

GIUSTO PROCESSO, ACCERTAMENTO DELLA VERITÀ MATERIALE E «IMPARZIALITÀ» DEL GIUDICE

SOMMARIO: 1. Il giusto processo nella dottrina pubblicistica. – 2. La portata innovativa dell'art. 111, commi 1° e 2°, Cost. nella giurisprudenza. – 3. Il giusto processo e l'accertamento della verità materiale. – 4. Giusto processo, riforme strutturali e «nuova professionalità» del giudice. – 5. L'«imparzialità» del giudice e l'esercizio d'ufficio dei poteri istruttori. – 6. L'«imparzialità» del giudice come preconditione del processo giusto. – 7. Conclusioni.

1. – La legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 approvata dal Parlamento con voto pressoché unanime, ha introdotto, come è stato puntualmente rilevato, nella nostra Carta fondamentale cinque nuovi commi nell'art. 111 (norma di esordio della sezione dedicata alla giurisdizione), di cui i primi due sono volti ad enunciare una serie di garanzie generali applicabili a tutti i processi, mentre i tre successivi sono dedicati al processo penale.

Si è ricordato come il «modello internazionale» del giusto processo trovi i propri principali fondamenti negli artt. 10 e 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (proclamata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948) nonché negli artt. 5 e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (sottoscritta a Roma il 4 dicembre 1950 e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955 n. 848), ed ancora nell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (approvato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge 25 ottobre 1977 n. 881)(1). E si è anche ribadito come la consapevolezza della rilevanza del principio del «giusto processo», che trova la sua origine nelle ricordate fonti normative, si sia via via rafforzata e diffusa sino ad essere ora comunemente accolta nelle moderne democrazie occidentali (2), precisandosi poi con

(1) Cfr. sul punto ed anche più in generale per la collocazione del giusto processo nel sistema delle fonti del diritto: A. Andronio, *sub* art. 111, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, vol. III, Torino 2006, 2106.

(2) Sull'art. 111 della Carta Costituzionale con specifico riferimento al giudizio civile, cfr. tra i tanti contributi: S. Chiarloni, *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, App. II, Milano 2008, 403 ss.; G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del «nuovo» art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1185 ss.; N. Trocker, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, *ivi* 2001, 381 ss.; M.G. Civini, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il «giusto processo civile». Le garanzie*, in *Il nuovo*

specifico riferimento al nostro Paese come la trasformazione di tale nozione in un principio di assoluta rilevanza istituzionale possa essere vista – al di là dei fattori contingenti che hanno contribuito a determinarla – quale punto di arrivo di un lungo percorso evolutivo, condotto sia sul versante dottrinale, soprattutto comparativistico, sia su quello giurisprudenziale.

Nel ricordare in breve la storia della norma in esame si sono fatte risalire agli inizi degli anni 50 del secolo scorso le prime riflessioni scientifiche sulla garanzia del *due process of law* (di tradizione anglo-americana), proseguite poi nel decennio successivo con l'intento di avvalorarne l'immanenza anche nella nostra Carta Costituzionale, segnatamente sulla scorta di una lettura evolutiva dell'art. 24 Cost., compiuta nel frattempo dal giudice delle leggi attraverso quella sua opera di concretizzazione dei principi costituzionali che ha saputo trasformarli da garanzie puramente formali in garanzie sostanziali (3). E sempre con un approccio storico, necessariamente sintetico, si è da ultimo rimarcato come successivamente alle modifiche all'originario testo dell'art. 111 Cost. ed, a seguito dell'ampio ed articolato dibattito sorto su tali modifiche, siano emerse due contrapposte posizioni.

Ed invero alcuni autori hanno ritenuto che i nuovi commi 1° e 2° dell'art. 111 Cost. non hanno determinato un mutamento rispetto al quadro normativo precedente ed hanno così sostenuto che non è dato rinvenire un solo caso in cui possa ora essere dichiarata l'illegittimità di una norma ordinaria che non si sarebbe potuta dichiarare in precedenza, sia perché le garanzie del processo potevano essere ricavate da svariate norme della Carta costituzionale – *in primis* dall'art. 24, nella sua connessione con l'art. 3 (diritto d'azione e di difesa correlato con il rispetto del contraddittorio e della parità delle armi) – sia perché l'imparzialità del giudice già trovava la sua fonte oltre che nell'art. 101, comma 2° (cioè nella soggezione del giudice soltanto alla legge) anche nell'art. 104, comma 4° (e cioè nella indipendenza e autonomia del giudice).

Altri autori, al contrario, hanno sostenuto che le suddette disposizioni rappresentano una rifondazione delle garanzie costituzionali del processo in ragione della clausola «regolato dalla legge» del primo comma dell'art. 111 Cost (che avrebbe tra l'altro l'effetto di determinare la sicura incostituzionalità dei processi contenzio-

art. 111 della costituzione e il giusto processo civile (Atti del Convegno dell'Elba 9-10 giugno 2000) a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano 2001, 631 ss.; A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.* 2000, V, 241 ss. Per il giudizio amministrativo vedi per tutti F.G. Scoca, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa* a cura dello stesso autore, Torino 2006, 141 ss.; E. Picozza, *Il «giusto» processo amministrativo*, in *Cons. Stato* 2000, 1061; cui *adde*, infine, per il processo penale: G. Pecorella, *Il giusto processo. Quale il ruolo dell'avvocato? Quali riforme?*, in *Dir. pen. proc.* 2012, 82 ss.; P. Ferrua, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 Cost.*, in *Quest. giust.* 2000, 49 ss. e, più di recente, Id., *Il giusto processo*, Bologna 2005.

(3) Così, F. Rota, *I principi costituzionali*, in V. Denti, *La giustizia civile. Lezioni introduttive*, a cura di F. Cuomo Ulloa, C. Gamba, L. Passanante, F. Rota, E. Silvestri e M. Taruffo, Bologna 2004, 71.

si camerali indirizzati ad incidere su *status* o su diritti senza la possibilità di un successivo controllo secondo il modulo processuale ordinario) nonché della ulteriore clausola «giudice terzo e imparziale» del secondo comma (che determinerebbe nuove forme di incompatibilità del giudice alla partecipazione al giudizio)(4).

2. – A ben vedere, il vigente testo dell'art. 111 Cost., se letto nel suo complesso e non in una ottica atomistica incentrata sulle singole disposizioni, è destinato ad assumere incisive ricadute sull'intero assetto processuale.

Ed invero il carattere innovativo della disposizione in commento non può essere in alcun modo negato, solo che si consideri come il Parlamento abbia voluto consapevolmente procedere – come è stato puntualmente evidenziato – ad una modifica diretta del testo della Costituzione, anziché conferire rango costituzionale alle norme contenute nelle fonti internazionali sui diritti umani, attraverso l'adozione di una legge costituzionale che sostituisse le leggi ordinarie di esecuzione di dette convenzioni, oppure attraverso l'inserimento in Costituzione di una clausola di adattamento automatico simile a quella dell'art. 10, comma 1°, specificamente rivolta al diritto internazionale (in materia di diritti dell'uomo) di origine pattizia.

La soluzione seguita con l'individuazione di un preciso parametro per saggiare la costituzionalità delle norme di diritto interno ha sicuramente ridimensionato, se non del tutto eliminato, dubbi ed incertezze scaturenti da sempre possibili contrasti tra organi internazionali e organi giurisdizionali nazionali (5).

Sotto altro versante non può inoltre sottacersi che la ragione storica della indicata riforma va anche ricollegata alla acquisita e generalizzata presa di coscienza che in epoca precedente il principio del contraddittorio ed il diritto di difesa avevano finito nel processo penale per subire incisive limitazioni soprattutto in ordine alla formazione delle prove essendosi assegnato all'organo della accusa, cioè al

(4) Per un esauriente panorama delle diverse opinioni dottrinarie sulla portata dei primi due commi dell'art. 111 Cost. cfr. S. Chiarloni, *Giusto processo*, cit., 404 ss., che – nel condividere il primo indirizzo dottrinario e nel formulare riserve sul secondo – osserva che il significato della clausola «regolato dalla legge» stia semplicemente a significare che secondo il comma 1 dell'art. 111 il processo non può essere regolato da altre fonti normative riaffermando così una riserva di legge in materia processuale, da sempre presente nel nostro ordinamento (Id., *op. cit.*, 410 s.); e che rileva poi che la clausola di chiusura del comma 2 («davanti a giudice terzo e imparziale») configuri solo una formula da un lato enfatica (un giudice non è giudice se è parziale) e dall'altro inutilmente ripetitiva (quale la differenza tra giudice terzo e giudice imparziale?) (Id., *op. cit.*, 415 s.).

