. Ma non è questa la funzione principale della norma, altrimenti dovremo giungere all'assurdo di ritenere che le sentenze inimpugnabili non abbiano necessità di essere motivate: mentre è vero proprio il contrario, perché la mancanza di un mezzo di impugnazione rende ancora più importante che l'autore del provvedimento esponga al controllo esterno la sua credibilità professionale.

③⑥

La motivazione



Esempio: la Corte costituzionale (le cui sentenze sono inimpugnabili) decide in modo assurdo la questione sottoposta. Il giorno dopo la cosa sarà risaputa nell'ambiente professionale (certo, non al bar dell'angolo!), e la reputazione dei giudici che hanno preso quella decisione certo non se ne avvantaggerà.

Si aggiunga che, come vedremo meglio in seguito, costituisce

caratteristica tipica della giurisdizione quella di non avere un meccanismo esterno di controllo, volto a sindacare il modo con cui l'attività giurisdizionale è svolta. Mentre il provvedimento della pubblica amministrazione, il contratto stipulato dalle parti, finanche l'attività legislativa hanno un giudice, di fronte al quale si possono far valere gli eventuali illeciti, non esistono strumenti esterni al processo, attraverso i quali si possano far valere gli eventuali illeciti commessi in sede giurisdizionale. Diviene, quindi, ancora più importante che i provvedimenti giurisdizionali siano motivati, al fine di rendere trasparente l'esercizio di un potere non controllabile *ab externo*.

Fissata, quindi, la ragion d'essere dell'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali, dobbiamo chiederci se questo obbligo è assoluto (come sembra prevedere la lettera dell'art. 111, sesto comma), oppure se vi sono provvedimenti che possono anche non essere motivati. La risposta è nel secondo senso: laddove il comportamento del giudice sia rigidamente vincolato, e non sussistano margini di scelta, la motivazione del provvedimento può anche non essere prevista. Così, secondo l'art. 135 c.p.c., «il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge». La previsione contrasta, apparentemente, con l'art. 111. Ma se la pronuncia del decreto è prevista in casi, nei quali il comportamento del giudice è rigidamente vincolato, allora la disposizione non è incostituzionale.



Esempio: secondo l'art. 168-bis c.p.c., una volta formato il fascicolo della causa, il cancelliere lo presenta al presidente del tribunale, e questi – con decreto – designa il giudice istruttore. È evidente che, in questo caso, non vi è necessità di alcuna motivazione, posto che il presidente del tribunale, in seguito alla presentazione del fascicolo da parte del cancelliere, non può fare altro che designare il giudice istruttore. Immaginiamo che la legge imponga la motivazione del provvedimento: come altro potrebbe motivare il presidente del tribunale, se non dicendo che nomina il giudice istruttore, perché il cancelliere gli ha presentato il fascicolo della causa?

(37)
Il ricorso in
Cassazione

L'art. 111, settimo comma, stabilisce che «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso

in Cassazione per violazione di legge». Tralasciamo i provvedimenti sulla libertà personale, che non interessano i processi civili (salvo, forse, per quanto riguarda i provvedimenti previsti dall'art. 342-ter c.c. in materia di ordini di protezione contro gli abusi familiari).

La norma garantisce il ricorso in Cassazione, limitatamente agli errori consistenti nella «violazione di legge», cioè agli errori di diritto: il termine «legge» qui, infatti, va inteso non nel senso di fonte normativa primaria (legge formale, decreto legge, decreto legislativo), ma nel senso di «norma di diritto»; nello stesso senso, quindi, previsto dall'art. 1 delle preleggi al c.c. L'espressione «violazione di legge» coincide, pertanto, con il motivo di ricorso in Cassazione previsto dal n. 3 dell'art. 360 c.p.c., cioè con l'*error in iudicando de iure*. La norma in esame non garantisce, invece, la sindacabilità in Cassazione dell'errore di fatto.

Esempio: se il giudice, nella sentenza che ha deciso di una domanda volta ad ottenere il risarcimento dei danni per un incidente stradale, ha affermato che Tizio ha superato l'incrocio con il semaforo verde, ed invece il semaforo era rosso, ciò costituisce un errore di fatto, non sindacabile dalla Cassazione. Se il giudice ha rigettato la domanda proposta contro Tizio, conducente dell'autovettura che ha prodotto il danno, in quanto Caio, danneggiato, non ha provato che l'incidente è avvenuto per colpa di Tizio, ciò costituisce un errore di diritto, sindacabile dalla Cassazione (perché l'art. 2054 c.c. stabilisce esattamente il contrario).

Quanto agli *errores in procedendo*, cioè ai vizi del processo, vedremo che essi si collocano in un'ottica del tutto diversa.

Ora, di solito si afferma che l'art. 111, settimo comma, introduce la c.d. *garanzia costituzionale del ricorso in Cassazione*. Per valutare se effettivamente lo scopo principale della norma sia quello di garantire alla parte soccombente il controllo in Cassazione degli errori di diritto, occorre richiamare quanto già detto, analizzando l'art. 101, a proposito del valore del precedente. Vedemmo in quella sede che, nel nostro sistema – come del resto in tutti i sistemi di diritto europeo, ed al contrario di quanto accade nei sistemi di *common law* – il precedente non ha valore vincolante: il giudice che si discosta da un precedente non commette un illecito, cioè non pronuncia, per ciò solo, un provvedimento *contra ius*. Tuttavia, l'inesistenza del vincolo

al precedente non significa che non sia opportuna l'esistenza, all'interno di un ordinamento, di un giudice di vertice, il quale assicuri l'uniforme e ordinata interpretazione delle norme, nonché l'evoluzione dell'interpretazione stessa in conseguenza dei mutamenti della società: in altre parole, che svolga una funzione di nomofilachia.

(38)

La nomofilachia

Nomofilachia è parola dotta, che significa «custodia della norma», ed il cui contenuto è ben individuato dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario il quale, nel definire le attribuzioni della Corte di cassazione, afferma che la Corte «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni». È compito della Cassazione, quindi, consentire il progressivo ed ordinato sviluppo dell'interpretazione ed applicazione delle norme, evitando che ciò avvenga «a macchia di leopardo», e che si creino tante «giurisprudenze» quanti sono gli organi giudiziari.

Ma come si può raggiungere questo risultato, se il precedente della Cassazione non è vincolante per i giudici che si troveranno ad affrontare la stessa questione di diritto, già risolta dalla Cassazione?

