

## IL NUOVO ARTICOLO 111 DELLA COSTITUZIONE E IL PROCESSO CIVILE

di Sergio Chiarloni\*

**Sommario:** **1.** Premessa. **2.** Niente di nuovo sul “giusto processo”. **3.** Il significato della clausola “regolato dalla legge”: posizione di una riserva di legge e non di un divieto al legislatore di attribuire poteri discrezionali al giudice circa l’organizzazione delle cadenze processuali e il metodo istruttorio. **4.** Il raffronto della conformità a Costituzione dei procedimenti camerale va fatto con la garanzia del diritto di difesa e del contraddittorio (artt. 24, comma 2° e 111, comma 2° Cost.) e può consentire una conclusione positiva (a patto che il contenitore camerale sia connotato dall’eccezionalità). **5.** Il requisito del contraddittorio e i procedimenti a contraddittorio eventuale e differito: la loro costituzionalità comporta la costituzionalità della motivazione a richiesta. **6.** Niente di nuovo sulla terzietà e/o imparzialità del giudice, salvo il pericolo di un aggravarsi delle invasioni di campo della Corte costituzionale sulle scelte di opportunità da lasciare al legislatore ordinario. **7.** La (minuscola) novità della “ragionevole durata”. **8.** Rilievo conclusivo: il “contraddittorio nella formazione della prova” come monito sul diverso atteggiarsi delle garanzie nel processo civile e nel processo penale.

**1.-** Il futuro storico delle istituzioni che decida di studiare le modifiche alla nostra Carta fondamentale, cercate o subite in questi anni, non potrà fare a meno di provare una sensazione di disagio. Le vicende della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali non sono state di certo entusiasmanti. Non lo è neppure il modo affrettato con cui si è arrivati a ristrutturare l’art. 111 Cost. Il giudizio sulla parte “processualpenalistica” della ipotesi (che ha indotto il legislatore all’intervento) potrà essere almeno in parte positivo, grazie al contenuto fortemente garantistico per l’imputato, soprattutto per quanto riguarda la formula “breve e potente” del “contraddittorio nella formazione della prova”. Ma aver usato la legge delle leggi, invece di queste ultime, per una risposta *ab irato* del Parlamento ad una singola sentenza della Corte costituzionale, appare davvero eccessivo e probabilmente foriero di molti inconvenienti nell’amministrazione della giustizia penale<sup>1</sup>.

---

\* professore ordinario di diritto processuale civile nell’Università di Torino

<sup>1</sup> Per ulteriori, severi e al contempo disincantati rilievi sulla formula del giusto processo cfr. Ferrua, *Il giusto processo in Costituzione*, in *Diritto e giustizia*, 2000, p. 5.

Comunque, non è compito del giurista occuparsi di contesti di decisione o, in altre parole, dei motivi sociali, psicologici e culturali che hanno influenzato un prodotto normativo<sup>2</sup>, a meno che l'indagine non sia indirizzata all'interpretazione e utile per i relativi risultati.

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

Intendo chiedermi se queste disposizioni rappresentino un cambiamento *reale* rispetto al quadro precedente, cosicché ci sia da attendersi una serie importante di *doverosi* interventi correttivi sulla legislazione processuale civile ordinaria ad opera della Corte costituzionale.

Anticipo che la risposta sarà negativa.

Sono convinto che dalla fondamentale norma di raffronto per le discipline processuali rappresentata dall'art. 24, comma 2° Cost., anche nella sua connessione con l'art. 3, sono ricavabili tutte le garanzie enunciate dalla prima parte del nuovo art. 111 secondo cadenze assai più analitiche (oltre che alquanto enfatiche e per questa ragione foriere di inutili complicazioni per l'interprete, come vedremo)<sup>3</sup>.

A mio giudizio non siamo affatto in presenza di una rifondazione dei principi costituzionali del processo, come qualcuno, magari tratto in inganno dall'enfasi che ho detto, potrebbe essere tentato di proclamare.

Ne consegue che non esiste un solo caso in cui, oggi, si dovrebbe dichiarare l'illegittimità di norme ordinarie per violazione di garanzie costituzionali che non si sarebbe potuta (e dovuta) dichiarare prima. Non esistono norme del processo civile legittime prima dell'entrata in vigore della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 e illegittime dopo.

Certo, è comprensibile che a qualcuno possa sembrare opportuno approfittare del nuovo testo per rilanciare vecchie battaglie perdute

---

<sup>2</sup> Uso "contesto di decisione" secondo la definizione stipulativa adottata da Luzzati, *L'interprete e il legislatore, Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, p. 113.

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

nel passato (ad esempio in tema di incompatibilità del giudice o di legittimità di alcuni procedimenti camerali).

Ma qui ci avventuriamo in un campo che ha a che fare con la politica e la retorica del diritto, non con l'analisi scientifica di un campo normativo. Anche se, deve essere chiaro, non ho personalmente nulla contro le battaglie di politica del diritto, se sono ben indirizzate. E nulla neanche contro la retorica, se può essere utile allo scopo. Mi pare però che sia essenziale chiarire, prima di tutto a se stessi (soprattutto se giuristi), il significato degli oggetti che si stanno maneggiando.

Ben venga dunque il nuovo art. 111, se può aiutare la Corte costituzionale o il legislatore ordinario a comprendere finalmente la necessità di rendere compatibili con la carta fondamentale disposizioni processuali ordinarie che fin dal 1948 contrastano con essa e che da molto tempo sono contestate, invano, dalla cultura del processo orientata ai valori costituzionali.

Attenzione, però: non posso nello stesso tempo fare a meno di esprimere una preoccupazione sia circa l'interventismo futuro dei giudici ordinari nel proporre alla luce del nuovo art. 111 questioni di legittimità magari prima mai pensate, ovvero finora –e ben giustamente- mai accolte, sia circa una nuova propensione della Corte ad accoglierle.

Purtroppo sia gli uni che l'altra hanno spesso dimostrato in passato un notevole "formalismo delle garanzie" nel mettere a raffronto le norme processuali con il diritto di difesa<sup>4</sup>. Non c'è da

---

<sup>4</sup> Il tema meriterebbe un'indagine approfondita. Qui mi limito a ricordare due esempi sintomatici di ingerenza della Corte costituzionale - occultata dall'individuazione di contrasti con il diritto di difesa - su scelte di opportunità che dovrebbero essere lasciate al legislatore ordinario: Il primo è rappresentato da Corte cost. 31 dicembre 1986, n. 303, in *Giur.it.*, 1987, I, 1, 963; in *Foro it.*, 1987, I, 671, con nota di Proto Pisani; in *Foro padano*, 1987, I, 3 con nota di Danovi, *Decreto ingiuntivo fondato su titoli esecutivi e liquidazione delle spese*; in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, 137, con nota di Consolo, *Procedimento monitorio e rilevanza costituzionale della regola della condanna del soccombente alla rifusione delle spese di lite*; in *Riv. dir. proc.*, 1987, 173, con nota di Tarzia, *Ricorso per ingiunzione fondato su titolo esecutivo e diritto alle spese*. La Corte dichiarò illegittimi gli artt 641 e 653 c.p.c. (così come modificati dall'art. 2 della legge 10 maggio 1976, n. 358), per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui escludevano che il giudice, nel pronunciare il decreto ingiuntivo, potesse liquidare le spese, condannando il debitore ingiunto al rimborso, se la domanda fosse fondata su un documento costitutivo titolo esecutivo. L'insufficiente *ratio decidendi* è basata sul rilievo che il decreto serve comunque per iscrivere l'ipoteca e che il creditore munito di titolo, se agisse in via ordinaria, avrebbe comunque, in caso di vittoria, diritto al rimborso delle spese. Implicitamente, la decisione costituzionalizza il principio della soccombenza. A me sembra invece evidente che la scelta di come allocare le spese di giudizio è una scelta di opportunità da lasciare al legislatore ordinario, come

aspettarsi che la situazione migliori. Anzi, mi sembra probabile che questo formalismo riceverà alimento, già se ne ravvisano notevoli segnali, dal nuovo testo costituzionale.