(5) Cfr., sul punto, A. Andronio, *op. cit.*, 2107, secondo cui il legislatore ha inteso escludere in radice dal testo costituzionale il richiamo a formule che consentano, in termini espliciti, la limitazione o la riduzione delle garanzie attinenti alle modalità di esercizio della giurisdizione secondo il canone del «giusto processo». In precedenza sempre sulla scelta del Parlamento di procedere ad una modifica diretta del testo della Costituzione vedi M. Cecchetti, *La riforma dell'art. 111 Cost.: tra fonti preesistenti, modifica della Costituzione, diritto intertemporale e adeguamento della legislazione ordinaria*, in *Osservatorio sulle fonti 2000*, a cura di U. De Siervo, Torino 2001, § 3.1.

pubblico ministero, «una posizione di vantaggio» rispetto ai poteri riconosciuti al difensore dell'imputato, sicché per impedire tale disparità di trattamento il legislatore ha modificato l'art. 111 Cost., costituzionalizzando il principio del «giusto processo», ed introducendo in tal modo specifiche disposizioni che, seppure dettate in primo luogo per il processo penale, non possono non assumere una portata di carattere generale con diretti e rilevanti effetti sull'intero ordinamento processuale (6).

E la tesi che la modifica apportata all'originario testo dell'art. 111 non avesse un valore meramente evocativo di una pluralità di principi già contenuti nella Carta Costituzionale ma portasse in sé una carica innovativa destinata a concretizzarsi nell'ordinamento processuale è attestato oltre che da rilevanti interventi del legislatore ordinario (7) anche dalla giurisprudenza, cui va ormai riconosciuto il ruolo produttivo di regole di diritto (8).

Ed invero i giudici di legittimità sono stati pronti nel recepire il significato e la portata espansiva della norma scrutinata riconoscendo alla stessa una indubbia capacità di sollecitare una rivisitazione di punti nodali del rito ordinario e di quello del lavoro, con effetti indubbiamente positivi anche sul piano socio-economico.

Ed invero la giurisprudenza con l'avere coniugato il principio del «giusto processo» con quello della sua «ragionevole durata» – in ragione di una loro innegabile connessione – ha rimarcato più volte che un processo destinato a protrarsi nel tempo ha insopportabili costi umani per tradursi in un «processo ingiusto», ed è per di più destinato a produrre negative conseguenze sul versante socio-economico sia per la crescita a dismisura dei costi della giustizia stante il numero imponente delle decisioni di condanna di cui è destinatario il nostro paese a livello

(6) Sul punto per la ragione storica della riforma dell'art. 111 Cost. vedi per tutti R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino 2004, 267 s.

(7) Doveroso al riguardo è il richiamo al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e alla l. 18 giugno 2009, n. 69, volti per opinione comune al rafforzamento del ruolo nomofilattico della Cassazione che, per essere correlato alla salvaguardia del principio dell'art. 3 Cost. – per garantire una effettiva uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge attraverso una uniforme interpretazione oltre che delle norme sostanziali anche di quelle processuali – risulta condizione necessaria per il perseguimento del «giusto processo». Per una esame della nomofilachia alla luce dell'art. 3 Cost., vedi tra i molti: S. Senese, *Funzioni di legittimità e ruolo di nomofilachia*, in *Foro it.* 1987, V, 264 e, più di recente, G. Vidiri, *La nuova nomofilachia: Diritti più certi e processi più rapidi?*, in *Il nuovo giudizio di cassazione* a cura di G. Ianniriberto e U. Morcavallo, Milano 2007, 17 ss.

(8) Ritiene P. Grossi, *Il diritto tra potere ed ordinamento*, Napoli 2005, 53 s., che oggi «nessun giurista munito di sensibilità storica e di elementare buon senso negherebbe alla dottrina e alla giurisprudenza pratica un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo, e quindi un ruolo produttivo di regole giuridiche», e per analoga considerazione, U. Morcavallo, *Il diritto applicabile e la sua individuazione, Appunti per la massimazione e per una rassegna di giurisprudenza nella prospettiva nomofilattica del giudizio di legittimità*, in *Giust. civ.* 2006, II, 160, il quale rimarca come emerga una sempre maggiore tendenza a configurare anche per gli ordinamenti di *civil law* «una efficacia del precedente non meramente persuasiva, ma *ex se*, per il solo fatto di esistere».

comunitario (9), sia per il mancato investimento nel nostro territorio di capitali stranieri dovuto in qualche misura ad un sistema giudiziario incapace di garantire il pronto ripristino dei diritti lesi (10).

Ed a conforto dell'assunto secondo cui la garanzia apprestata dell'art. 111, comma 2°, Cost. è stata vista come «parametro di costituzionalità delle norme processuali» – per essere oggetto «oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello di un giudizio equo ed imparziale» (11) – è opportuno rammentare a titolo puramente esemplificativo come, sempre in ossequio alla «ragionevole durata» del processo, si sia finito per affermare anche che non si debba concedere il termine per eseguire la notificazione dell'impugnazione ai litisconsorti necessari ai sensi dell'art. 331 c.p.c. allorché la impugnazione vada rigettata perché palesemente infondata nel merito (12), né che si debba concedere il termine per la notificazione del ricorso ad una delle due parti totalmente vittoriosa nel merito allorché il ricorso risulti inammissibile e/o improcedibile (13). Statuizioni queste ultime che forniscono la riprova

(9) Va al riguardo rammentato che Cass., sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1338 e Cass., sez. un., 26 gennaio 2004, n. 1340, in *Foro it.* 2004, I, 693 con osservazioni di P. Gallo ed ancora in *Giust. civ.* 2004, I, 907, con nota di F. Morozzo Della Rocca, *Durata irragionevole del processo e presunzione di danno non patrimoniale*, hanno riconosciuto la riparazione del danno sia patrimoniale che non patrimoniale derivante dall'eccessiva durata del processo, statuendo in relazione al relativo onere probatorio che mentre il danno patrimoniale deve formare oggetto di specifica allegazione e prova da parte del ricorrente, quello non patrimoniale (non potendosi accettare la tesi del c.d. danno-evento, cioè del danno non patrimoniale insito nella violazione del principio della ragionevole durata del processo) configura una conseguenza di detta violazione che, verificandosi normalmente, può ritenersi sussistente secondo l'*id quod plerumque accidit*, senza bisogno di alcun sostegno probatorio relativo al singolo caso. Sul punto, cfr., più di recente, Cass. 23 giugno 2010, n. 13731 nonché, da ultimo, Cass. 23 novembre 2011, n. 24696, che ribadiscono l'assunto secondo cui in tema di equa riparazione ai sensi dell'art. 2 l. 24 marzo 2001, n. 89, il danno non patrimoniale è conseguenza normale, ancorché non automatica e necessaria, della violazione del principio della «ragionevole durata» sicché, pur dovendosi escludere una sua configurabilità *in re ipsa*, una volta accertata la suddetta violazione, deve reputarsi sussistente il danno non patrimoniale in mancanza di una prova contraria.

(10) Ricordava qualche anno fa P. Savona, *Geopolitica economica*, Milano 2004, 177 s., che in due indagini condotte dallo Studio Ambrosetti per conto del gruppo bancario Intesa BCI e della Siemens Italia (il più grande ente di ricerca operante nel nostro Paese) era stato appurato che gli investimenti esteri si dirigono dove la politica, nelle sue manifestazioni legislative ed in quelle pratiche, mostra una attitudine positiva verso il mondo delle imprese, e dove gli operatori hanno la vocazione di rispettare gli impegni presi, ovvero dove «il clima degli affari è favorevole» o lo è «il regime economico» (Id., *op. cit.*, 63, nt. 20).

(11) Così, Corte Cost. 21 marzo 2002 n. 78, in *Foro it.* 2002, I, 1611.