Anzitutto, vi è l'autorevolezza dell'organo. Le sentenze della Corte possono, se convincenti (ecco un'altra funzione della motivazione!), indurre gli altri giudici ad adeguarsi. Il precedente in tal caso si impone non *ratione imperii*, sibbene *imperio rationis*: non perché il giudice è obbligato a conformarsi, ma perché è convinto che la soluzione data dalla Cassazione sia corretta.

In secondo luogo, se è vero il giudice è libero di discostarsi dal precedente della Cassazione, è altrettanto vero che la parte soccombente ha il diritto di impugnare la sentenza «dissenziente», e di farla annullare dalla Cassazione. Ciò può anche indurre il giudice ad adeguarsi al precedente, anche se egli non è del tutto convinto, sapendo che comunque la sua decisione divergente sarebbe annullata.



Esempio: in una controversia si presenta la seguente questione di diritto: agire in revocatoria ex art. 2901 c.c. comporta l'interruzione della prescrizione del credito, cui la revocatoria è funzionale? La Corte di cassazione, con una serie di sentenze conformi, risponde affermativamente. Il giudice del merito può: o convincersi che la Cassazione ha ragione, ed adeguarsi; oppure ritenere che la Cassazione ha torto, e tuttavia adeguarsi ugualmente, consapevole che la sua dif-

forme decisione sarebbe dannosa per le parti: per la parte soccom-
bente, perché la costringerebbe a ricorrere in Cassazione e le farebbe
perdere tempo; per la parte vittoriosa, che diverrebbe soccombente
in Cassazione, e quindi dovrebbe sostenere maggiori spese.

Ecco, quindi, che, anche nei sistemi che non prevedono il vinco-
lo al precedente, la funzione di nomofilachia può essere svolta dal
giudice di vertice: con la ovvia consapevolezza che la Cassazione
non ha sempre ragione, e che spesso è indotta dalla dottrina e dalla
giurisprudenza dissenziente a mutare opinione. Ma quantomeno il
precedente della Cassazione costituisce un punto di partenza su cui
ragionare; e, se la soluzione è nella sostanza accettabile, anche cui
adeguarsi. E, comunque, la nomofilachia consente un'ordinata evo-
luzione della giurisprudenza, senza fughe in avanti o sacche di ar-
retratezza: perché è chiaro che la giurisprudenza si deve evolvere in
conseguenza dell'evoluzione della società, ma ciò deve accadere in
modo ordinato ed omogeneo per tutto l'ordinamento.



Esempio: sarebbe assurdo applicare oggi la giurisprudenza degli
anni '50 in materia di costumi da bagno: la società si è evoluta, ed
anche la giurisprudenza si deve evolvere. Ma sarebbe altrettanto as-
surdo che, in certe zone, la giurisprudenza del tribunale locale con-
sentisse il naturismo anche il 15 di agosto nelle spiagge superaffolla-
te, mentre, in altre zone, la giurisprudenza del tribunale locale non
lo consentisse neppure in primavera, o in spiagge poco frequentate.

Ora, se quanto sopra acquisito in punto di nomofilachia è accet-
tabile, e di fatto oggi è sostanzialmente accettato da tutti, si capisce
che la funzione principale dell'art. 111 si articola sui seguenti punti:

a) consentire alla Corte di cassazione di potersi pronunciare su
tutte le questioni di diritto esistenti nell'ordinamento, senza che ta-
le funzione sia subordinata a scelte insindacabili del legislatore or-
dinario in tema di ricorribilità in cassazione dei provvedimenti giu-
risdizionali.



Esempio: le questioni attinenti alla corretta interpretazione ed ap-
plicazione delle norme relative al processo esecutivo è oggetto di uno
speciale strumento, l'opposizione agli atti esecutivi. L'art. 618 c.p.c.
prevede che la sentenza, che decide tale opposizione, è «non impu-
gnabile». Se non vi fosse l'art. 111, la Cassazione non potrebbe svolge-

re funzioni nomofilattiche relativamente alle norme del processo esecutivo: non essendo ricorribile in Cassazione la sentenza che decide tali questioni, mancherebbe lo strumento per far pronunciare la Corte.

Esempio: le questioni attinenti al codice della strada sono oggetto dell'opposizione prevista dall'art. 205 dello stesso codice. Se al legislatore venisse in mente di escludere il ricorso in Cassazione avverso la sentenza che decide dell'opposizione (magari istituendo un limite minimo di valore della controversia per il ricorso in Cassazione), la Corte non avrebbe modo di svolgere funzioni nomofilattiche relativamente al codice della strada.

b) D'altro canto, non vigendo nel nostro sistema il principio del vincolo al precedente, e non essendo quindi il giudice vincolato alla soluzione, che della questione ha dato la Corte, deve essere possibile portare dinanzi alla Corte le sentenze che si discostano dal precedente: altrimenti la nomofilachia cadrebbe nel ridicolo. Sarebbe inutile che la Corte desse dei precedenti, se da un lato il giudice può legittimamente non adeguarsi, e dall'altro la parte non ha la possibilità di far intervenire la Cassazione per annullare la sentenza dissenziente.

c) Il sistema non sarebbe, però, completo se la nozione di «sentenza», ai fini dell'art. 111, fosse quella di «atto che ha la forma della sentenza», cioè quella forma prevista dall'art. 132 c.p.c., e che differenzia la sentenza dall'ordinanza (art. 134 c.p.c.) e dal decreto (art. 135 c.p.c.). Infatti, non esiste alcun principio costituzionale che imponga al legislatore di prevedere che l'atto conclusivo del processo abbia la forma della sentenza. Il legislatore, quindi, può liberamente ed insindacabilmente prevedere (e di fatto spesso prevede) che il provvedimento finale sia un decreto o un'ordinanza. In tal caso, se si ritenesse l'art. 111 applicabile solo ai provvedimenti che hanno la forma della sentenza, basterebbe che il legislatore desse al provvedimento finale la forma del decreto o dell'ordinanza, per escludere la funzione di nomofilachia della Corte in relazione alle norme, di cui in quel procedimento si fa applicazione.

Esempio: le stesse questioni che, nel processo esecutivo, sono oggetto dell'opposizione agli atti esecutivi, che si chiude con sentenza, nel processo fallimentare sono oggetto di reclamo al collegio, che si chiude con decreto (art. 26 l. fall.). Se si interpretasse l'art. 111 alla lettera, le questioni relative al processo fallimentare non potrebbe-

ro mai giungere in Cassazione; e non avremmo, quindi, precedenti della Cassazione sulle norme del processo fallimentare.