**2.-** Con riferimento al primo comma “La giurisdizione si attua attraverso il giusto processo regolato dalla legge” non mi lascerei impressionare dallo stereotipo del “giusto processo”. Certo, si tratta di un concetto culturalmente e storicamente molto importante, che è stato in passato e viene ancor oggi sottoposto a finissime analisi. Esso ricorre da tempo nel sapere giuridico (ha dato persino il nome ad una rivista nel nostro Paese), nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale, oltre che in molte leggi fondamentali straniere. Ad esempio riecheggia il *due process of law* della tradizione costituzionale nordamericana. Ma il suo contenuto innovativo è totalmente inesistente. Or sono molti lustri Mauro Cappelletti aveva ben messo in rilievo la perfetta simmetria tra *due process of law* e diritto di azione e di difesa<sup>5</sup>.

Non mi soffermo sull'intenzione polemica che sottende la formula, quasi ad insinuare che il processo finora sia stato ingiusto.

---

d'altronde ci insegna l'esperienza comparativa, dove il giusto processo (la *due process of law clause* della costituzione nordamericana, per esempio), può benissimo accompagnarsi al diverso principio per cui le spese del giudizio sono sopportate dalle parti che le hanno anticipate.

Il secondo esempio è rappresentato da Corte cost. 28 novembre 1986, n. 250, in *Giur.it.*, 1987, I, 1 1949 e in *Giust. civ.*, 1987, I, 468, che dichiarò illegittimo l'art. 292 c.p.c. nella parte in cui, per i procedimenti davanti al conciliatore e al pretore, non prevede che si notifici al contumace il verbale d'udienza in cui si dà atto della produzione di una scrittura privata attribuita al contumace stesso (Corte cost. 6 giugno 1989 n. 317, in *Foro it.*, 1989, I, 1780; in *Giust. civ.*, 1989, I, 1780; in *Nuove leggi civ. comm.*, con nota di Alladio, 1990, 939, *Produzione di documenti nel giudizio contumaciale* ha poi esteso la declaratoria di illegittimità ad ogni processo civile). Qui la *ratio decidendi* è ancora più debole. E semplicemente basata sul rilievo che la norma violerebbe il diritto di difesa del contumace impedendogli l'esercizio del potere di disconoscimento della scrittura ex art. 293 c.p.c. (o meglio, non mettendolo in condizioni di valutare compiutamente se sia il caso di costituirsi per disconoscere. Implicitamente, la decisione costituzionalizza il modello francese di regolazione del processo in contumacia. A me sembra invece che la scelta di seguire il modello secondo il quale l'attore deve provare il fondamento della sua domanda anche se il convenuto non si costituisce in giudizio, oppure il modello, tipico dei Paesi anglosassoni e germanici, secondo cui la mancata costituzione del convenuto implica l'accoglimento della domanda (*Judgment by default o Ungehorsam Verfahren*) è, ancora, una scelta di opportunità da lasciare al legislatore ordinario.

<sup>5</sup> In *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, p. 121. Ma si tratta di stereotipo corrente nella cultura processuale. Vedi già prima Couture, *La garanzia costituzionale del dovuto processo legale*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 81 ss. e poi Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 443 ss.

Essa ha soprattutto per obbiettivo il processo penale. Appartiene al folklore delle istituzioni e sarà presto dimenticata. Può interessare a breve termine il commentatore politico o lo studioso dei costumi, interessati a comprendere i motivi profondi di un'evoluzione politico-culturale e normativa indirizzata a rendere sempre più difficile l'attuazione del dovere statale di punire in certi settori della criminalità. Non può interessare il giurista positivo.

**3.-** Ma cosa ha voluto significare il legislatore costituzionale affermando che il “giusto processo” deve essere “regolato dalla legge”? Qui la faccenda si fa più complicata.

Come è noto, per numerosi procedimenti è prevista da parte del legislatore una regolamentazione estremamente scarna e sintetica, che simmetricamente attribuisce al giudice estesi poteri discrezionali nel determinare le cadenze della procedura e nello stabilire le modalità da seguire per la formazione del proprio convincimento. Le formule usate, piuttosto varie, sono tutte connotate dall'attribuzione di questi poteri. Così, troviamo scritto che il giudice è legittimato ad omettere “ogni formalità non essenziale al contraddittorio”, a “procedere nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione che ritiene indispensabili” (art. 669 *sexies* c.p.c.), ovvero che è legittimato ad “assumere informazioni” (art. 738, ult. comma c.p.c.), a volte connotate come “opportune” (art. 95 l. fall.), a volte come “necessarie” (art. 9, comma 4° l. 4 maggio 1983, n. 184 sulla Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori) e così via elencando secondo formule analoghe<sup>6</sup>, nella scia di un comune modello istruttorio ispirato ad una spinta deformalizzazione ed all'attribuzione di estesi poteri ufficiosi al giudice, molto spesso in vista del soddisfacimento di una fortissima esigenza di velocità del provvedere.

Orbene, qualcuno potrebbe pensare che procedimenti, dove cadenze processuali e formazione del convincimento del giudice sui fatti rilevanti sono governati da siffatte clausole generali, si pongono oggi al di fuori della Costituzione, in quanto il rinnovato art. 111 richiederebbe una regolamentazione analitica del processo ad opera della legge.

Debbo prima di tutto richiamarmi alla necessità di esercitare l'*ars distinguendi*, allo scopo di fondare una prima correzione in senso limitativo del dettato costituzionale nell'ambito dell'interpretazione ora discussa.

---

<sup>6</sup> Cfr., al riguardo, l'ampia indagine di Capponi, *Le “informazioni” del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 911 ss.

Qui, a differenza di quanto accadrà per i passi successivi del mio ragionamento, credo che troverò il consenso di tutti: il dubbio di legittimità non può riguardare i casi di necessaria consecuzione della cognizione ordinaria, pena l'inefficacia del provvedimento sommario (come avviene secondo la legge per i procedimenti cautelari e secondo il diritto vivente per i procedimenti possessori). L'esclusione dal dubbio di legittimità per queste ipotesi governate dal potere discrezionale del giudice nello stabilire cadenze processuali e modalità istruttorie può venir agevolmente giustificata, io credo, correlando la garanzia di cui stiamo cercare di capire il significato almeno con l'intero edificio processuale di attuazione della tutela, se non con l'idoneità al giudicato del provvedimento finale.