(12) Cfr., in tali sensi, Cass. 22 gennaio 2010, n. 2723, in questa *Rivista* 2011, 223, con nota di G. Fanelli, *Note sulla «sollecita» e «sostanziale» definizione del giudizio alla luce del principio di ragionevole durata del processo e del nuovo art. 360 bis, comma 2, c.p.c.*

(13) In tali sensi, vedi Cass., sez. un., 3 novembre 2008, n. 25373, in *Giur. it.* 2009, 668, con nota di A. Didone, *Le Sezioni Unite e la ragionevole durata del processo*, nonché in questa

che l'osservanza del principio del giusto processo ha indotto la giurisprudenza a giustificare violazioni di regole processuali – in precedenza sempre considerate causa di nullità della decisione – ed a ritenerle invece talvolta prive di censurabili ricadute in ragione della peculiarità della fattispecie da regolare. Il che deve indurre la dottrina a rivisitare su nuove basi il generale e complesso tema delle nullità processuali, finora ancorato su approdi e opzioni culturali non più permeabili alle nuove esigenze, e a rimodulare conseguentemente – sulla base di un diverso e rinnovato bilanciamento degli interessi in gioco (14) – il discrimine tra *la forma*, che incide sulla validità dell'atto processuale allorquando si vengano a ledere le regole fondanti del giusto processo, ed *il formalismo*, che è volto invece ad una automa-

Rivista 2009, 1684, con nota di L. Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*. Uno scrutinio sui *dicta* in materia processuale dei giudici di legittimità porta a ribadire come non sia certo episodico, ma invece costante da parte di detti giudici, il riferimento all'art. 111 Cost. e specificamente al principio della «ragionevole durata» del processo, al fine di pervenire ad opzioni ermeneutiche che riducano i tempi della giustizia attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme di rito. A tale riguardo possono tra le altre richiamarsi Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202 e Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8203, in questa *Rivista* 2005, 1051, con nota di B. Cavallone, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.* ed ancora in *Giust. civ.* 2006, I, 143, con nota di G. Raiti, *Due grands arrêts delle sezioni unite sull'ammissione di nuovi documenti nell'appello ordinario e in quello del lavoro*, che hanno statuito sia per il rito del lavoro che per quello ordinario il divieto in sede di appello di nuovi mezzi di prova – tra i quali devono annoverarsi anche i documenti – dovendosi a tali fini equipararsi le prove precostituite a quelle costituende; Cass., sez. un., 30 luglio 2008, n. 20604, in *Corriere giur.* 2009, 199, con nota di M. Pilloni, *Le S.U. ed il divieto di rinnovazione della notifica inesistente nella prospettiva del giusto processo*, per la quale nel rito del lavoro, il principio secondo il quale l'appello, pur tempestivamente proposto nel termine, è improcedibile ove la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione dell'udienza non sia avvenuta, è applicabile al procedimento per opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di lavoro per cui, anche in tale procedimento, la mancata notifica del ricorso in opposizione e del decreto, determina l'improcedibilità dell'opposizione e con essa l'esecutività del decreto ingiuntivo opposto. Per un *excursus* sulle numerose sentenze dei giudici di legittimità che hanno – a conforto dei principi enunciati – fatto riferimento alla norma dell'art. 111 Cost., vedi G. Vidiri, *La «ragionevole durata» del processo: interventi normativi e giurisprudenza di legittimità*, in *Corriere giur.* 2008, 585 s.

(14) Cfr. al riguardo, da ultimo, Cass. 1° marzo 2012, n. 3189 che, nel rigettare per insufficiente motivazione una istanza di rinvio e riunione – afferente ad un ricorso di cassazione di una sentenza di revocazione ed ad altri due ricorsi per cassazione relativi alla stessa vicenda – ha statuito che il rispetto del diritto fondamentale a una ragionevole durata del processo impone al giudice, ai sensi degli artt. 175 e 127 c.p.c., di evitare e di impedire comportamenti che siano di ostacolo a una sollecita definizione dello stesso, sicché l'istanza per la trattazione congiunta di una pluralità di giudizi aventi lo stesso oggetto, non espressamente contemplata dagli artt. 115 e 82 disp. att. c.p.c., «deve essere sorretta da ragioni idonee ad evidenziare i benefici suscettibili di bilanciare gli inevitabili ritardi conseguiti all'accoglimento della richiesta, bilanciamento che deve essere effettuato con particolare rigore nel giudizio di cassazione in considerazione dell'impulso d'ufficio che lo caratterizza».

tica e cieca osservanza della norma anche in quei casi in cui la sua applicazione finisce per determinare una dilatazione dei tempi della giustizia non giustificata da alcun valido e ragionevole motivo (15).

E che la regola del giusto processo caratterizzi ogni tipo di giudizio, compreso quello penale, è attestato anche dalla considerazione che una delle direttrici lungo le quali si è sviluppata la disciplina delle nullità nel processo è rappresentata ancora una volta dalla durata ragionevole del processo, che porta – in ragione del grado di difformità dell'atto dal suo modello legale e dalla specifica gravità del vizio – a graduare le risposte sanzionatorie al precipuo fine di evitare esegesi volte a legittimare pretestuose dilatazioni dei tempi della risposta giudiziaria con immeritati benefici anche in termini di prescrizione del reato (16); considerazioni queste che hanno condotto di recente anche alla statuizione secondo cui nel procedimento penale camerale il termine di deducibilità della nullità a regime intermedio scaturente dalla omessa notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza ad uno dei difensori dell'imputato è quello della deliberazione della sentenza nello stesso grado, seppure l'udienza si sia svolta in assenza dell'imputato e dell'altro difensore, regolarmente avvisati (17).

(15) In relazione al diritto sostanziale – ma con considerazioni valide anche con riferimento al diritto processuale – è stato osservato che mentre dietro la forma sono riscontrabili sempre valori, interessi umani e, quindi, spezzoni di vita, dietro il formalismo vi è il nulla, o meglio, l'inanimato, sicché non pare del tutto inappropriato affermare che nella vita del diritto la differenza tra formalismo e forma è in certa misura assimilabile a quella che nell'immaginario quotidiano si riscontra tra l'abito che «copre» un manichino e quello che «veste» un uomo (così G. Vidiri, *Forme e formalismo: l'annullabilità del testamento olografo e la incompletezza della data*, in *Giust. civ.* 2009, I, 1993). Per l'assunto che forma e formalismo sono termini che non hanno nulla in comune vedi S. Satta, *Il formalismo nel processo*, in *Il mistero del processo*, Milano 1994, 84 s., il quale rileva che «la povertà del linguaggio riconduce l'uno e l'altro all'idea di forma, ma è chiaro che questa parola è usata in due sensi completamente diversi ed opposti: l'uno è quello scolastico di essenza di cosa, il senso di Dante ('e questa è forma/che l'universo a Dio fa somigliante' *Paradiso*, I, 104 s.; anzi è formale 'ad esto beato esse': *Paradiso*, III, 79, ecc.); l'altro è quello empirico di esteriorità a cui non corrisponde nessuna essenza», concludendo poi che quando «si parla di processo formale si confonde (...) la forma essenziale con la forma esteriore».

(16) Al riguardo vedi da ultimo in argomento cfr. R. Mastrototaro, *Garanzie difensive e giusto processo: un binomio essenziale per il giusto processo*, in *Foro it.* 2012, II, 127 s.; A. Scarcella, *Omesso avviso dell'udienza al secondo difensore, sanatoria della nullità a regime intermedio e onere comportamentale del codifensore comparso*, in *Cass. pen.* 2010, 896.

(17) Così Cass., sez. un., 27 gennaio – 1° giugno 2011, n. 22242, in *Foro it.* 2012, II, 117, con nota critica di R. Mastrototaro, *op. loc. ult. cit.*, ed in *Cass. pen.* 2011, 3729, con nota di G. Santalucia, *Il termine ultimo di deducibilità della nullità derivante dall'omessa notifica dell'avviso dell'udienza camerale di appello ad uno dei difensori dell'imputato*, che a conforto della decisione richiama il dovere di lealtà che «comporta che anche l'attività della difesa debba convergere verso la finalità di un processo di ragionevole durata, poiché si tratta di un risultato il cui perseguimento deve essere a carico di tutti i soggetti processuali, una volta rispettate le insopprimibili garanzie difensive, le quali perdono il loro connotato di garanzie se sono interpretate in modo distorto rispetto alla loro essenza».

3. – È opinione da tutti condivisa che il processo giusto, oltre che qualificarsi, come già detto, per la sua «ragionevole durata» deve affermare i principi del contraddittorio, della parità delle parti, e della terzietà ed imparzialità del giudice, postulando quindi: che i soggetti destinatari degli effetti di un provvedimento giurisdizionale siano messi in condizione di difendersi nel processo prima che il provvedimento sia emanato, e che versino in condizioni di parità (anche se compatibilmente con le loro diverse posizioni processuali) davanti ad un giudice istituzionalmente indipendente e concretamente imparziale (18).