Ed è per questa ragione che, fin da subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la Corte di cassazione ha interpretato il termine «sentenza» dell'art. 111 non in senso formale, sibbene sostanziale: non come provvedimento che ha la forma della sentenza, ma come provvedimento che ha gli effetti caratteristici (che vedremo a suo tempo), la sostanza della sentenza, e quindi svolge il ruolo che normalmente svolge la sentenza. Con il risultato, quindi, che anche le questioni di diritto, sorte in un procedimento che si conclude, per libera e insindacabile scelta del legislatore, con un decreto o un'ordinanza, possono essere sottoposte all'attenzione della Cassazione.

Concludendo, l'art. 111, settimo comma, ha quindi senz'altro un profilo garantista, poiché consente sempre e comunque di denunciare gli errori di diritto compiuti dal giudice di merito; ma presenta anche, e prevalentemente, profili di interesse generale, poiché serve a tutto l'ordinamento che sia assicurata «l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione della legge, e l'unità del diritto oggettivo nazionale».

L'ottavo e ultimo comma dell'art. 111 limita il ricorso in Cassazione nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti: il ricorso è possibile non per «violazione di legge», cioè per tutte le questioni di diritto, ma solo per le questioni di giurisdizione. Ciò comporta che Consiglio di Stato e Corte dei conti costituiscono organi di vertice per le materie affidate alla loro giurisdizione: spetta ad essi assicurare la nomofilachia in tali materie. È compito, invece, della Corte di cassazione fungere da giudice dei conflitti di giurisdizione: spetta alla Corte di cassazione stabilire in via definitiva e vincolante a quale giurisdizione (ordinaria, amministrativa o contabile) appartiene una certa controversia.

I PRINCIPI DELLA COSTITUZIONE AVENTI RILEVANZA NEL PROCESSO PENALE

- Art. 3** Il principio di eguaglianza, formale (comma 1°) e sostanziale (comma 2°), comporta che siano trattate «egualmente» situazioni eguali e «diversamente» situazioni diverse, donde la conseguenza che ogni differenziazione, per essere giustificata, deve risultare ragionevole, cioè razionalmente correlata al fine per cui si è inteso stabilirla.
- Art. 13** Le restrizioni della libertà personale – proclamata inviolabile nel comma 1° e tutelata come tale nel comma 4°, anche mediante il divieto di «ogni violenza fisica o morale» – sono ammesse unicamente «per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge» (comma 2°). L'unica deroga riguarda (comma 3°) le ipotesi in cui ricorrano «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge», in presenza dei quali «l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria» per esserne convalidati (dopo di che, «se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto»). Il tutto con l'ulteriore onere, per il legislatore, di stabilire «i limiti massimi della carcerazione preventiva» (comma 5°).
- Art. 14** Dichiarato «inviolabile» il domicilio (comma 1°), si prescrive (comma 2°) che «non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale» dall'art. 13 commi 2° e 3°.
- Art. 15** Dichiarate «inviolabili» la «libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione» (comma 1°), si statuisce (comma 2°) che «la loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge».
- Art. 24** Premesso (comma 1°) che «tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» (cosiddetto diritto di azione; per l'azione penale v., in particolare, art. 112), si proclama «inviolabile in ogni stato e grado del procedimento» il diritto di difesa (comma 2°), da intendere sia come difesa personale o autodifesa sia come difesa tecnica. Quest'ultima dev'essere garantita anche ai non abbienti «con appositi istituti», in grado di assicurare loro «i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione» (comma 3°), mentre al legislatore è imposto di determinare «le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» (comma 4°).

- Art. 25** - **comma 1°** Con il proclamare che «nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge» si vuole che il giudice chiamato a procedere ed a giudicare sia individuato alla stregua di criteri predeterminati per legge, senza che da essi sia possibile allontanarsi sulla base di scelte discrezionali successive.
- Art. 27** - **comma 2°** L'enunciazione del principio per cui «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva» sta a significare che la presunzione di non colpevolezza, che accompagna l'imputato stesso, viene meno soltanto se e quando nei suoi confronti intervenga sentenza irrevocabile di condanna.
- Art. 68** - **commi 2° e 3°** Caduto l'istituto generale dell'autorizzazione a procedere (l. cost. 29 ottobre 1993 n. 3), nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione (salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio l'arresto in flagranza), «senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene». Analoga autorizzazione è richiesta, inoltre, per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni ed a sequestro di corrispondenza.
- Art. 79** Vi si stabilisce che l'amnistia e l'indulto sono concessi (non più, come nella versione originaria dell'articolo, sostituito da l. cost. 6 marzo 1992, n. 1, dal «Presidente della Repubblica, su legge di delegazione delle Camere», bensì) con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. Si precisa, inoltre, che tale legge deve fissare il termine per l'applicazione dell'amnistia o dell'indulto, che non possono comunque applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del relativo disegno di legge.
- Art. 90** Il Presidente della Repubblica può essere chiamato a rispondere degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni solo per alto tradimento o attentato alla Costituzione; in tali casi viene messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri dinanzi alla Corte costituzionale in composizione allargata (v. anche artt. 134 e 135, comma 7°).
- Art. 96** Il presidente del consiglio dei ministri ed i ministri, anche se cessati dalla carica, per i «reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni» sono ora sottoposti alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale (v. legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1).
- Art. 97** - **comma 1°** I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni

di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Art. 101 I giudici, «soggetti soltanto alla legge», amministrano la giustizia in nome del popolo, avendo così assicurata all'interno del potere al quale appartengono quell'autonomia e quell'indipendenza che l'art. 104 comma 1° riconosce all'intera magistratura (ivi compresi, dunque, i magistrati del pubblico ministero) come «ordine» nei confronti degli altri poteri dello Stato. Indipendenza che l'art. 108 comma 2° garantisce anche ai giudici delle giurisdizioni speciali, al pubblico ministero presso di esse e agli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia (v. pure, in proposito, art. 102 comma 3°).

Art. 109 Anziché prevedere, come inizialmente ventilato, l'istituzione di uno speciale corpo autonomo di polizia giudiziaria alle dipendenze esclusive dell'autorità giudiziaria, si è prescelta la soluzione di una dipendenza soltanto funzionale, prescrivendo che l'autorità giudiziaria «dispone direttamente della polizia giudiziaria».