Il dubbio potrebbe invece riguardare i procedimenti camerati indirizzati ad incidere su diritti o *status*, senza necessità di un successivo controllo secondo il modulo ordinario<sup>7</sup>. Il ragionamento è semplice. Nel nuovo quadro costituzionale, si dice, nell'ambito del quale *la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge* diventerebbe sospetta di illegittimità l'esistenza di modelli processuali "le cui cadenze siano affidate esclusivamente ai poteri discrezionali del giudice, senza alcuna possibilità di una cognizione sul merito in base a regole predeterminate". In altre parole, in un processo regolato dalla legge, deve essere il legislatore e non il giudice ad individuare forme e termini del "dovuto processo legale", stabilendo le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio e in particolare le modalità di partecipazione delle parti al procedimento di formazione del convincimento del giudice

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

Ma a guardare le cose in profondità, ci accorgiamo che si tratta di un ragionamento facile da contestare. Esso costituisce un caso eminente delle trappole semantiche in cui si trova sovente invischiato il processualista i cui atteggiamenti culturali sono influenzati dal "formalismo delle garanzie".

"Regolato dalla legge" sta semplicemente a significare che secondo il primo comma dell'art. 111 il processo non può essere regolato da altre fonti normative. Siamo cioè in presenza della posizione (o

---

<sup>7</sup> Esso è già stato avanzato da Andrea Proto Pisani, da Giorgio Costantino (di cui sono le parole virgolettate nel successivo periodo del testo) e da Giuliana Civinini nelle rispettive relazioni al convegno dell'Elba sull'art. 111 e il processo civile organizzato da Questione giustizia il 9.11 giugno 2000. **QUI ATTUALIZZARE CON "IN QUESTO VOLUME O DIVERSAMENTE**

meglio della riaffermazione - assieme a tante altre ascrivibili alla nostra norma -) di una riserva di legge.

L'esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo. Così, sarebbe incostituzionale, nel nostro Paese, un processo disciplinato tramite regolamenti amministrativi, come avviene in Francia, ovvero tramite norme emanate dalle Corti superiori, come avviene in Inghilterra e come, in Italia, avviene per la Corte costituzionale, che però credo libera dalla riserva di legge sul suo processo, in quanto non si può dire che ivi "si attua la giurisdizione".

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

Del resto, che l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale più o meno accentuato sul processo non violi la riserva di legge richiamata dal nuovo primo comma dell'art. 111 della Costituzione può venir dimostrato attraverso un'altra strada. Basterà far leva sul potere discrezionale più o meno accentuato attribuito al giudice di dar contenuto a fattispecie attributive di diritti, costruite dal legislatore in maniera indeterminata. Mi riferisco alle clausole generali del diritto sostanziale. Clausole generali la cui esistenza si riscontra non solo nel diritto dei privati. Pensiamo al caso più stringente di riserva di legge, quello che riguarda la legislazione penale. Nessuno, credo, si sognerebbe di pensare che il principio di legalità è violato dalla circostanza che alcune fattispecie incriminatrici penali sono costruite facendo ricorso a nozioni, come ad esempio di buon costume o pubblica decenza, che debbono venir concretizzate dal giudice tenendo presente l'evoluzione del costume e della coscienza sociale.

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

E' una tesi difficile da sostenere anche per un'altra ragione. Dove ci si ferma nel pretendere la regolazione analitica della legge di ogni singolo passo della procedura? Come ricaviamo, in altre parole, il segnale di confine per il potere assegnabile dal legislatore al giudice senza che ne risulti violata la clausola "la giurisdizione si attua attraverso il processo regolato dalla legge" declamata dal primo comma dell'art. 111 e interpretata come se il costituente avesse voluto

inibire l'esercizio di poteri discrezionali al giudice? saremmo forse capaci di dubitare circa la legittimità dell'introduzione di un sistema di preclusioni giudiziali sul modello tedesco, che sarebbe a mio giudizio, invece, estremamente opportuno, in quanto consentirebbe di adeguare la disciplina processuale alle peculiarità delle singole cause?

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

4.- Un nervo scoperto della cultura accademica si trova all'origine dell'incrocio tra la tematica dei procedimenti camerale relativi a diritti ed una clausola costituzionale che non vi ha nulla a che fare. Da molti lustri si aggira nelle stanze degli studiosi lo spettro della sommarizzazione del processo civile<sup>8</sup>. Qualunque strumento può sembrar buono per esorcizzarlo. Perché non approfittare ora anche della novità rappresentata dal nuovo testo dell'art. 111, avanzando un argomento in apparenza tanto semplice quanto persuasivo come quello fin qui analizzato?

Per carità, sono l'ultimo a negare che la disciplina di alcuni procedimenti camerale, specie in materia di famiglia, sia fonte di problemi, anche relativamente alle garanzie costituzionali<sup>9</sup>.

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

Qui occorre ben altro: occorre esercitare l'analisi il più possibile paziente su ogni singola norma bilanciando l'esigenza imprescindibile della velocità nel provvedere tipica di gran parte dei procedimenti camerale (si pensi alla declaratoria dello stato di

---

<sup>8</sup> Tra gli scritti più significativi ed impegnati indirizzati ad esorcizzare lo spettro mi limito a ricordare Lanfranchi, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 332 ss. e Cerino Canova, *Per la chiarezza di idee in tema di procedimento camerale e di giurisdizione volontaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 475 ss.

<sup>9</sup> Preoccupazioni al riguardo circolano da tempo. Cfr., per tutti, da ultimo Proto Pisani, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Questione giustizia* 2000, 467 ss.



abbandono di un minore) con l'altrettanto imprescindibile esigenza di salvaguardare diritti fondamentali delle parti che potrebbero venire lesi da un'errata ricostruzione degli interessi in giuoco da parte dell'organo giurisdizionale (si pensi alla correlativa posizione dei genitori naturali).

In questo contesto solo le garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio ci possono aiutare a dirimere tra normativa sufficientemente analitica e normativa troppo sintetica, quando si tratta di attribuire un qualche potere discrezionale al giudice nella conduzione del processo. Non aiuta il ricorso alla regolazione per opera della legge. E neanche aiutano le persistenti (e per quanto mi riguarda assai stucchevoli nella loro disperante astrattezza) lamenti contro la sommarietà dei procedimenti camerali, quando venga enunciata in generale.

Nella grande maggioranza dei casi i procedimenti camerali non sono affatto sommari, nel senso che alla parola viene dato dal legislatore. Non siamo in presenza né di una cognizione superficiale, né di una cognizione parziale. La cognizione è piena, talora pienissima, si potrebbe dire, essendosi molto giustamente osservato come accada che in alcuni di questi procedimenti siano attribuiti al giudice strumenti di indagine più penetranti di quelli concessi al giudice del processo ordinario<sup>10</sup> e come di conseguenza l'attendibilità dei risultati istruttori e, correlativamente, le probabilità di giustizia del provvedimento siano addirittura superiori<sup>11</sup>.