Nell'indicare i presupposti indispensabili per la configurabilità del «giusto processo» non si riscontra invece uniformità di opinioni sulla portata da assegnare alla riserva di cui al primo comma dell'art. 111 Cost. in relazione all'esercizio dei poteri del giudice.

Ed invero un indirizzo dottrinario ritiene che siano stati attribuiti dal legislatore al giudice poteri discrezionali solo in tema di governo del processo, e non invece allorquando i suoi atti siano capaci di influire sul contenuto della decisione. Si è sostenuto sul punto che il giusto processo (*a fortiori* se «regolato dalla legge») impone una rigida predeterminazione legale dei poteri del giudice sicché – ove ciò non accada – sarà giocoforza o rimettere le norme che detti poteri regolano alla Corte Costituzionale o invece procedere ad una interpretazione adeguatrice volta a modellarne l'esercizio ed il contenuto nel rispetto della Costituzione (19).

Altro indirizzo poi è volto a patrocinare più in generale la tesi che, al di là delle questioni legate a singoli istituti processuali, il criterio generale per valutare la legittimità costituzionale di norme che attribuiscono al giudice spazi di discrezionalità nella conformazione del processo è quello della «ragionevolezza» per cui è necessario operare un bilanciamento fra diverse esigenze sì da potersi giustificare l'attribuzione di una discrezionalità al giudice nello svolgimento del giudizio unicamente nella misura in cui si realizza una delle finalità del giusto processo, ad esempio sotto il profilo della sua «ragionevole durata» (20).

(18) Cfr. al riguardo A. Andronio, *op. cit.*, 2113.

(19) In tali sensi, A. Proto Pisani, *Il nuovo art. 111 Cost.*, cit., 243, che tra i poteri capaci di incidere sulla decisione finale della controversia richiama a titolo esemplificativo i poteri di rilievo d'ufficio del difetto di presupposti processuali, delle questioni di fatto o di diritto relativi al merito della controversia nonché i poteri istruttori d'ufficio, cui *adde* E. Fabiani, *Brevi note sulla sindacabilità in sede di legittimità del potere del giudice del lavoro di deferire il giuramento suppletorio*, in *Foro it.* 2003, I, 3107 ss., che – dopo avere operato un netto distinguo tra poteri attinenti al mero governo del processo e poteri capaci di influire sulla portata e sul contenuto della decisione del giudice – evidenzia con riferimento al giuramento suppletorio che nel rispetto del giusto processo detto deferimento «deve necessariamente uniformarsi a determinati criteri da individuarsi dalla Corte di Cassazione in considerazione della funzione nomofilattica che l'ordinamento le attribuisce», precisando anche che detto potere «è suscettibile di essere controllato, anche in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360 n. 3, 4 e 5 c.p.c.».

(20) In questi termini vedi A. Andronio, *op. cit.*, 2112 s., che ponendosi inoltre il problema generale se, in materie coperte dalla riserva di legge, la Corte Costituzionale possa pronunciare

Ma diversità di opinioni si rinvencono anche in relazione al rapporto tra processo e accertamento della verità materiale. Ed invero i teorici della c.d. *procedural justice* ritengono comunque irrilevante la qualità ed il contenuto della decisione perché affermano che di giustizia si possa parlare soltanto a proposito del procedimento e non della decisione che lo conclude, rilevando al riguardo che la decisione viene legittimata e, conseguentemente, accettata in ragione del rispetto delle norme di rito che regolano il processo ed il suo svolgimento e non invece in funzione del suo contenuto (21). Teoria questa cui si è contestato che il processo, ed in particolare il «giusto» processo, non può essere indifferente rispetto alla verità dei fatti e tanto meno la verità può essere considerata come una sorta di disvalore o di inconveniente che è opportuno evitare nel contesto del processo perché al contrario «la verità dei fatti costituisce una condizione *necessaria* della giustizia della decisione, è come tale è un obiettivo che il processo deve tendere a realizzare» (22).

Contro quanti sostengono – sulla base del principio dispositivo volto a considerare il processo come «cosa privata delle parti» – che l'accertamento della verità materiale può e deve fondarsi unicamente sull'attività probatoria delle parti e sul loro monopolio dei mezzi di prova, si è invece ribadito che un processo che voglia pervenire ad un siffatto accertamento non può prescindere dall'attribuzione al giudice di adeguati poteri di iniziativa istruttoria attraverso regole tecniche in senso proprio volte a prescrivere comportamenti (le iniziative probatorie di ufficio) finalizzati appunto al conseguimento di un obiettivo costituito dall'accertamento della verità dei fatti. E proseguendo in tale direzione – e prendendo le distanze dall'orientamento che in precedenza considerava i poteri istruttori del giudice come puramente discrezionali – si è qualificato l'esercizio di tali poteri in termini di *potere-dovere*, ossia, in sostanza, in termini di *dovere*, con la conseguenza che il loro mancato esercizio diventa censurabile in sede di legittimità allorquando la prova acquisibile d'ufficio, ma non disposta dal giudice, appaia necessaria per l'accertamento della verità (23).

sentenze additive o manipolative dà a tale problema risposta positiva affermando che con tali tipi di decisioni la Corte non innova ma si limita, come in ogni altra sua pronunzia con efficacia *extunc*, a definire il contenuto che la legge già aveva in sé.

(21) Cfr. al riguardo gli scritti di O.G. Chase, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, tr. it., Bari 2009, e di A. Garapon, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano 2007, cui adde sui sostenitori della *procedural justice*: M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009.

(22) In questi esatti termini M. Taruffo, *sub art.* 115, in A. Carratta, M. Taruffo, *Poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile, Libro primo: disposizioni generali – artt. 112-120*, a cura di S. Chiarloni, Bologna 2011, 473, che evidenzia come rimanga a carico di tutti «i nemici della verità» un onere dimostrativo che nessuno sembra avere assolto in modo adeguato, ossia la dimostrazione dell'accettabilità della tesi per cui è utile ed opportuno avere un processo che si concluda con un accertamento errato dei fatti della causa o – nella ipotesi migliore – con una decisione in fatto che possa essere veritiera o falsa.

(23) Più in generale sui poteri istruttori del giudice vedi M. Taruffo, *op. cit.*, 470-477, che

Anche nella giurisprudenza di legittimità si è ribadito più volte che l'esercizio dei poteri d'ufficio del giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, si presenta come un *potere-dovere*, sicché il giudice non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo egli anche l'obbligo – in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 c.p.c. ed al disposto di cui all'art. 111, comma 1°, Cost. sul «giusto processo regolato dalla legge» – di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso (24).

Il suddetto principio, ribadito costantemente come caratterizzante il rito del lavoro perché fondato sul disposto degli artt. 421 e 437 c.p.c., è stato visto come significativa espressione di ragioni di carattere generale tanto da doversi ritenere estensibile a tutte le situazioni in cui – anche nel rito ordinario – il giudice ha il potere di disporre prove d'ufficio (25).

Orbene, senza avere certo la presunzione di dire qualcosa di nuovo nella polemica di recente ravvivatasi tra i «cultori della verità» ed i c.d. «verifobici» (26),

per quanto attiene alla qualifica come *potere-dovere* dell'esercizio di detti poteri fa riferimento (Id., *op. cit.*, 447, nt. 22) a Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, che si legge in *Foro it.* 2005, I, 1135, con nota di E. Fabiani, *Le sezioni unite intervengono sui poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro*.