Art. 111 A seguito della l. cost. 23 novembre 1999, n. 2, volta ad inserire i «principi del giusto processo» nell'art. 111 Cost., attraverso l'introduzione di cinque nuovi commi iniziali, vi si afferma, anzitutto, che la giurisdizione si attua «mediante il giusto processo regolato dalla legge», precisandosi quindi, sempre in via generale, che ogni processo deve svolgersi «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale» (commi 1° e 2°). Successivamente, con specifico riferimento al processo penale, si prescrive alla legge di assicurare che «la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo» (comma 3°). Si stabilisce, inoltre, che «il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova», mentre «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» (comma 4°). Tuttavia, nel successivo 5° comma si prevede che «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» (si tenga presente che l'art. 2 della suddetta legge cost. n. 2 del 1999 contiene una disposizione transitoria per cui «la legge regola l'applicazione dei principi contenuti nella presente legge costituzionale ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore»). Negli ulteriori commi 6° e 7° (corrispondenti ai primi due commi dell'originario testo dell'art. 111 Cost.), si stabilisce che tutti i provvedimenti giurisdizionali «devono essere motivati», anche al fine di renderne più efficace e penetrante il sindacato di legittimità: in particolare attraverso il «ricorso in cassazione per violazione di legge», che deve essere sempre consentito «contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali», siano essi ordinari o speciali, con la sola eccezione delle sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Art. 112 L'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero ha carattere obbligatorio, nel senso che di fronte ad ogni notizia di reato il pubblico ministero è tenuto a procedere, richiedendo al giudice di pronunciarsi in proposito. Come i giudici sono soggetti soltanto alla legge, così i magistrati del pubblico ministero sono soggetti all'obbligo di esercitare l'azione penale, senza alcun margine di discrezionalità e.d. politica, quando sussistano i presupposti di tale obbligo: con la conseguenza che, da un lato, ne viene garantita l'indipendenza e, dall'altro, risulta sancita, almeno teoricamente, la parità di trattamento fra tutti gli individui di fronte alla legge penale (si tratta della traduzione, sul piano processuale, del principio di legalità).

6. La costituzionalizzazione dei principi del "giusto processo".

a. Considerazioni preliminari.

Palese era la frizione tra l'interpretazione prospettata dalla Corte costituzionale e quella fornita dalla legge n. 267 del 1997, secondo la quale doveva essere assicurato il contraddittorio "nella formazione" della prova. La sentenza n. 361 del 1998 ha suscitato la reazione del Parlamento, che ha addebitato alla Corte di aver legiferato in una materia riservata alla competenza del potere legislativo; soprattutto, di averlo fatto fornendo un'interpretazione distorta dei principi costituzionali (5).

Il Parlamento ha preso nuovamente in esame quella parte del progetto della

(4) Si è giunti perfino ad affermare che il Parlamento con tale legge avrebbe "abrogato" la mafia.

(5) Gli avvocati penalisti italiani hanno lamentato la lesione del contraddittorio, chiedendo il ripristino della normativa del 1997. La protesta ha assunto toni marcati e si è concretata nell'astensione dalle riunioni.

I
C
ne
gi
Bi
m
in
vo
fo
la
ai
11
so
ric
con
ed
sin
ris
del
sdi
occ
leg
ess
"gi
Cost
e va
proc
"gius
proca
MARI
proca
in D
proce

Commissione bicamerale (art. 130) che aveva cercato di rendere effettive le norme della Convenzione europea sui diritti dell'uomo (6). Poiché la nostra giurisprudenza si rifiutava di riconoscere valore costituzionale a tali norme, la Commissione aveva proposto di inserire direttamente nella Carta fondamentale il nucleo centrale delle garanzie, e cioè i principi del "giusto processo".

Il Parlamento ha elaborato un disegno di legge che si proponeva di introdurre espressamente nella Costituzione detti principi; in particolare, ha voluto affermare una concezione "forte" del contraddittorio, da attuarsi "nella formazione della prova". Il 10 novembre 1999 è stata definitivamente approvata la legge di revisione costituzionale dell'art. 111 con una maggioranza superiore due terzi (7); ciò ha impedito di sottoporre a referendum la riforma.

Così inquadrato dal punto di vista delle "origini", il nuovo testo dell'art. 111 mostra la sua vera natura di interpretazione "autentica" della Costituzione: non stati resi espliciti quei principi che, a giudizio di molti studiosi, erano già ricavabili dalla Carta fondamentale.

b. *I principi attinenti ad ogni processo.*

Il legislatore costituzionale ha introdotto nell'art. 111 Cost. cinque nuovi principi che consacrano i principi cardine ai quali deve informarsi ogni processo, in particolare, quello penale (8). Si tratta dei principi che sono incisivamente sintetizzati nell'espressione "giusto processo" e che consistono, tra l'altro, nella riserva di legge in materia processuale, nella imparzialità del giudice, nella parità delle parti e nella ragionevole durata dei processi.

La riserva di legge. Il primo comma dell'art. 111 sancisce che « la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge ». Anzitutto occorre sottolineare che la disposizione prevede una riserva di legge: soltanto il legislatore può regolare lo svolgimento del processo; tale compito non può essere svolto da organi amministrativi né giurisdizionali (9).

Il "giusto processo". Viene da chiedersi a che cosa alluda l'espressione "giusto processo". Alcuni ritengono che la locuzione sintetizzi i principi sanciti

(6) Sul punto, si veda M. CECCHETTI, *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, Padova, 2001.

(7) Si tratta della legge cost. 23 novembre 1999, n. 2, recante l'"inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione", pubblicata in G.U. 23 dicembre 1999, n. 300.

(8) Per una analisi delle origini composite della riforma costituzionale, M. CECCHETTI, *Il principio del giusto processo nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, p. 49; E. ZADINI, *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 758; P. TONINI, *"Giusto processo": riemerge l'iniziativa del Parlamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 137.

(9) Per il rilievo che si tratta di una riserva di legge rinforzata, Pons, *Il modello costituzionale di giusto processo*, in *Rass. parlam.*, 2000, 575; FERRIA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2003, 44-45.

nei comini successivi (10). A nostro avviso, il "giusto processo" si riferisce ad un concetto ideale di Giustizia, che preesiste rispetto alla legge e che è direttamente collegato a quei diritti inviolabili di tutte le persone coinvolte nel processo, che lo Stato, in base all'art. 2 Cost., si impegna a riconoscere (11). Il contenuto dei diritti può essere ricavato dai patti internazionali ai quali l'Italia ha aderito (A. GIARDIA).