Piuttosto, la cognizione si può definire come informale o, se si preferisce, deformalizzata<sup>12</sup>. Ma un processo veloce, concentrato, sottoposto al penetrante potere direttivo del giudice e all'assumibilità officiosa dei mezzi istruttori non contrasta di per sé con la ricchezza di esplicazione del diritto di difesa<sup>13</sup>.

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

La Corte costituzionale ha già in parecchie occasioni provveduto ad indicare come si deve articolare il processo camerale sui diritti. L'attuazione della garanzia del contraddittorio ne richiede l'instaurazione iniziale, un'organizzazione della dialettica

---

<sup>10</sup> Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Vol. III, t. 2, sez. I, Milano, 1992, 468.

<sup>11</sup> Proto Pisani, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.* I, 1990, 393 ss.

<sup>12</sup> Denti, *I procedimenti camerali come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1105.

<sup>13</sup> Consolo, *Un giudice specializzato e vari nuovi riti per le liti societarie?*, in *Corr. giur.*, 2000, 566.

processuale che consenta alle parti di far valere le proprie ragioni, il diritto di dedurre prove, la possibilità di discutere presupposti o quanto meno risultati dell'attività istruttoria, la facoltà di farsi assistere da un difensore.

Inutile aggiungere che la violazione di questi principi da parte del giudice di merito rende il suo provvedimento ricorribile alla corte di cassazione, che può così tranquillamente controllare gli eventuali abusi.

Ancora più inutile aggiungere che il pregiudizio illuministico sotteso all'interpretazione della clausola "regolato dalla legge" che abbiamo discusso e per cui la regolazione analitica garantirebbe contro gli abusi è frutto di un'illusione. Ci siamo forse dimenticati che la disciplina, precisa oltre che analitica, del processo del lavoro è rimasta per tante sue parti lettera morta per quasi trent'anni in tante preture d'Italia?

Occorre peraltro, a questo punto, introdurre una precisazione.

La conformità a Costituzione dei procedimenti camerale regge fintantoché il potere del giudice di fissare autonomamente cadenze processuali e modalità istruttorie non viene a contrastare in maniera irrimediabile con l'effettiva possibilità dei difensori di assicurare la rappresentanza tecnica alle parti. Ciò significa che essi debbono rimanere confinati ai casi in cui l'esistenza di una forte connotazione pubblicistica assieme alla necessità di provvedere velocemente non potrebbe essere soddisfatta neppure con una procedura concentrata, ma a cadenze predeterminate dalla legge. Oppure ai casi, come certe controversie commerciali, dove l'interesse dei privati è caratterizzato da una particolare necessità di efficienza. Oppure (al contrario sul piano dell'importanza) ai casi in cui la bagatellarità della controversia assieme alla sua irrilevanza statistica sconsiglia il vestito di lusso della cognizione ordinaria.

Bisogna continuare a fare in modo, insomma, che i procedimenti camerale rimangano una netta minoranza rispetto al totale, in modo che vengano evitate sovrapposizioni e ingorghi oggi non controllabili a causa della ancora prevalente struttura artigianale degli studi professionali.

Soltanto il modello ordinario assicura nel nostro Paese la programmabilità del lavoro difensivo quando si tratti della gran massa dei processi.

Il contenitore camerale rimane in conclusione un contenitore neutro a patto che sia da applicare ad una percentuale non eccessiva delle controversie civili, e sempre nel rispetto del contraddittorio, secondo le indicazioni della Corte costituzionale.

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

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

Un altro bello scherzo giocato al costituente dall'enfasi retorica in cui si è lasciato invischiare.

Di fronte all'evidente stringenza del sillogismo appena riferito, esiste un solo modo di salvare la letteralità del dettato costituzionale assieme alla legittimità dei (preziosissimi) procedimenti a contraddittorio eventuale e differito. Bisogna proclamare che la fase *inaudita altera parte* di questi procedimenti non costituisce un processo giurisdizionale. Ma si tratta di una strada a mio giudizio impercorribile. Basti pensare, oltre che ad alcune caratteristiche del procedimento che depongono chiaramente in senso esattamente contrario, all'efficacia del provvedimento che lo conclude, qualora non venga opposto.

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

Questa conclusione, cui *toto corde* accedo, avvalora una particolare interpretazione di altro comma dell'art. 111, che in passato ho tentato (senza fortuna) di accreditare<sup>14</sup>.

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

Il consenso per il contraddittorio eventuale e differito in primo

---

<sup>14</sup> Chiarloni, *Accesso alla giustizia e uscita dalla giustizia*, in *Doc. giust.*, 1995, n., 1-2, c. 40; *Valori e tecniche dell'ordinanza di condanna ad istruzione esaurita ex art. 186 quater c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 519 s.

grado si deve accompagnare ad uguale consenso per la motivazione eventuale e differita nel medesimo grado.

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

L'eventuale interesse del pubblico può nascere in specifici casi dove vengano all'esame questioni nuove. Ma sarebbe senz'altro soddisfatto, per così dire in seconda battuta, dalla possibilità di conoscere le motivazioni delle sentenze grazie ai gravami proposti dalle parti.

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

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

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

L'introduzione di una norma di questo tipo contribuirebbe grandemente a ridurre la durata dei processi civili, anche se e a suo tempo ho esagerato scrivendo che la riduzione sarebbe di almeno un terzo, grazie ad un ragionamento, alquanto superficiale, basato sulla circostanza che circa la metà delle durate è assorbita dalla fase della decisione (da calcolare, ieri, da subito dopo lo scambio delle comparse conclusionali e, oggi, con la sostanziale abolizione dell'udienza di discussione e la previsione di un termine –sia pure

ordinatorio- per il deposito della sentenza dal momento di fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni)<sup>15</sup>.

La motivazione a richiesta per la sentenza civile di primo grado costituirebbe una soluzione del problema relativo alla ricerca di semplificazioni che contribuiscano alla riduzione delle durate assai migliore in confronto all'ordinanza di condanna successiva alla chiusura dell'istruzione *ex art. 186 quater*. Istituito quest'ultimo toccato dalla singolare ventura di dar luogo a numerosissimi e delicati problemi interpretativi che hanno stimolato lo spirito ludico-combinatorio di giudici e professori e, nello stesso tempo, ad applicazioni statisticamente insignificanti.

Possiamo ora chiederci, sgombrato il campo dai profili di costituzionalità, se esistano ragioni di opportunità che sconsigliano l'adozione della motivazione a richiesta per le sentenze civili di primo grado.