(24) Cfr., al riguardo, Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353 cit., pubblicata anche in *Riv. giur. lav. prev. soc.* 2005, 95, con nota di F. Fabbri, *Il ruolo delle parti nel processo del lavoro e la «circolarità» degli oneri probatori: una nuova decisione delle sezioni unite*, e più di recente, *ex plurimis*, Cass. 25 luglio 2011, n. 16182, che precisa anche che l'esercizio del potere d'ufficio del giudice debba considerarsi doveroso solo allorquando si sia in presenza di allegazioni e di un quadro probatorio che, pur delineati dalla parti, presentino incertezze, e che, conseguentemente, in tema di prova testimoniale, ove i testi siano chiamati a deporre su specifiche circostanze di fatto tempestivamente dedotte dalla parte, tale collegamento tra onere di allegazione e prova risulta rafforzato al punto che, anche in omaggio al principio costituzionale di ragionevole durata del processo, ne è impedito il frazionamento tra il primo ed il secondo grado di giudizio; Cass. 21 maggio 2009, n. 11847, che rileva come i poteri istruttori officiosi di cui all'art. 421 c.p.c. non possono sopperire alle carenze probatorie delle parti – come nel caso di mancata indicazione nel ricorso dei capitoli di prova testimoniale – così da porre il giudice in funzione sostitutiva degli oneri delle parti medesime e da tradurre i poteri officiosi anzidetti in poteri d'indagine e di acquisizione del tipo di quelli propri del procedimento penale; Cass. 26 maggio 2010, n. 12856, secondo cui, stante l'esigenza di contemperare il principio dispositivo con quello della ricerca della verità materiale, allorché le risultanze di causa offrano significativi dati di indagine, il giudice, anche in grado di appello, ove reputi insufficienti le prove già acquisite può, anche d'ufficio, ammettere le prove indispensabili per la dimostrazione o la negazione di fatti costitutivi dei diritti in contestazione, sempre che tali fatti siano stati puntualmente allegati o contestati e sussistano altri mezzi istruttori, ritualmente dedotti e già acquisiti, meritevoli di approfondimento; ed infine, in epoca più risalente, Cass. 9 novembre 2006, n. 23882, in *Giust. civ.* 2007, I, 388.

(25) Per una tale precisazione vedi M. Taruffo, *op. cit.*, 477.

(26) Si annovera seppure scherzosamente nella schiera di «verifobici», B. Cavallone, *In di-*

può affermarsi che come non può definirsi giusto un qualsiasi processo in cui il giudice non voglia dare ragione dei suoi provvedimenti anche allorché gli stessi abbiano rilevanti ricadute sulle sue decisioni, ed in cui si reputi indifferente il perseguimento della verità materiale, così non può reputarsi giusto un processo nel corso del quale si verificano violazioni del diritto di difesa e di altri principi a copertura costituzionale (parità tra le parti, terzietà ed imparzialità del giudice, ragionevole durata del processo) condizionando negativamente tali violazioni il raggiungimento della verità di quanto accaduto (27).

E con riferimento al rapporto tra processo e poteri d'ufficio può ancora rimarcarsi come evidenti motivi inducano a calibrare tali poteri in ragione della natura e della portata degli interessi coinvolti nel giudizio sì da dovere essere regolati dal legislatore in modo differenziato proprio in ragione della natura e degli effetti sulla collettività della risposta giudiziaria. Il confine tra potere dispositivo delle parti e poteri d'ufficio del giudice finisce così per presentarsi come mobile, per risultare necessitata per l'accertamento della verità materiale l'attribuzione al giudice penale di poteri di massima incisività potendo comportare la commissione di reati un pericolo per la stessa tenuta dello Stato, e rispondendo ad evidenti esigenze nell'ambito del processo civile la devoluzione al giudice nel rito del lavoro di poteri ben più accentuati – per la rilevanza sul piano socio-economico della materia giuslavoristica – nella gestione del processo di quelli riconosciutigli nel rito ordinario (28).

Per concludere, è corollario delle argomentazioni sinora svolte che ai maggiori poteri devono corrispondere maggiori responsabilità in caso di violazione dei

fesa delle veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo), in questa Rivista 2010, 1 ss., cui risponde, ribadendo l'assunto secondo cui la ricerca della verità storica nel processo rappresenta l'oggetto unico e finale dei mezzi istruttori, M. Taruffo, Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone, ivi 2010, 995 ss. Assume di volere seguire una prospettiva minimalistica – fondata sull'«essere» del processo piuttosto che sul suo «dovere essere» – al fine di rendere più permeabile alla verità l'istruttoria processuale, anche attraverso rinnovate formalità di assunzione L. Dittrich, La ricerca della verità nel processo civile: processi evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio, ivi 2011, 108 ss.

(27) Ritiene S. Chiarloni, *Giusto processo*, cit., 407, che la sentenza è giusta quando passa l'esame di un doppio criterio di verità e cioè quando è il frutto di una corretta interpretazione delle norme coinvolte e di una esatta ricostruzione dei fatti.

(28) Con riferimento al rito del lavoro evidenzia come la preoccupazione di addivenire a soluzioni distanti dalla realtà fattuale venga in buona misura ammortizzata dall'attribuzione al giudice d'appello di incisivi poteri d'ufficio in materia di ammissione di nuovi mezzi di prova ove essi siano «indispensabili ai fini della decisione della causa»: Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, pubblicata anche in questa *Rivista* 2005, 1051, con nota di B. Cavallone, *Anche i documenti sono «mezzi di prova» agli effetti degli artt. 345 e 437 c.p.c.*, che evidenza che detti poteri segnano in modo accentuato la c.d. «specialità» del rito del lavoro e portano, per altra via, ad evidenziare come si vogliano accreditare a livello normativo forme di tutela (processuale) differenziata delle situazioni soggettive, in ragione di un opportuno adattamento delle regole del rito alla concrete e molteplici situazioni sostanziali implicate nel giudizio.

principi del «giusto processo», e più specificamente di quello della terzietà ed imparzialità del giudice – la cui salvaguardia è stata di certo una delle ragioni fondanti dell'intervento del legislatore costituzionale del 1999 – e ciò deve sollecitare da parte del giurista un approccio allo studio del «giusto processo», che non può prescindere dalla individuazione, prima, e dalla valutazione poi, dall'impatto che sul generale assetto ordinamentale dello Stato possono avere l'appropriazione da parte del giudice di compiti non istituzionali e la carenza di una sua adeguata professionalità.

4. – Come si è visto il principio della ragionevole durata del processo costituisce una regola sulla cui base i giudici di legittimità hanno sinora operato – e continueranno a farlo – una interpretazione di numerose norme di rito al fine di ridurre i tempi della giustizia.

Più in generale però non può disconoscersi che il perseguimento del giusto processo richiede soprattutto un giudice che sanzioni nel processo i casi di abuso del diritto, di violazione delle regole generali di correttezza e di lealtà processuale (29), e che infine non rimanga indifferente ad affidamenti ed a condotte processuali delle parti allorquando alla difesa delle stesse non possano addebitarsi né colpe di alcun genere né mancanza di capacità professionale (30).

(29) Per l'affermazione che il principio di correttezza e buona fede deve improntare il rapporto tra le parti nel processo cfr. Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726 (in *Foro it.* 2008, I, 1514, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, ed in questa *Rivista* 2008, 1437, con nota di M. Gozzi, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali tra principio dispositivo e abuso del processo*) che evidenzia al riguardo come si ponga in contrasto con il suddetto principio e quello del giusto processo la parcellazione della domanda giudiziale attraverso il frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, traducendosi detta parcellizzazione in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale, cui *adde ex plurimis* da ultimo – e sempre per un richiamo al principio del giusto processo – Cass. 9 febbraio 2012, n. 1881 secondo cui l'art. 398, comma 4°, c.p.c., interpretato alla luce dei principi costituzionali sul processo «giusto» e di «ragionevole durata», al fine di scongiurare condotte processuali dilatorie, non consente al ricorrente per revocazione di giovare della sospensione del termine per il ricorso per cassazione, qualora l'impugnazione per revocazione sia «manifestamente infondata». In dottrina, sull'abuso del processo vedi, da ultimo, E. Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisprudenza evita l'abuso del processo*, in *Corriere giur.* 2012, 405; nonché A. Dondi, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir., Annali III (Abuso del processo – Tutela dell'ambiente)*, Milano 2010, 1 ss.

(30) Per l'esigenza di tutelare in presenza di mutamenti giurisprudenziali l'affidamento basato su principi di diritto più volte ribaditi dai giudici di legittimità, che sta alla base dell'*overruling* vedi in giurisprudenza, tra le tante, Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.* 2011, I, 3343, con nota di R. Caponi, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, che – in una fattispecie relativa a mutamento di giurisprudenza della Corte di cassazione in ordine al termine di impugnazione delle sentenze del TSAP – a tutela dell'affidamento incolpevole della parte, che aveva proposto il ricorso per cassazione in base alla regola processuale espressa dal pregresso

Al di là da posizioni corporativistiche è doveroso riconoscere che «la giustizia» richiede oggi da parte sia degli avvocati che dei giudici una nuova professionalità, che risulti maggiormente adeguata ai tempi e che – segnando le distanze da progetti culturali impernati su di una esaltazione del modello *adversarial* e sulla denuncia degli aspetti inquisitori del processo civile, che sembrano avere fatto il loro tempo nella dottrina americana come in quella dei paesi del *civil law* – prenda doverosamente atto che ormai non è più tempo di rigide contrapposizioni dogmatiche e di contrasti di principio per essere emersi ben altri problemi che hanno indotto molti legislatori ad assumere orientamenti di riforma più pragmatici e meno ideologicamente orientati (31).