Il contraddittorio "debole". Nel secondo comma sono enunciati principi che si riferiscono a tutti i tipi di processo, e quindi anche al processo penale. In particolare viene menzionato il principio del contraddittorio nella sua accezione classica, comportante la necessità che la decisione del giudice sia emanata *audita altera parte* (12). Si tratta di quel significato "debole" del principio secondo cui il soggetto, che subirà gli effetti di un provvedimento giurisdizionale, deve essere messo in grado di esporre le sue difese prima che il provvedimento stesso sia emanato. Ciò avviene quando il medesimo soggetto conosce i presupposti di fatto e di diritto sui quali il giudice baserà la decisione (13). Il contraddittorio è menzionato anche dal comma 4 della norma in esame, del quale tratteremo tra poco; si tratta in tal caso del significato "forte" del principio in oggetto, inteso come contraddittorio nella formazione della prova.

La parità delle parti. Successivamente, il comma 2 dell'art. 111 Cost. sancisce quel canone di "parità tra le parti" che, ovviamente, ha una potenzialità diversa nel processo civile e in quello penale. Nel processo civile, infatti, è possibile attuare la piena parità delle armi tra attore e convenuto. Nel processo penale, viceversa, parità significa non identità, bensì equilibrio di poteri (14). La Corte costituzionale ha affermato che il principio di ragionevolezza può giusti-

(10) Secondo P. FERRA, *Il "giusto processo"*, cit., 32, si tratta di una formula di incerto significato giuridico in quanto i connotati del "giusto" processo sono definiti nei comini successivi. A giudizio di G. SPAGNIER, *Il "giusto processo" penale*, in *Studi in Iuris*, 2000, 258, siamo di fronte ad un concetto limite, funzionale ad orientare nella scelta delle diverse soluzioni processualmente possibili. Per N. TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in AA.VV., *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di C. COZZI e V. VERRI, Milano, 2001, 45 il termine indica gli stessi principi successivamente enunciati, visti nel loro dinamico combinarsi in una dimensione concreta e fattuale.

(11) C. COZZI, *L'imputato nel procedimento processuale. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 94; E. MARZADURI, *La riforma dell'art. 111 Cost. tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale del processo penale*, in *Leg. pen.*, 2000, 763.

(12) L'espressione *«audatur et altera pars»* è stata formulata da Seneca ed era contenuta in quell'opera che era intitolata "Andromaca" e che è andata perduta. La frase è ripresa da Giovenale ed in tal modo è diventata patrimonio dei giuristi.

(13) P. FERRA, *Il "giusto processo" in Costituzione*, in *Dir. giur.*, 2000, 1, 5. Di "contraddittorio argomentativo" parla M. CHIAVARI, voce *Giusto processo (processo penale)*, in *Enc. dir.*, Agg. X, Roma, 2001, 6. Occorre tenere presente che il contraddittorio sancito nel comma 2 non concerne soltanto le decisioni sul merito dell'imputazione, bensì, più in generale, qualsiasi provvedimento, anche di natura incidentale, possa essere emesso nel corso del procedimento penale: C. COZZI, *L'imputato*, cit., 98.

(14) G. SPAGNIER, *Il "giusto processo"*, cit., 256. In altre parole, in base al principio di adeguatezza, il concetto di parità deve adattarsi al tipo di processo (civile o penale) ed alla natura dell'interesse (pubblico o privato) che la singola parte persegue.

icare una qualche asimmetria tra le parti quando questa è dovuta alla posizione istituzionale del pubblico ministero e alle esigenze di una corretta amministrazione della giustizia (15).

Il giudice imparziale. Ancora, il processo deve svolgersi « davanti a giudice terzo e imparziale ». Non si tratta di un'espressione sovrabbondante: « l'imparzialità concerne la funzione esercitata nel processo ed impone che non vi siano legami tra il giudice e le parti. La terzietà concerne lo *status* ossia il piano ordinamentale » (16). Si vuole, cioè, che il giudice non cumuli altre funzioni processuali. In definitiva, la Carta fondamentale accoglie il principio della separazione delle funzioni processuali tra giudice, accusa e difesa.

La Corte costituzionale, in passato, era pervenuta ad attribuire al concetto di imparzialità il significato di « non pregiudicatezza » rispetto all'oggetto del giudizio (17). In base al criterio della imparzialità oggettiva occorre che il giudice (persona fisica) non abbia legami né con le parti (attuali o potenziali; ad esempio la parte civile) né con l'oggetto del procedimento (ad esempio, non deve avere un interesse all'esito dello stesso, come avverrebbe per quel magistrato che abitasse accanto ad una fabbrica della quale egli dovesse accertare la capacità di inquinare l'ambiente).

Infine, occorre sottolineare che il principio di terzietà del giudice è affiancato a quello del contraddittorio. Si tratta di un accostamento ricco di significato: la piena attuazione del contraddittorio postula un determinato assetto della giurisdizione (18).

La ragionevole durata. L'ultimo principio sancito al comma 2 è quello della ragionevole durata » del processo, la cui attuazione è rimessa al legislatore. Si

(15) Sentenza n. 26 del 2007.

(16) P. FERRO, *Il "giusto processo" in Costituzione*, in *Dir. Giust.*, 2000, I, 78. Ad avviso di G. Fico, *si le scelte sulla valutazione delle prove vanificano le conquiste sul giusto processo*, in *Giur. dir.*, 1999, 48. Il concetto di « terzietà » impone la separazione delle carriere tra giudici e pubblici ministeri.

(17) La Corte ha dichiarato illegittima l'art. 34, comma 2 c.p.p. « nella parte in cui non prevede che non possa partecipare al giudizio dibattimentale il giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato ». Operando un radicale mutamento rispetto agli enuncii espressi in precedenza, la Corte ha specificato in motivazione come la decisione di applicare una misura cautelare personale presupponga « un giudizio non di mera legittimità, ma di merito (sia pure cognitivo e allo stato degli atti) sulla colpevolezza dell'imputato ».

(18) A tal proposito, si sottolinea che le recenti modifiche dell'ordinamento giudiziario hanno accolto, pure in parte, il principio della separazione delle funzioni processuali. In passato il magistrato del pubblico ministero, trasferitosi alla funzione giudicante, poteva restare nel medesimo distretto e trovarsi a valutare le istanze di coloro, che fino a pochi giorni prima erano stati suoi colleghi. Parimenti, un giudicante si poteva trovare a svolgere funzioni requiranti di fronte ad ex colleghi.