Non credo che, come qualcuno ha sostenuto, "se non si scrive la motivazione si rischia di non decidere bene la causa", soggiungendo che il dovere motivatorio va in ogni caso assolto, "a garanzia della ricerca di decisioni giuste" e insistendo che "l'approfondimento del giudizio e la stesura accurata della sua motivazione non formano nella realtà entità tra loro scindibili e non si può preservare il primo

---

<sup>15</sup> *Accesso alla giustizia*, cit., *loc. cit.*. Per una tempestiva autocritica di questo mio punto di vista cfr. *Valori e tecniche*, cit., p. 523, dove osservavo come nel processo ordinario, anche se la fase decisoria occupa più di metà della durata delle cause, molta di questa durata viene assorbita dallo studio della causa indirizzato alla scelta decisoria. Il giudice istruttore non è affatto in grado (a differenza del giudice del lavoro) di emanare un dispositivo immediato al termine dell'istruzione della causa. Ammettiamo pure che il giudice istruttore non si sia limitato a seguire passivamente le attività delle parti, assistendo come un invitato di pietra all'assunzione delle prove verbalizzate dai difensori e fissando burocraticamente i successivi rinvii, come generalmente ancora oggi accade. In ogni caso, al termine dell'istruzione egli ha la necessità di studiarci una causa di cui non sa nulla, perché ha ormai dimenticato tutto quello che ha appreso, come inevitabile effetto del semplice trascorrere del tempo e del sovrapporsi dei diversi incumbenti relativi alle parecchie centinaia di cause che giacciono sul suo ruolo. E' questo un tributo inevitabile da pagare sull'altare di un processo scritto e non concentrato, anzi così diluito che, ad esempio, per sciogliere la questione di fatto, il giudice sarà costretto a studiarci i verbali allo scopo di apprezzare le dichiarazioni di testimoni che lui stesso ha ascoltato mesi o magari anni prima e che sono ormai cancellate dalla sua memoria. La conseguenza è che l'introduzione della motivazione a richiesta comporterebbe una rilevante riduzione delle durate, ma non così miracolosa come avevo mostrato di credere. Il giudice dovrà comunque spendere molto tempo di studio, magari nell'intimità della sua casa, per impadronirsi di una causa di cui non è affatto padrone, prima di poterla decidere. A meno che non si acconci a tirare i dadi, come il giudice Brigialoca di rabelaisiana memoria (il quale peraltro "esaminava minutamente i processi", per rispettare le forme, per stare in esercizio, per far trascorrere il tempo, padre della verità).

se non si lascia un posto centrale anche alla seconda"<sup>16</sup>.

La motivazione non ha nulla a che fare con la bontà del giudizio. Ha a che fare con la sua razionalizzazione *a posteriori*, che è tutt'altra cosa, come ben sanno gli studiosi delle attività decisorie e come soprattutto risulta dalla disciplina positiva.

Lasciamo da parte i giudizi monocratici, dove la consecuzione temporale tra dispositivo e motivazione non è percepibile (con la rilevante eccezione del processo del lavoro) e dove in un caso - giudizi ordinari davanti al tribunale in composizione monocratica - vi può essere contestualità tra i due elementi se il giudice sceglie la modalità decisoria della lettura in udienza.

Per il processo di tribunale in composizione collegiale, l'art. 276 c.p.c. ci fa sapere che prima il collegio decide e poi l'estensore motiva, anche se - a differenza di quanto, comunque, accade nel processo penale e in sede civile nel processo del lavoro - il dispositivo non acquista esistenza giuridica fino a che non venga depositato, insieme alla motivazione, con la conseguenza di rendere possibile una riconvocazione della la camera di consiglio su richiesta del giudice estensore per una nuova deliberazione (evento peraltro in concreto molto raro).

Non credo neanche che l'esonazione, in linea di principio, dal dovere di motivare i provvedimenti indurrebbe il giudice ad emettere dispositivi indirizzati a mediare le posizioni delle parti più che ad applicare rigorosamente le norme giuridiche coinvolte. Sembra evidente che la stessa eventualità dell'appello con la connessa necessità di stendere la motivazione indurrebbe comunque a cercare la sentenza giusta secondo diritto.

Non credo, infine, che l'istituzione della motivazione a richiesta finirebbe con l'immiserire e ulteriormente burocratizzare il lavoro giurisdizionale. E' vero, molti giudici identificano l'essenza di questo lavoro con la scrittura delle sentenze e da essa ricavano le relative soddisfazioni intellettuali. Ma ciò dipende da una distorsione culturale abbastanza recente, per cui le sentenze sono concepite come un'arena dei giochi combinatori di un libero giurista, invece che come un atto motivato di imperio, di esercizio della sovranità<sup>17</sup>. Senza contare che le suddette soddisfazioni si continuerebbero a provare stendendo la motivazione per la non irrilevante percentuale

---

<sup>16</sup> Consolo, *Attese e problemi sul nuovo art. 186 quater (fra condanna interinale e sentenza abbreviata)*, in *Corr. giur.*, 1995, p. 1416, nota 26 e p. 1417.

<sup>17</sup> Il "carattere teorico-trattatistico della nostra decisione giudiziale" è stato più volte denunciato da Gorla. Cfr., ad esempio, *Raccolta di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziario in Italia*, in *Quaderni del Foro italiano*, 1966, c. 38.

di sentenze in cui essa venga richiesta ai fini del gravame.

**6.-** “Davanti ad un giudice terzo e imparziale”: questa la clausola di chiusura del secondo comma. Anche qui una formula enfatica (un giudice non è giudice se è parziale). Ed una formula inutilmente ripetitiva (quale la differenza tra giudice terzo e giudice imparziale?). A quest’ultimo proposito il significato dell’uso congiunto dei due sinonimi, “la malizia dell’endiadi”, si spiega, probabilmente, pensando che il costituente abbia voluto riferire l’imparzialità alla funzione esercitata nel processo e la terzietà al piano ordinamentale, con implicito accenno alla separazione della carriera tra funzione requirente e funzione giudicante che determinerà sicuramente un prossimo riaccendersi della relativa polemica<sup>18</sup>.

Ad ogni modo, si tratta di una formula che non aggiunge niente di nuovo a quanto ricavabile dal testo originario della Costituzione e dalle successive elaborazioni della Corte costituzionale<sup>19</sup>.

E’ da tempo che in materia di imparzialità del giudice si accumulano le declaratorie che hanno aggiunto nuove ipotesi di incompatibilità rispetto a quelle originariamente previste dal legislatore nei due codici di rito.

In proposito sono dell’opinione che la giurisprudenza della Corte abbia notevolmente esagerato, infilandosi per un percorso –cosa che avviene con una certa frequenza- dove alla tutela attenta delle garanzie fondamentali si sovrappongono scelte di mera opportunità, che dovrebbero essere lasciate al legislatore ordinario.

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

---

<sup>18</sup> Così Ferrua, *Il “giusto processo”*, cit., p. 78.