E proprio una visione più rispondente alla realtà fattuale, volta ad attestare come la tardività delle risposte giudiziarie abbia oggi ben più di ieri maggiori costi anche a livello economico, induce ad evidenziare che la valutazione – sempre oggetto di contrastanti pareri tra le scuole dei processualisti – sui poteri istruttori da riconoscersi al giudice appaia in buona misura condizionata dal tasso di credibilità della magistratura, perché un modello processuale non si costituisce *in vitro* e perché anche quello ritenuto più affidabile in astratto sul piano della tecnica normativa

e consolidato orientamento giurisprudenziale, non ha ritenuto operante la decadenza per mancata osservanza del termine per impugnare, considerando dunque tempestivo il proposto ricorso; e più di recente Cass. 27 dicembre 2011, n. 28967, per la riaffermazione che il mutamento giurisprudenziale deve essere imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, si da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; e che il suddetto *overruling* comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte. In dottrina vedi, tra i numerosi contributi, da ultimo: G. Verde, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto tra giudice e legge)*, in questa *Rivista* 2012, 6 ss., che ritiene che un ricorso per cassazione basato sulla critica di una interpretazione consolidata della giurisprudenza in tema di norme processuali, anche se ritenuto fondato dalla Suprema Corte, rischia di risultare inutile per la parte che lo ha proposto perché l'avversario potrebbe opporre di avere confidato senza sua colpa sulla precedente interpretazione sicché il ricorso sarebbe destinato ad essere rigettato con il pericolo che in tal modo si possa incoraggiare la staticità della giurisprudenza; C. Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in questa *Rivista* 2011, 1137 ss., anche per un esame dei limiti di legittimità di una interpretazione adeguatrice delle disposizioni processuali – soprattutto se ablativa e soppressiva di principi e di istituti esistenti nel nostro sistema normativo o, comunque, consolidati nella elaborazione giurisprudenziale – nonché degli effetti di una siffatta interpretazione adeguatrice sugli atti compiuti dalle parti secondo le forme ed i termini previsti dal «diritto vivente» del tempo in cui sono stati posti in essere (Id., *op. cit.*, 1344-1353).

(31) Cfr., al riguardo, anche in ordine alla comparazione tra diversi ordinamenti processuali e sulle diverse forme in cui essi si articolano, M. Taruffo, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.* 2001, V, 345 ss., secondo cui la contrapposizione *adversarial-inquisitorial*, se mai ha avuto davvero un senso (del che è lecito dubitare), è oggi sicuramente logora, superata e sostanzialmente inutile come strumento d'analisi (Id., *op. cit.*, 348).

è destinato a dare cattiva prova se la professionalità dell'organo giudicante e delle altre parti del processo risultino carenti (32).

È quindi utopistico pensare di risolvere complessi problemi ordinamentali intervenendo unicamente sulle norme processuali o provvedendo solamente con riforme – anche se necessarie – di tipo strutturale che incidano sull'organico e sulla dotazione dei magistrati, atteso che la vera partita per una seria riforma della giustizia si gioca adesso sul «piano culturale» e su un rinnovato modo di concepire non solo le relazioni tra i diversi soggetti del processo – primi tra tutti avvocati e magistrati – ma anche la collocazione dell'ordine giudiziario in un quadro istituzionale capace di garantire un effettivo equilibrio tra i poteri dello stato (33).

5. – Per quanto riguarda la posizione dell'attore primo del processo, la professionalità del giudice deve misurarsi, come è stato osservato, sulla correttezza del ragionamento interpretativo delle norme da applicare e sulla esatta ricostruzione dei fatti, che il giudice quale soggetto «terzo ed imparziale» deve assicurare nell'esercizio dei suoi poteri per evitare che attraverso l'esercizio di ufficio di detti poteri si possa pervenire a soluzioni sbilanciate nei confronti delle parti in causa (34).

Con riferimento poi all'imparzialità del giudice, si è affermato che risulta difficile capire perché essa sarebbe messa a rischio a seguito dell'attribuzione al giudice dei poteri officiosi in materia di prove – oltretutto sussidiari rispetto alla volontà delle parti – osservandosi al riguardo che nessuna garanzia costituzionale può ritenersi violata perché l'esercizio di tali poteri porta comunque a riaprire i termini per le deduzioni probatorie a favore di tutte le parti secondo quanto previsto ora espressamente dall'art. 183, comma 8°, c.p.c. (35).

Tale opinione non vale però a far trascurare la constatazione, avallata dalla

(32) In questi sensi vedi G. Vidiri, *Giudici ed avvocati: nuove professionalità per processi più celeri?*, in *Corriere giur.* 2008, 1459 ss.

(33) Così, M.F. Ghirga, *La riforma del processo civile nei disegni di legge Mastella*, in questa *Rivista* 2007, 442.

Per l'assunto che il processo si caratterizza per una naturale dialettica tra l'autorità (decisoria) dell'organo giudicante e la libertà (di difesa) delle parti e per una continua ricerca di un equilibrato bilanciamento di valori capace, da un lato, di impedire che l'autorità si traduca in autoritarismo e, dall'altro, che la libertà di difesa si trasformi in un uso arbitrario e distorto dello stesso, vedi G. Vidiri, *La «ragionevole durata» del processo*, cit., 584.

(34) Sul punto, cfr. *amplius* S. Chiarloni, *Giusto processo*, cit., 407, secondo il quale – come già ricordato – la sentenza è giusta quando passa l'esame di un doppio criterio di verità quando cioè è il frutto di una corretta interpretazione delle norme coinvolte e di una esatta ricostruzione dei fatti.

(35) Così ancora vedi S. Chiarloni, *Giusto processo*, cit., 409 s. e note 34-35, anche per una critica a Cort. Cost., ord., 14 marzo 2003, n. 69, secondo cui la parità delle armi sarebbe – con riferimento al disposto dell'art. 507 c.p.p. – violata in quanto l'esercizio del potere officioso, una volta esauriti i poteri delle parti di formulare istanze istruttorie, finirebbe «per aggirare, in favore di una parte ed in danno dell'altra, gli effetti del maturarsi delle preclusioni».

pratica giudiziaria e dalla realtà fattuale, che il rafforzamento dei poteri istruttori dell'organo giudiziario, comune ormai a molti ordinamenti (36), porta con sé – particolarmente nel processo penale ed in quello del lavoro per le ragioni in precedenza evidenziate – il pericolo di un accrescimento di un uso anomalo del loro esercizio se ad esso non consegua una concreta ed effettiva responsabilità di quanti con i loro provvedimenti causano alle parti del processo danni non di rado di natura sia morale che patrimoniale.

Ed infatti – in mancanza di una assetto normativo capace di garantire in concreto proprio nel rispetto dei principi di cui all'art. 111 Cost. una sanzionabilità a livello disciplinare da parte di un organismo che oltre ad essere appaia anche «terzo ed imparziale» perché non permeabile a difese corporative o al «patriottismo di correnti associative» – il rischio di un non corretto uso dei poteri d'ufficio da parte del giudice può solo in parte essere esorcizzato attraverso la predeterminazione di criteri alla cui stregua il potere va esercitato nonché attraverso il riconoscimento – come ha puntualizzato la giurisprudenza – alla parte, contro cui tali poteri sono stati esercitati, del diritto di difendersi nella sua pienezza e, quindi, anche a prescindere da eventuali preclusioni o decadenze in cui essa sia incorsa (37).

Ma la possibilità di sconfinamenti dal ruolo istituzionale del giudice appare di certo maggiore allorquando non risultino ben individuati i limiti e le modalità di esercizio di singoli mezzi istruttori (38).

(36) Rileva M.F. Ghirga, *La riforma della giustizia civile*, cit., 444, come sistemi certamente liberali come quelli del *common law* si stiano avviando in una direzione di un rafforzamento dei poteri dell'organo giudicante, e negli stessi sensi vedi anche S. Chiarloni, *Relazioni tra le parti, i giudici e i difensori*, in questa *Rivista* 2004, 11 ss.