Viceversa, in base agli artt. 13 ss. d.lgs. n. 160 del 2006, mod. dalla legge n. 111 del 2007, è stato stabilito che, nei casi appena menzionati, il cambiamento di funzioni comporta il mutamento di distretto e può verificarsi al massimo quattro volte nell'arco dell'intera carriera. Inoltre, in passato il cambiamento di funzioni avveniva sulla base della sola valutazione del CSM; oggi è necessario, per il magistrato, superare una vera e propria procedura concorsuale, previa partecipazione ad un corso di qualificazione professionale e subordinatamente ad un giudizio di idoneità espresso dal CSM, su parere del consiglio giudiziario.

tratta, è noto, del recepimento di un precetto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui mancato rispetto in Italia ha comportato molteplici condanne del nostro Paese da parte della Corte europea. Non sfugge come un principio del genere sia perfettamente consentaneo al sistema processuale accusatorio, che richiede la concentrazione e la continuità nella trattazione dei processi. Va peraltro ribadito che quello dell'efficienza processuale è un valore, che non può in alcun modo compromettere le garanzie dell'imputato e la qualità dell'accertamento processuale. Del resto, il bilanciamento tra le due opposte istanze è già implicito nel termine « ragionevole », che si riferisce alla durata del processo (19).

Vi è una notevole differenza tra la formulazione della Convenzione europea (« ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole ») ed il comma 2 dell'art. 111, in base al quale « la legge (...) assicura la ragionevole durata (del processo) ». Mentre la Convenzione attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo immediatamente azionabile, la Costituzione pone un vincolo alla legge ordinaria (20).

c. I principi inerenti al processo penale.

I diritti dell'accusato. I commi successivi enunciano principi che si riferiscono esclusivamente al processo penale. Il comma 3 è dichiaratamente modellato sull'art. 6, comma 3, lett. d della Convenzione europea e contiene il catalogo dei diritti spettanti « nel processo penale » alla « persona accusata di un reato ».

Occorre premettere un rilievo di natura metodologica. Da un lato, la parola "accusato" non ha un preciso significato tecnico e sembra potersi riferire sia alla persona sottoposta alle indagini, sia all'imputato. Da un altro lato, e per contro, la parola "processo", se intesa in senso stretto, sembra non ricomprendere la fase delle indagini preliminari. Una interpretazione razionale, a nostro avviso,

(19) È ormai pacifico che l'attuazione del canone del *délai raisonnable* non può in alcun modo compromettere le garanzie dell'imputato e la qualità dell'accertamento processuale. Così P. FERRO, *Il "giusto processo" in Costituzione*, cit., 7; A. NARVI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. pen.*, 2002, 1542. Tale rilievo è stato ribadito anche da C. cost., ord. n. 399/2001 e n. 458/2002. Si rileva che la ragionevole durata è un principio sussidiario che deve essere bilanciato con gli altri valori primari tutelati dall'art. 111 Cost., cit. P. FERRO, *Il "giusto processo"*, cit., 61. Nella giurisprudenza costituzionale, C. cost., 399/2001, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3888; 73/2003, ivi, 2003, p. 636; 458/2002, in *Cass. pen.*, 2003, p. 482; 148/2005, in tema di difesa tecnica. Occorre tenere presente che mentre la Convenzione europea inserisce la ragionevole durata nel catalogo dei diritti soggettivi immediatamente azionabili, riconosciuti all'imputato, la Costituzione si limita ad una previsione di tipo oggettivo, che tuttavia non esclude, ma assorbe la componente soggettiva. Così P. FERRO, *Il "giusto processo"*, cit., 56. Contra, E. AMORIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process, e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 797. Si veda, inoltre, P. GAETA *Durata ragionevole del processo e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quest. giur.*, 2003, 1137.

(20) Come è stato osservato, « la scelta è conseguente al tipo di controllo svolto dalla Corte costituzionale (italiana, che) non può sindacare la durata del singolo processo, ma esclusivamente le disposizioni che prevedono tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all'altro, formalità superflue, non giustificate né da esigenze repressive, né da garanzie difensive » (P. FERRO, *Il "giusto processo"*, cit., 56).

le attribuire di volta in volta ai due termini il significato che li rende coerenti con il tipo di diritto che viene riconosciuto (21).

Passiamo adesso all'esame analitico dei singoli diritti. Anzitutto la persona sottoposta alle indagini deve essere « informata riservatamente della natura e dei motivi » dell'accusa « nel più breve tempo possibile ». Una disposizione del genere, all'evidenza, si colloca nel punto di frizione tra il diritto di difesa dell'accusato e l'esigenza di segretezza delle indagini (22). Da una parte vi è l'indagato che ha interesse a conoscere quanto prima l'esistenza di procedimenti nei suoi confronti per poter raccogliere elementi a discarico che successivamente potrebbero disperdersi. Dall'altra parte vi è il pubblico ministero che, per svolgere indagini efficaci, deve poter compiere atti a sorpresa (perquisizioni, intercettazioni ecc.). Il bilanciamento tra le due opposte istanze, a nostro avviso, è attuato dall'espressione « nel più breve tempo possibile », che non ha un significato meramente fattuale, bensì una più pregnante accezione normativa (23). In altre parole, la predetta espressione non significa "immediatamente", bensì "non appena l'avviso all'indagato è compatibile con l'esigenza di unità e di efficacia delle indagini".

Merita infine ricordare come l'art. 111 imponga che l'accusato sia informato riservatamente ». La precisazione è funzionale a prevenire inammissibili divulgazioni di notizie che possano aprire processi paralleli in televisione o sui giornali.

La norma prosegue riconoscendo all'accusato il diritto di disporre « del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa ». Una siffatta disposizione sembra dare impulso alle indagini difensive ed agli istituti del patrocinio per i non abbienti e dei termini a difesa dell'imputato (24).

Il diritto a confrontarsi con l'accusatore. Veniamo finalmente all'annunciato più importante della norma in esame. L'imputato ha il diritto, « davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni sul suo carico ». Siamo dinanzi all'espresso riconoscimento costituzionale del diritto a confrontarsi con l'accusatore (25). Il disposto è modellato sulla Convenzione europea, salvo due aspetti puntuali. Anzitutto si prevede che il diritto a confrontarsi debba trovare attuazione « davanti al giudice »: la precisazione costituisce una importante garanzia per l'imputato. In secondo luogo, la norma parla di « persone » che rendono accuse a carico e non di testimoni,

(21) C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso*, cit., 104.

(22) A. CONFALONIERI, *Diritto ad essere informati riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1007; C. CONTI, *L'imputato*, cit., 105; P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, cit., 85.

(23) E. MARZADORI, *Sul diritto al silenzio degli imputati il giusto processo vive di contraddizioni*, in *Giur. it.*, 2000, 43, 40.

(24) C. CONTI, voce *Giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, 632.

(25) Si vedano le sentenze della Corte cost. n. 361 del 1998 e n. 440 del 2000, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 45.

come fa la Convenzione. La variazione terminologica è stata necessaria per ricomprendere anche quel dichiarante che ha la qualità di imputato connesso o collegato.