<sup>19</sup> *Contra*, nel senso che il nuovo secondo comma dell’art. 111 rappresenterebbe una novità di particolare importanza, cfr. Scarselli, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e l’imparzialità del giudice nel processo civile*, in *Questione Giustizia*, 2000, p. 82

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

Il principio di ragione sotteso alla regola è intuitivo. Un essere umano, in modo particolare se si tratta di uno specialista, non è mai proclive a riconoscere di aver commesso un errore nell'esprimere un giudizio, ancorché complesso. La sua imparzialità sarebbe messa a rischio davvero gravissimo, se lo si chiamasse a rivedere criticamente il proprio operato. In altre parole, a contraddirsi. Ma un giudice parziale collide con l'idea stessa di giudice e, correlativamente, di giusto processo.

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

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

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

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

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

Non si contraddice, quel giudice, perché lo sviluppo dell'istruttoria dibattimentale può tranquillamente condurlo a riconoscere irrilevanti ai fini della condanna i medesimi indizi da lui ritenuti a suo tempo idonei –in sede di cognizione sommaria, direbbe un processualcivilista- a giustificare la conferma del



provvedimento restrittivo<sup>20</sup>.

Del resto, mi sembra che la stessa Corte costituzionale si sia resa conto che avrebbe finito con il distruggere la struttura del nuovo processo, perseverando sulla strada intrapresa.

La Corte insegna ora (sentenza n. 177 del 1996, significativamente con un diverso relatore rispetto alla sentenza n. 131) che non sono illegittime le norme le quali prevedono che sia lo stesso giudice del dibattimento, nel suo corso, a provvedere sulle misure cautelari personali. Per essere precisi, i casi affrontati dalla Corte sono quelli riguardanti la pretesa incompatibilità del pretore che, procedendo con rito direttissimo, ha convalidato l'arresto e disposto una misura cautelare nei confronti dell'imputato, da un lato, e del giudice del dibattimento che ha accolto una richiesta del pubblico ministero di applicazione di una misura cautelare personale per un reato concorrente, contestato in dibattimento, dall'altro.

Ma è evidente, a leggere le motivazioni, che la Corte intende accreditare un principio generale nei termini sopra enunciati.

Confessiamo che è alquanto difficile capire come mai l'imparzialità non sia messa a rischio quando il provvedimento cautelare è emesso nel corso del dibattimento e lo sia, invece, quando il giudice chiamato a decidere abbia pronunciato al riguardo in una fase anteriore. Al giurista ingenuo verrebbe spontaneo osservare che è semmai vero il contrario, vista l'influenza esercitata dal trascorrere del tempo sulla memoria e sulla capacità di cambiare opinione, cosicché si dovrebbe ritenere maggiormente prevenuto un giudice che ha appena ordinato la custodia in carcere dell'imputato sottoposto al suo giudizio nel dibattimento, rispetto al giudice che qualche mese o addirittura anno prima si è pronunciato su una richiesta di riesame.

I motivi messi in campo dalla Corte denotano comunque una notevole abilità formale. Si dice che importante è che il giudice non fosse incompatibile nel momento in cui è stato investito del giudizio di merito. Il provvedimento cautelare innestato nel dibattimento non costituisce anticipazione di un giudizio ancora da instaurare, "ma, al contrario, si inserisce nel giudizio del quale il giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato", cosicché, si conclude, (e c'è da rimanere ammirati per il fantastico "spasimo di acume vuoto", direbbe Benedetto Croce) "è la competenza ad adottare il provvedimento dal quale si vorrebbe far

---

<sup>20</sup> Per il rilievo che la cognizione sommaria dei fatti rilevanti non può determinare prevenzione distruttiva dell'imparzialità quando si tratti di apprezzare quei medesimi fatti a cognizione piena cfr. Tarzia, *Il processo di fallimento e l'imparzialità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, p. 24 ss.

derivare l'incompatibilità che presuppone la competenza per il giudizio di merito e si giustifica in ragione di essa".

Ma l'autentica ragione che ha fermato la Corte sull'orlo della declaratoria di incompatibilità la troviamo in altra parte della motivazione, ove dell'imparzialità ci si è (*pour cause*) dimenticati e si riflette sull' "essenza" del processo, "per sua natura costituito da una sequenza di atti, ciascuno dei quali può astrattamente implicare apprezzamenti su quanto risulti nel procedimento ed incidere sui suoi esiti. Non può, quindi essere frammentato, isolando ogni atto che contenga una decisione idonea a manifestare un apprezzamento di merito ma preordinata, accessoria o incidentale rispetto al giudizio del quale il giudice è già investito, per attribuire ogni singola decisione ad un giudice diverso, sino a rompere la necessaria unità del giudizio e la sua intrasferibilità".

Dietro queste parole, ispirate al bagaglio culturale del formalismo concettualista, si intravede la volontà "politica" di esorcizzare due fantasmi, che si sarebbero materializzati, uno dopo l'altro, a voler perseverare con le declaratorie di incompatibilità.

Prima di tutto si sarebbe profilata la necessità di perfezionare anche relativamente al dibattimento la separazione tra competenze cautelari e competenze di merito (con tutto quello che ciò significa in termini di complicazioni processuali e di allocazione di risorse).

Ma poi, quando fossero venute all'esame, continuando con l'inclinazione di partenza, questioni relative ad altri provvedimenti del giudice del dibattimento che possono essere "sintomatici" di una prevenzione nei riguardi del decidere (ad esempio in materia di ammissione di prove), si sarebbe profilata la necessità per il legislatore ordinario (o per un giudice delle leggi ancora più manipolatore di quanto non sia in questi tempi) di rivoluzionare la struttura del processo penale, indirizzandola verso un modello di separazione tra giudice che dirige il processo, risolvendo gli incidenti, e giudice che decide. Un traguardo verso il quale, molto opportunamente direi, non ci si vuole incamminare, anche perché postulerebbe l'introduzione della giuria - istituto estraneo alle nostre tradizioni - non essendo ipotizzabile una rigidissima separazione di competenze tra giudici togati attraverso l'istituzione di due distinte "filieri" giurisdizionali, una destinata alla conduzione del processo, l'altra alla emanazione delle decisioni.

Venendo ora a delineare il quadro dei rapporti con la garanzia dell'imparzialità per il processo civile, possiamo cominciare con l'osservare che un problema non si pone per i provvedimenti

cautelari<sup>21</sup>.

Questo non solo per il vizio di origine delle stesse pronunce in materia penale, ma anche in virtù di peculiarità proprie del giudizio tra i privati.

A parte l'incommensurabilità dei valori in giuoco, la libertà da un lato e la proprietà (in senso largo), dall'altro, esistono ulteriori differenze che connotano le due situazioni, le quali consentono di mantenerle distinte con riguardo alla tenuta della disciplina ordinaria di fronte alla Costituzione.

In primo luogo viene in considerazione una contrapposizione tra cognizione sommaria e cognizione piena assai più penetrante di quella riscontrabile tra provvedimenti cautelari e provvedimenti sul merito in campo penale. In proposito, va ricordato che, rovesciando un'impostazione che fino al 1991 conduceva a ritenere infondata la questione di legittimità relativa alla posizione nel dibattimento di giudici che in altre fasi del processo avessero assunto provvedimenti in tema di libertà personale, la Corte motiva il nuovo orientamento facendo leva sulla nuova, più restrittiva disciplina dei presupposti richiesti per emanare provvedimenti del genere. In virtù delle modifiche apportate via via, e ultimamente con la legge 8 agosto 1995, n. 332, il codice esige ora che gli indizi di colpevolezza siano gravi, esposti nella motivazione del provvedimento, con indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per cui assumono rilevanza, assieme all'indicazione delle ragioni per le quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi di prova forniti dalla difesa, oltre all'accertamento che con la sentenza di condanna non potrà essere concessa la sospensione condizionale della pena.