(37) In riferimento ai criteri volti a legittimare l'esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro vedi oltre alla già citata Cass., sez. un., 17 giugno 2004, n. 11353, cit., anche per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali la precedente nt. 24. In dottrina, in argomento, cfr. A. Proto Pisani, *Controversie individuali di lavoro*, Torino 1993, 88, che precisa come le regole dettate in materia di udienza di discussione dall'art. 420 c.p.c. pongano il giudice al di sopra di preclusioni e decadenze, ma non certo a favore di una sola parte, per cui ogni dubbio sulla incostituzionalità del disposto dell'art. 421, comma 2, c.p.c. non ha ragione di essere, cui *adde* per analoghe considerazioni più di recente G. Vidiri, *I poteri istruttori del giudice del lavoro nel processo civile rinnovato*, in *Giust. civ.* 2010, II, 162.

(38) Dubita che il giudice possa conservarsi obiettivo al momento dell'esame delle prove ammesse nell'esercizio dei suoi poteri *ex officio* G. Monteleone, *Limiti alla prova d'ufficio nel processo civile (Cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)*, in questa *Rivista* 2007, 863 ss. che infatti scrive testualmente: «se la valutazione delle prove offerte dalle parti è pienamente conforme al ruolo del giudice come soggetto terzo ed imparziale, non altrettanto può dirsi per la loro scelta ed introduzione; queste procedono necessariamente dalla considerazione dell'interesse di parte. Poco importa se egli sarà capace di sdoppiarsi per riuscire a valutare con obiettività il risultato delle prove da lui stesso introdotte (ciò di cui è lecito sul piano umano fortemente dubitare), perché già con il primo passo egli ha irrimediabilmente adulterato la sua funzione: è diventato parte in causa».

Così, ad esempio, per quanto attiene al giuramento suppletorio – in relazione al quale la giurisprudenza non ha indicato in maniera univoca e chiara i presupposti per il suo deferimento non dando una precisa definizione della nozione di *semiplena probatio*, né individuando in modo concorde la parte cui detto giuramento va deferito, ed il momento temporale in cui lo stesso può essere reso – non è certo priva di consistenza la preoccupazione che, a fronte di tale istituto, il potere del giudice possa tradursi in una insindacabile scelta di campo in ragione dei *dicta* giurisprudenziali che, dopo avere qualificato il potere del giudice di deferimento del giuramento come discrezionale *ex art. 2736 n. 2 c.c.*, ne hanno affermato la insindacabilità o ne hanno riconosciuto spazi ridotti di sindacabilità (39).

Ed ancora l'indicato pericolo di condotte non improntate a spirito laico e condizionate da fini precostituiti può divenire ipotizzabile anche sotto altro versante qualora si ritenga che il giudice quale quello del lavoro – che dispone d'ufficio l'ammissione di «ogni mezzo di prova anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile» – possa dare ingresso, per il perseguimento di un più completo e più sollecito accertamento dei fatti di causa, anche a mezzi istruttori, formati al di fuori del processo e sottratti al suo immediato controllo, e possa inoltre ampliare il ricorso alle c.d. prove atipiche che – pur in assenza di una esplicita legittimazione normativa come quella rinvenibile nell'art. 189 del codice penale di rito e che, pur continuando a suscitare consistenti riserve in una parte della dottrina per non essere la loro assunzione ancorata al dato normativo – possono tuttavia trovare ora un supporto alla loro ammissibilità nel codice di rito e nel disposto dei commi 1° e 2° dell'art. 111 Cost. (40).

6. – Si è di recente affermato – soprattutto a livello comparativistico seppure con accentuati riferimenti agli ordinamenti di *common law* – che se uno Stato non

(39) Cfr., al riguardo, Cass. 12 gennaio 2011, n. 546 e, in epoca più risalente, Cass. 10 marzo 2006, n. 5240, secondo cui il giuramento suppletorio, anche qualora sia stato espressamente richiesto da una parte, rientra nella discrezionalità del giudice di merito, le cui valutazioni in ordine alla sussistenza del requisito della cosiddetta *semiplena probatio* ed alla scelta della parte alla quale deferirlo costituiscono apprezzamenti di fatto non sindacabili in sede di legittimità, se non sotto il profilo della adeguatezza della motivazione, cui *adde* Cass. 2 aprile 2009, n. 8021, per l'affermazione che il giudice di merito che ritenga la causa giunta ad un stato di *semiplena probatio* ha la facoltà ma non l'obbligo di deferire il giuramento suppletorio ai sensi del disposto dell'art. 2736 n. 2 c.c., così che dovrà ritenersi sindacabile soltanto la decisione positiva del giudice di ricorrere a tale mezzo istruttorio ma non anche quella negativa di non farne uso in applicazione della regola generale di cui all'art. 2697 c.c., senza che, in quest'ultimo caso, possa invocarsi l'omessa motivazione di tale discrezionale decisione; e negli stessi termini Cass. 8 settembre 2006, n. 19270, in *Notiz. giur. lav.* 2007, 127. Sul punto cfr., *amplius*, in dottrina, G. Vidiri, *I poteri istruttori*, cit., 163.

(40) Sulla problematica relativa alla ammissibilità delle prove atipiche alla stregua dei principi del giusto processo, su cui non si rinvengono tuttora approdi giurisprudenziali e dottrinari certi e definitivi, vedi *amplius* G. Vidiri, *I poteri istruttori* cit., 157-162.

riesce ad assicurare l'imparzialità dei propri giudici preclude il raggiungimento del *due process of law* e – dopo avere richiamato i testi comunitari che collocano su un piedistallo di essenzialità la figura del giudice imparziale di fatto elevandola a pre-condizione per la effettiva realizzazione di un «processo equo» (41) – si è osservato puntualmente come il requisito della imparzialità alluda alla «collocazione ideale del giudice all'esterno del circuito di interessi veicolato dalla singola vicenda processuale» ma che nello stesso tempo «sarebbe semplicistico ravvisare l'imparzialità nella semplice astensione dal prendere parte direttamente o indirettamente agli interessi di cui si discute».

E procedendo in una analisi lucida di quanto avviene nella realtà fattuale – ed andando quindi al di là di là di impossibili tentativi definitivi e nello stesso tempo esaustivi della nozione di imparzialità del giudice – si è rimarcato che ben più complessa può essere la realtà la quale può richiamare in causa la imparzialità del giudice «in forme indebite o non facilmente controllabili, chiedendogli di improntare la propria azione o all'allontanamento della scena processuale, allorchando la partecipazione sia preclusa dalla ricorrenza di specifiche condizioni predeterminate per legge o – ed è l'ipotesi di più difficile governo – imponendogli condotte che non solo rendano certa l'uguaglianza di trattamento delle parti ma, addirittura, fughino il dubbio o l'apparenza che questo possa avvenire». Ed infine – ancora una volta esternando in maniera chiara una considerazione meritevole di attenta e profonda riflessione da parte di quanti intendano ricercare vie veramente efficaci per pervenire ad un processo giusto – si è concluso affermando che «i fattori di perturbamento al netto di quelli disciplinati in virtù della operatività del dovere di astensione nei casi previsti dalla legge, hanno carattere innominato e sfuggono ad una precisa classificazione, potendo trovare la propria origine in circostanze imprevedibili e cangianti» (42).

È noto come di recente il d.lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, dopo avere ribadito che il magistrato deve esercitare le sue funzioni con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio (art. 1, «Doveri del magistrato»), procede poi a tipicizzare gli illeciti disciplinari sia nell'esercizio delle funzioni (art. 2), che al di fuori di essi (art. 3).

Orbene, l'indicata normativa – anche se la *ratio* è di certo meritevole di apprezzamento perché volta a disegnare un idoneo apparato sanzionatorio delle condotte del magistrato censurabili in ragione della violazione e dell'elusione dei suoi doveri istituzionali ma nello stesso tempo a garantirne la autonomia e l'indipendenza pure all'interno dello stesso ordine giudiziario proprio attraverso la tipicizzazione degli illeciti – presenta però non trascurabili zone d'ombra per l'eccessiva e so-

(41) Per un esame delle fonti sull'amministrazione della giustizia con particolare riferimento alle persone ad essa addette cfr. M. Serio, *L'imparzialità del giudice come condizione del giusto processo nell'esperienza comparatistica*, in *Il giusto processo* 2011, 1033-1037.