Infine è opportuno sottolineare che la norma utilizza la locuzione « far interrogare », senza precisare chi sia il soggetto che, in tal caso, svolge l'esame. Così formulata, la disposizione è idonea a ricomprendere anche le ipotesi in cui l'esame sia condotto dal giudice, a mezzo del quale le parti possono porre domande al dichiarante.

Proseguendo nell'esegesi del comma 3, all'imputato è riconosciuto altresì il diritto di « ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore ». La prima parte della disposizione riconosce nitidamente il diritto alla prova in capo all'imputato (26). Per quanto concerne la locuzione che si riferisce all'acquisizione di « ogni altro mezzo di prova » a discarico, la formulazione letterale della norma potrebbe indurre a ritenere che sia escluso qualsiasi filtro operato dal giudice sull'ammissibilità delle richieste di prova formulate. Ma è chiaro, tuttavia, che una interpretazione ispirata al principio di ragionevolezza e di parità delle parti deve indurre a ritenere che anche le prove richieste dall'imputato debbano superare il vaglio giudiziale di ammissibilità (27).

L'ultima facoltà attribuita all'accusato consiste nel farsi assistere da un interprete « se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo ». A differenza di quanto previsto dalla Convenzione europea, la norma non reca l'espressione « gratuitamente » (28); inoltre, la parola « processo », se strettamente interpretata, sembrerebbe negare, nella fase delle indagini, riconoscimento costituzionale all'assistenza dell'indagato che non conosce l'italiano. Anche in questo caso la norma deve essere intesa come se si riferisse genericamente al « procedimento ».

Il principio del contraddittorio. Nei commi 3 e 4 dell'art. 111 Cost. è affermato il principio del contraddittorio *in senso forte*, e cioè in relazione alla materia della prova. Il principio è utilizzato non in uno, bensì in due significati differenti. La norma costituzionale ne coglie a volte l'aspetto oggettivo, altre volte l'aspetto soggettivo (29).

(26) Sottolinea M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, cit., 14 che si tratta di una esplicitazione del principio di eguaglianza delle armi.

(27) M. BARON, *Prime osservazioni sulla modifica dell'art. 111 Cost.*, in EAD., *Studi di diritto processuale penale. "Giusto processo" italiano e Corpus juris europeo*, Torino, 2002, 45; M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, cit., 15. Probabilmente, l'ambiguità del testo deriva dalla volontà di riconoscere lo *ius probandi* anche in relazione alle prove diverse da quelle dichiarative, in merito alle quali esso è espressamente menzionato nella prima parte della disposizione. Cost. C. COMI, *L'imputato*, cit., 109.

(28) M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo*, cit., 14; ritiene che si tratti di una scelta consapevole del legislatore a fronte della crescita esponenziale dei processi a carico di imputati stranieri e dei relativi oneri. In argomento, D. CORTIOMI NYRRI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002, 235.

(29) Sulla disciplina del contraddittorio nel nuovo art. 111, E. AMADIO, *Dal rito inquisitorio al "giusto*

Il contraddittorio in senso oggettivo. Il contraddittorio in senso "oggettivo" ancito all'inizio del comma 4. Si tratta del contraddittorio « nella formazione della prova ». È un'espressione lapidaria ma completa nella sua semplicità, che consacra il contraddittorio come metodo di conoscenza. Una prova che sia credibile non si ottiene in segreto con pressioni unilaterali, bensì in modo dialettico; lo strumento al quale si fa implicito riferimento è l'esame incrociato (30). La novità, rispetto al passato, è che il principio non è affermato in maniera assoluta, al contrario di quello che aveva fatto la Commissione bicamerale, quando nell'art. 130 del Progetto (1998) aveva accolto l'oralità, l'immediatezza ed il contraddittorio senza nessuna eccezione.

Differente è il resto dell'art. 111. Il contraddittorio in senso oggettivo soffre eccezioni, poiché viene bilanciato con altre esigenze ritenute prevalenti in determinati casi. Non c'è più massimalismo, ma un modo di pensare diverso, che tiene conto della necessità di contemperare interessi contrapposti. Infatti il comma 5 si afferma: « la legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato, per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita ».

« processo », in *Il giusto processo*, 2002, n. 4, p. 103; E. AMODIO, *Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui*, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3589; C. COMPTI, *Le due "anime" del contraddittorio* l'nuovo art. 111 Cost., in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 197; M. DANIELE, *Primi contrasti sull'applicazione dell'art. 111 Cost. e sul principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2451; G. DI GIUSIA, *La "nuova" istruttoria dibattimentale: attuazione del "giusto processo", metodo del contraddittorio e prova rappresentativa*, in *Foro it.*, 2001, V, p. 291; P. FERRAIA, *La Corte costituzionale promuove la "regola d'oro" del processo accusatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 403; L. FILIPPI, *A proposito di "giusto processo": l'imputato diventa attore della cross examination?* in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1235; G. GIUSTIZIA, voce *Contraddittorio (principio del)* *dir. proc. pen.*, *Enc. giur. Treccani*, Agg. X, Roma, 2001, 4; V. GREVI, *Dichiarazioni dell'imputato sul fatto altrui, diritto al silenzio e garanzia del contraddittorio (dagli insegnamenti della Corte costituzionale al progettato nuovo modello "giusto processo")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 844; A. NAPPI, *Il contraddittorio dimenticato*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 26, 5; D. SIRACUSANO, *Il contraddittorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1425; D. SIRACUSANO, *Lunga marcia del contraddittorio fra Costituzione e legge ordinaria*, in *Dir. giust.*, 2000, I, p. 8; P. TONINI, *Il contraddittorio: diritto individuale e metodo di accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 188; G. UBERTIS, *Giusto processo e contraddittorio in ambito penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2096; Id., voce *giusto processo (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, t. 1, Milano, 2008, 489.

(30) La distinzione tra profilo oggettivo e soggettivo del contraddittorio è stata recepita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 440 del 2000. In successive occasioni la Corte ha ravvisato nel principio del contraddittorio nella formazione della prova anche un profilo di garanzia per l'imputato. Ad avviso del giudice delle leggi, il contraddittorio costituisce comunque un aspetto del diritto di difesa. Ciò si ricava dalla circostanza che il successivo quinto comma, « nell'ammettere la deroga al principio, fa riferimento anzitutto al « consenso dell'imputato » (così C. cost., n. 117 del 2007). Una lettura unilaterale di tale principio come garanzia esclusivamente oggettiva risulterebbe fuorviante. Infatti, il contraddittorio vale sia a proteggere l'efficienza del sistema e le posizioni della parte pubblica, sia soprattutto, a garantire l'imputato (C. cost., n. 84 del 2009). Il comma 5 nella parte in cui prevede una deroga basata sul « consenso dell'imputato » (e non già sul « consenso delle parti » o della « parte controinteressata »), ponendola per giunta al vertice della tematica ipotesi derogatorie ivi contemplate, rivela chiaramente che il principio del contraddittorio nella formazione della prova rappresenta precipuamente — nella volontà del legislatore costituente — uno strumento di salvaguardia « del rispetto delle prerogative dell'imputato » (C. cost., n. 29 del 2009).