Facile per il giudice delle leggi (anche se a mio giudizio insufficiente) argomentare, nella ricordata sentenza n. 131 del 24 aprile 1996, (sulla scia della sentenza n. 432 del 1995) che la suddetta disciplina "richiede un giudizio probabilistico in ordine alla colpevolezza assai più approfondito che non in passato, e tale da superare, ai fini della valutazione circa l'esistenza del pregiudizio in ordine alla decisione sulla responsabilità, la distinzione tra valutazioni di tipo indiziario rilevanti in sede di cautela, e giudizio sul merito dell'accusa in sede dibattimentale".

Niente di tutto questo esiste nella disciplina dei provvedimenti cautelari civili.

E' vero che tra i presupposti per la loro emanazione viene compresa, sotto la tradizionale etichetta del *fumus boni juris*, una valutazione in ordine all'esistenza del diritto di cui si chiede la

---

<sup>21</sup> Per l'opinione opposta cfr., peraltro, Scarselli, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e l'imparzialità del giudice*, cit., 87 ss.

cautela.

Ma non si tratta di una valutazione approfondita, sul tipo di quella ora richiesta dal legislatore del processo penale per le misure cautelari personali. Essa è anzi estremamente sommaria, al punto che, nelle prassi concrete, per lo più sfuma, di fronte alla valutazione del *periculum in mora* cui i giudici civili annettono giustamente la maggiore importanza. Forzando un poco le cose si potrebbe dire che, una volta acclarato il *periculum in mora*, il giudice civile si preoccupa dell'altro requisito rovesciando per dir così la prospettiva, e negherà il provvedimento richiesto solo se si renda conto che il diritto cautelando prospettato dall'attore è in realtà *ictu oculi* inesistente.

In secondo luogo si possono utilizzare (confessiamolo, alquanto strumentalmente visto che non ci persuadono, ma: *à la guerre comme à la guerre*) le stesse argomentazioni utilizzate dalla Corte nella più sopra ricordata sentenza di rigetto n. 177 del 1996 emanata in materia penale per negare che l'imparzialità del giudice sia messa a rischio dalla pronuncia di provvedimenti relativi alla libertà personale nel corso del dibattimento. Queste argomentazioni non sono solo utili, ovviamente, per negare l'incompatibilità del giudice di merito ad emanare provvedimenti cautelari in corso di causa. Essi ci servono anche per negare, alla luce della vigente disciplina, l'incompatibilità quando gli stessi provvedimenti sono *ante causam*, in virtù dello strettissimo collegamento non solo funzionale, ma anche cronologico con la fase di merito, da instaurare, in consecuzione necessaria, a pena di inefficacia dello stesso provvedimento, entro il breve termine previsto dall'art. 669 *octies* c.p.c. Di conseguenza, anche il provvedimento *ante causam* può tranquillamente essere considerato, a parafrasare le parole della Corte, "preordinato al giudizio di merito o incidentale rispetto ad esso". Del resto, sfidiamo i dissenzienti a spiegarci quale differenza mai ci sia sul piano della prevenzione che metterebbe a rischio l'imparzialità tra il giudice che concede un sequestro pochi giorni prima che sia notificata la domanda di merito e lo stesso giudice che lo concede pochi giorni dopo che la notifica è avvenuta.

Piuttosto, c'è da sperare che il nuovo testo dell'art. 111 induca il legislatore (o la Corte costituzionale) a prendere posizioni che già da tempo avrebbero dovuto venir prese, istituendo ipotesi di incompatibilità che rispondono alla regola di ragione sopra delineata, in base alla quale non si può chiedere al giudice di contraddirsi in sede di gravame rispetto ad un provvedimento preso con la stessa ampiezza della cognizione o al giudice di giudicare rispetto ad una causa nei cui confronti ha preso iniziative proprie

della parte. Come è noto è la legge fallimentare, il campo elettivo di queste situazioni. Mi limito a rimandare ai relativi approfondimenti, alcuni assai risalenti nel tempo<sup>22</sup>.

Bisogna prestare la massima attenzione, non mi stancherò di ribadirlo, a non confondere situazioni diverse. Situazioni dove ci si trova di fronte a scelte di opportunità, che possono essere operate o no dal legislatore in base ad un bilanciamento di tutti i fattori in gioco (primo tra essi l'efficienza del servizio giurisdizionale) con situazioni dove ci si trova di fronte all'impossibilità della scelta, perché la garanzia costituzionale non sopporta confronti, non guarda in faccia a niente, nella sua limpida, tagliente assolutezza.

All'utente della giustizia potrà anche piacere che il giudice il quale ha concesso un sequestro o un provvedimento d'urgenza diventi incompatibile a giudicare nel merito. Non si sa mai, un altro giudice del medesimo grado potrebbe già in prima approssimazione vedere diversamente le cose. Tutto questo può far comodo, ma non ha niente, proprio niente a che fare con la garanzia costituzionale della terzietà o imparzialità del giudice. Come non vi ha niente a che fare il potere officioso di ammettere prove, anche se qualcuno può ancor oggi essere tentato di pensarlo, malgrado la positiva esperienza del processo del lavoro, nella scia di una tesi ribadita decenni or sono da un autorevolissimo scrittore<sup>23</sup>, in aderenza ad un punto di vista tanto discutibile quanto tradizionale, al punto da emergere in parecchi punti della relazione del Guardasigilli all'"autoritario" codice di rito del 1942.

Da molti anni, con una certa frequenza, sottolineo che il furore analitico di molti interventi legislativi in materia processuale rappresenta il portato di una mancanza di fiducia nei confronti delle capacità professionali dei giudici italiani. Al medesimo rilievo sono costretto oggi con riguardo al "furore garantistico" che circola nella cultura del processo. Il prezzo pagato è la distorsione e pertanto l'immiserimento del reale significato delle garanzie costituzionali, assieme all'assunzione del rischio di veder versate palate di sabbia negli ingranaggi del delicatissimo oltre che per troppi versi assai

---

<sup>22</sup> V. per tutti, da ultimo, Tarzia, Op. cit., p. 13 ss., che ritiene meritevoli di revisione le disposizioni che legittimano il giudice delegato a decidere la causa da lui autorizzata, e a partecipare al collegio investito del reclamo contro i suoi provvedimenti.

<sup>23</sup> Liebman, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960 e poi in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 9 ss.; e vedi anche Montesano, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. trim dir. proc. civ.*, 1978, 189 ss.; ID., *Le prove*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 480 ss.; *contra*, peraltro, cfr. Taruffo, *Liberio convincimento del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990.

sofferente meccanismo giurisdizionale.