(42) Così, testualmente, M. Serio, *L'imparzialità del giudice*, cit., 1036.

vrabbondante articolazione della predeterminazione degli illeciti e mostra altresì una tecnica legislativa non sempre apprezzabile (43).

Per di più la doverosa attenzione verso la recente rivisitazione della normativa sul disciplinare – cui non può disconoscersi l'intento, come detto, di assicurare una tutela del singolo magistrato verso improprie ed ingiustificate limitazioni della sua indipendenza – non può però dissociarsi dalla piena e convinta consapevolezza che stili di vita, modi di atteggiarsi e più in generale condotte e comportamenti – seppure insuscettibili per la loro varietà e molteplicità ad essere rinchiusi in rigidi ed esaurienti schemi normativi – possono ugualmente attentare alla credibilità dell'intero ordine giudiziario soprattutto allorquando si traducano attraverso l'esercizio d'ufficio dei poteri istruttori in interventi non rispettosi di uno stato di diritto e che, se ripetuti con continuità, possono finire per incidere anche su un corretto equilibrio tra i poteri dello Stato.

Con riflessioni estese a tutte le civiltà occidentali da un celebre costituzionalista della Yale University si è rimarcato che in dette civiltà la *rule of law* – cardine dei sistemi democratici e garanzia per il rispetto di una economia sana e delle libertà individuali – richiede che la legge sia ritenuta in possesso di una forza e un peso morale suoi propri, indipendenti dai conflitti politici e culturali del momento, ma si è poi con tristezza constatato che la supremazia della legge viene sempre più spesso confusa se non sovvertita da quella dei giudici e che è precisamente questa la direzione in cui si muove l'attivismo giudiziario (44).

E sempre nella scia di una lucida denuncia di un siffatto attivismo si è ancora affermato che «il concetto di *rule of law*, nato in Europa, essenziale negli ordinamenti statunitensi e canadese e imprescindibile per tutte le civiltà occidentali, è ormai ridotto ad un rispetto di facciata, a una formula sterile da utilizzarsi in qualche scambio di accuse tra i magistrati» (45); che «sebbene gli ideali astratti non possano mai essere realizzati compiutamente, la ricerca di una giustizia cosmica prosegue e spinge le corti a trascurare l'adempimento dell'unica funzione loro assegnata»; ed infine si è concluso con il rilevare che «le nazioni che non vogliono abdicare alla facoltà di governare se stesse si trovano quindi a dovere risolvere un problema cruciale, quello di riuscire a mitigare e ad

(43) È sufficiente al riguardo fare riferimento alla disposizione di cui all'art. 26, comma 1, d.lgs. n. 106/2006 in relazione alla quale il Consiglio di Stato e l'Organo di autogoverno della magistratura hanno rivendicato a seguito di due opposte opzioni interpretative propri spazi di competenza esclusiva in materia di trasferimenti di ufficio del magistrato. Al riguardo infatti cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 giugno 2011 n. 3587, in *Corriere giur.* 2011, con nota di G. Marra, *La c.d. responsabilità paradisciplinare dei magistrati alla luce del nuovo ordinamento disciplinare*.

(44) Cfr., per una più ampia esplicitazione di tale assunto, R. Bork, *Il giudice sovrano (Coercing virtue)*, Macerata 2004, 211 ss.

(45) Cfr. sul punto in tali esatti termini, R. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., 213.

arginare le aggressioni antidemocratiche sferrate dalle proprie classi giudiziarie» (46).

7. – Le suddette puntali e penetranti considerazioni, di certo esportabili per la loro generale attualità anche nel nostro Paese, attestano che un processo che voglia essere giusto richiede un giudice che, considerando l'imparzialità come un approdo da perseguire con costanza e continuità, sia poi capace per la sua professionalità di individuare la volontà del legislatore pure attraverso le pieghe di norme spesso lacunose e di difficile lettura.

Tutto ciò deve indurre il giudice a rifuggire – soprattutto in presenza di clausole generali, reputate terreno di elezione in cui si misurano «i pregiudizi», gli «atteggiamenti psicologici» e persino le «opzioni politiche» dei giudici (47) – da visioni mistiche della giustizia e da decisioni «creative» (48), dovendo sempre operare come novello custode della Repubblica e non invece come «giudice sovrano» in funzione di una giustizia politica (49). Dal che consegue che i magistrati che operano nel processo devono agire – nell'esercizio d'ufficio dei poteri istruttori e nell'esame delle prove attraverso tali poteri acquisite – con una coscienza laica e nel rigoroso rispetto delle garanzie processuali e di quei principi fondamentali di civiltà giuridica, che ostano alla «scoperta» o alla «voluta costruzione» per via giudiziaria di fattispecie di illeciti dai contorni ambigui e di incerta identifica-

(46) In questi esatti sensi, vedi ancora R. Bork, *Il giudice sovrano*, cit., 218.

(47) Sui problemi di regolamentazione dei confini fra giudice e legislatore con riguardo alle clausole generali vedi da ultimo S. Palmieri, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali in materia di lavoro pubblico e privato*, in questa *Rivista* 2011, 1504 s.

(48) È stato evidenziato da P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, ora in appendice a F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, edizione a cura di G. Astuti, Milano 1968, 175, che «la scienza giuridica deve mirare soltanto a sapere quale è il diritto non a crearlo» perché «solo quando il giurista abbia la coscienza di questo suo limite e non tenti di sovrapporsi al dato positivo che trova davanti a sé, l'opera sua è benefica per il diritto». Sulla giurisprudenza «creativa» e sul pericolo di negative ricadute anche nello stesso assetto ordinamentale dello Stato cfr. G. Vidiri, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, in questa *Rivista* 2011, 1205 ss.

(49) Sottolinea come il primato della giurisprudenza si rifletta – non solo sull'opzione di valori relativi ai diritti e sull'arresto o l'accelerazione di alcuni indirizzi di governo – ma anche sulla deresponsabilizzazione degli altri poteri, in particolare modo di quello legislativo, S. Sileoni, *Prefazione* a R. Bork, *Giudice sovrano*, cit., XXV s., il quale aggiunge che la costruzione e assegnazione dei valori per via giudiziaria conquista il posto che spetterebbe alla politica, quale strumento, seppure mediato e parziale, di esercizio della sovranità dei cittadini. O. Kirchheimer, nell'*incipit* di *Giustizia politica*, Macerata 2002, 3 (saggio che spiega le ragioni storiche e la portata delle influenze politiche sui giudici e sui pubblici accusatori americani ma con riferimento anche su quelli di tradizione europea-continentale) scrive testualmente: «Parliamo di giustizia politica quando procedure giudiziarie vengono utilizzate per fini politici. Lo scopo politico può essere rivoluzionario o conservatore, può servire un interesse pressante di chi detiene il potere, ovvero nascere dalla pura e semplice arroganza di chi ne ha la pienezza».

zione, e che facciano invece – sempre ma soprattutto in presenza di decisioni capaci di incidere su beni primati della «persona» – puntuale e meditata applicazione della regola secondo cui la colpevolezza deve essere provata ben oltre ogni pur legittimo sospetto (50).

GUIDO VIDIRI
*Presidente della Sezione lavoro
della Corte di Cassazione*

(50) In un processo con ricadute non certo trascurabili nell'opinione pubblica e con riferimento alla individuazione delle condotte di concorso esterno – ferocemente contestato in dottrina e in giurisprudenza sotto il profilo della sua tipicità sfuggente – è stato di recente affermato che debba essere posto al bando del processo giusto quel processo in cui la imputazione venga ricercata nelle pagine del processo stesso ovvero si sia in presenza di «cripto-imputazioni», «imputazioni implicite» o «imputazioni vaghe» (cfr., al riguardo, la *Requisitoria* del P.G. Iacoviello nel processo penale che vede imputato il sen. Dell'Utri, disponibile su www.penalecontemporaneo.it). Descrizione questa di un processo che – è da sperare – veda definita anche se tardivamente l'imputazione e che quindi abbia una soluzione ben diversa dalla vicenda narrata da Franz Kafka, ne *Il processo* (insuperabile scritto su quella che sovente è la indecifrabilità della giustizia), il cui esito finale finirà per risultare discutibile ed ambiguo perché Josef K. non conoscerà mai le motivazioni dell'accusa.