L'art. 111 opera un bilanciamento tra principi, sul quale torneremo in prosieguo (31).

Il contraddittorio in senso soggettivo. Altri enunciati, viceversa, accolgono un concetto differente di contraddittorio, nella sua accezione "soggettiva". Come abbiamo accennato, il terzo comma, nella parte centrale, garantisce all'imputato il diritto di «interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico». Si tratta del riconoscimento a livello costituzionale del diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore, diritto che, come si è detto, deve trovare attuazione dinanzi al «giudice».

Un'altra norma, nella quale è recepito il contraddittorio in senso *soggettivo*, è l'art. 111, comma 4, secondo periodo, a mente del quale «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». La clausola appena ricordata, nel collegamento con il comma 3, effettua un bilanciamento tra due diritti di difesa: il diritto dell'accusatore e quello dell'accusato. A una determinata situazione (sottrazione al contraddittorio da parte dell'accusatore) corrisponde una determinata conseguenza (inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni rese in segreto). Il diritto a confrontarsi trova la sua sanzione attraverso l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi ha eluso il contraddittorio. A tale disposizione faremo comunque cenno nel capitolo sul dibattimento a proposito della utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni (32).

7. L'attuazione dei nuovi principi costituzionali.

L'entrata in vigore dei principi del "giusto processo" ha imposto al legislatore ordinario di predisporre in tempi brevi una modifica del sistema probatorio. Infatti, come si desume dalle considerazioni svolte nelle pagine che precedono, la disciplina previgente recava profili di frizione con i nuovi canoni costituzionali.

(31) Sulle eccezioni al principio del contraddittorio, oltre alla letteratura indicata sul tema del giusto processo in generale, C. CESARI, "Giusto processo", *contraddittorio ed irripetibilità degli atti d'indagine*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 75; G. GIOSTRA, *Analisi e prospettive di un modello probatorio incompiuto*, in *Quest. giur.*, 2001, 1130; A. MAMBRANI, *Giusto processo e non dispersione delle prove. I diversi equilibri del processo penale tra scopo conoscitivo e metodo dialettico*, Piacenza, 2002; S. ROGGERI, "Accertata impossibilità di natura oggettiva" ed irripetibilità degli atti: qualche spunto per una ricostruzione verfassungskonform, in *Ciur. it.*, 2002, 1770.

(32) Con la sentenza n. 181 del 2009, la Corte costituzionale ha precisato che nelle previsioni dell'art. 111 Cost. è stata delineata una protezione costituzionale specifica per l'imputato, particolarmente in tema di prove. «insieme al suo diritto (storico connotato della difesa dell'accusato) di confrontarsi con le fonti di prova a carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa (terzo comma), insieme altresì al divieto di provare la sua colpevolezza sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte sua o del suo difensore (quarto comma, secondo periodo), si è infine riconosciuta la sua facoltà di rinviare unilateralmente all'assunzione delle prove in contraddittorio (quinto comma)».

Con la legge n. 63 del 2001 il legislatore ha cercato di dare attuazione all'art. 11 Cost. operando essenzialmente su due fronti. Per un verso, è intervenuto sulla disciplina delle qualifiche dei dichiaranti ed ha previsto una riduzione dell'area del diritto al silenzio. Per un altro verso, ha modificato la normativa in materia di dichiarazioni raccolte unilateralmente nel corso delle indagini ed ha affermato che esse sono di regola inutilizzabili in dibattimento come prova dei fatti in esse affermati.

Il nuovo assetto del sistema probatorio sarà oggetto di dettagliato esame nei capitoli sui mezzi di prova e sulla utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni. In ogni caso è possibile anticipare fin da ora che la riforma non pare in piena sintonia con l'art. 111 Cost. Infatti sul fronte della riduzione del diritto al silenzio, a nostro avviso, il legislatore è stato soverchiamente timido. Vi è ancora una sorta di "zona franca" abitata da dichiaranti che possono continuare a tacere ed a mentire davanti al giudice anche sul fatto altrui, vanificando il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore. All'opposto, sul versante relativo alla inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni, la legge n. 63 ha accolto una soluzione radicale, che in alcune ipotesi può compromettere il fine del processo penale, consistente nell'accertamento dei fatti. Il tratto comune delle nuove norme introdotte dal legislatore sta nella estrema complessità delle soluzioni che a molti casi rende ardua la comprensione degli istituti già a livello teorico.

Questi rilievi, che avremo modo di approfondire nella sede opportuna, ci conducono ad affermare che la riforma del sistema probatorio, apportata con la legge n. 63 del 2001, appare soltanto una tappa intermedia nel percorso che conduce verso una piena attuazione del "giusto processo". I nuovi principi costituzionali sono pregni di potenzialità applicative che ancora attendono una concretizzazione a livello di legge ordinaria. Dunque, la normativa costituzionale deve restare al centro dell'attenzione dell'interprete. Soltanto in tal modo sarà possibile pervenire ad una soluzione legislativa che possa dirsi equilibrata nel bilanciamento dei principi e lineare nella calibratura degli istituti.

Seminario di diritto processuale penale
Il giusto processo nella Costituzione

MATERIALI

COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA 27 dicembre 1947

(in Gazz. Uff. 27 dicembre 1947, n. 298, ed. straordinaria).

Art. 13.

La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, nè qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge. In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

Art. 27.

La responsabilità penale è personale.

L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.

Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Non è ammessa la pena di morte.

Art. 111.

La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo.

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.

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.

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.

Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, emendata dal Protocollo n. 11

Art. 6 - *Diritto ad un processo equo*

1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.

La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente sino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. Ogni accusato ha segnatamente diritto a:

- a. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico;
- b. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie per preparare la sua difesa;
- c. difendersi da sé o avere l'assistenza di un difensore di propria scelta e, se non ha i mezzi per ricompensare un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio quando lo esigano gli interessi della giustizia;
- d. interrogare o far interrogare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'interrogazione dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- e. farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nell'udienza.