Può darsi che quella mancanza di fiducia abbia un qualche fondamento. Ma i rimedi sono ben altri. Si tratta, cosa in astratto semplice, ma nella realtà del nostro Paese difficilissima, di impegnarsi, invece che ad alimentare assurdi sprechi di risorse, nella ristrutturazione delle modalità di reclutamento e di formazione, anche permanente, dei nostri giudici.

7.- *Justice delayed is justice denied*, insegnava Jeremia Bentham oltre un secolo e mezzo addietro. Il che significa, in termini italiani di oggi, che il diritto di azione dei cittadini risulta vulnerato se il sistema non riesce a garantire una “durata ragionevole” dei processi. Se ne è resa conto anche la Corte costituzionale, in un recente *obiter dictum*<sup>24</sup>, dopo aver in passato consentito l’introduzione di tentativi obbligatori di conciliazione osservando che essi non incidono in modo marcato sui tempi processuali<sup>25</sup>.

Ora la clausola finale del secondo comma dell’art. 111, riferendosi ad ogni tipo di processo ci dice che “la legge ne assicura la ragionevole durata”. In questa disposizione c’è un’eco di quanto è stabilito dall’art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, grazie alla quale il governo italiano è stato condannato a pagare notevoli somme ai propri cittadini che hanno ricorso alla Corte di Strasburgo. Ma, come già è stato osservato<sup>26</sup>, mentre la Convenzione attribuisce un vero e proprio diritto soggettivo immediatamente azionabile (“Ogni persona ha diritto ad un’equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole”), il secondo comma dell’art 111 si adegua nel suo dettato al tipo di controllo svolto dalla Corte costituzionale. Essa, a differenza della Corte europea, “non può sindacare la durata del singolo processo ma esclusivamente disposizioni che prevedano tempi lunghi, inutili passaggi di atti da un organo all’altro, formalità superflue, non giustificate da garanzie difensive”<sup>27</sup>.

Anche se la cronica lentezza dei processi italiani dipende essenzialmente dal malfunzionamento delle strutture e anche se la garanzia della ragionevole durata era comunque ricavabile

---

<sup>24</sup> Corte cost. 22 ottobre 1999, n. 388, in tema di legittimità dell’art. 696 c.p.c., dove troviamo scritto che l’effettività della tutela giurisdizionale implica la durata ragionevole del processo. La si può leggere in *Giur.it.*, 2000, 1127 ss., con nota di Didone, *La Corte costituzionale, la ragionevole durata del processo e l’art. 696 c.p.c.*

<sup>25</sup> Cfr., ad esempio Corte Cost. 4 marzo 1992, n. 82, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 1843.

<sup>26</sup> Ferrua, *Il “giusto processo”*, cit., p. 78

<sup>27</sup> Ferrua, *Op. loc. cit.*

indirettamente dall'art. 24, comma 1°, una qualche piccola utilità potrà venir ricavata dalla nuova disposizione. Alla luce del suo chiaro e diretto enunciato, per esempio, potremo sperare che la Corte costituzionale si risolva a rivedere le proprie, numerose, pronunce di rigetto sulla questione circa la disciplina della doppia deserzione **DIREI CHE E' DISERZIONE E VOI?** dell'udienza civile, in passato sollevata indicando come norma costituzionale di raffronto, oltre all'art. 24, l'art. 97 che sancisce il principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione. L'ordinanza di rimessione del 2 febbraio 2000 del Tribunale di Napoli<sup>28</sup>, mette ben in evidenza il contributo delle norme ordinarie impugnate a rendere irragionevoli le durate processuali, grazie all'enorme spreco di risorse e l'immanente irrazionalità sottesa alla necessità di fissare una nuova udienza nel caso di mancata comparizione delle parti, nella stragrande maggioranza dei casi dovuta al raggiungimento di un accordo transattivo al di fuori del processo.

8.-Il lettore avrà certamente colto, soprattutto nello svolgimento dedicato alla motivazione delle sentenze, ai procedimenti camerali e alla imparzialità del giudice, un aspetto per me importante quanto, mi rendo conto, non da tutti condiviso: le garanzie costituzionali del processo non sono da ricostruire in astratto, una volta per tutte, in modo da poterle applicare indifferentemente a qualsiasi tipologia processuale. Esse, invece, possono atteggiarsi e in effetti si atteggiavano diversamente a seconda degli scopi cui i diversi tipi di processo si indirizzano e dunque, in ultima analisi, a seconda dei valori in essi coinvolti.

Esse si atteggiavano diversamente nel processo civile rispetto al processo penale. Prendiamo la fondamentale garanzia del contraddittorio. Qui è lo stesso costituente a sottolineare la differenza. Solo nel processo penale vale il principio del contraddittorio nella formazione della prova. Per quanto la tendenza a generalizzare indebitamente sia molto spinta nel pensiero giuridico, non credo che a qualcuno verrà in mente di sostenere che la regola del contraddittorio nella formazione della prova, espressamente enunciata per il processo penale, deve venir estesa anche al processo civile, quale manifestazione di un implicito principio generale sotteso all'art. 24 e per garantire l'uguaglianza di trattamento dei cittadini nei due processi.

Il principio del contraddittorio nella formazione della prova è nato

---

<sup>28</sup> In *Giur.it.*, 2000, 942, con nota di Didone, *L'art. 181 c.p.c. nuovamente al vaglio della Corte costituzionale.*

negli ordinamenti anglosassoni come elementare regola della moderna civiltà giuridica: quando la libertà o addirittura la vita sono messe a rischio l'accusato deve poter vedere in faccia e direttamente contestare i testimoni portati dall'accusa. Si tratta appunto di quegli stessi ordinamenti in cui, sotto forma di *affidavit*, sono tranquillamente ammesse nei processi civili le testimonianze scritte. D'altronde, volendoci riferire ad una cultura del processo più vicina alla nostra, le testimonianze scritte, sotto forma di *attestations*, stanno contribuendo, ormai da qualche anno, al recupero di celerità dei processi francesi.

Dunque, in quegli ordinamenti, la prova orale per eccellenza può venir formata al di fuori del contraddittorio e venir introdotta nel processo sotto forma documentale, quando si tratti di processi civili. Lo stesso potrà avvenire (mi auguro che avvenga) per il processo civile italiano<sup>29</sup>, dove - per espressa volontà costituzionale - il principio del contraddittorio sancito nel secondo comma dell'art. 111 allude non alla formazione della prova, bensì alla dialettica tra le parti, che si può attuare anche sulla "verbalizzazione" attuata al di fuori del processo della dichiarazioni di terzi informati sui fatti della causa, salva sempre la facoltà per il giudice o per le parti di controllare tali dichiarazioni con l'esame del testimone in udienza.

---

<sup>29</sup> Come è noto, su questa linea si è già mosso il nostro legislatore per il processo arbitrale, dove, ai sensi del recente art 819 *ter*, "gli arbitri...possono deliberare di assumere la deposizione chiedendo ai testimoni di fornire per iscritto risposte a quesiti nel termine che essi stessi stabiliscono".