

ARTICLES

IL “GIUSTO PROCESSO” NELL’ESPERIENZA ITALIANA E COMUNITARIA*

ITALO ANDOLINA

L’Autore esamina il fenomeno del «giusto processo» nella prospettiva interna e comunitaria. Sotto il primo profilo, evidenziata la centralità della funzione giurisdizionale all’interno del sistema delle garanzie consacrato nella Costituzione repubblicana, vengono individuati i requisiti che contribuiscono alla costruzione del modello costituzionale del procedimento giurisdizionale e che caratterizzano la nozione di «giusto processo», oggi espressamente contemplata nell’art. 111 Cost. In tale direzione viene ripercorsa, attraverso alcune delle sue pronunce più significative, l’opera compiuta dal Giudice delle leggi nella costruzione di un archetipo processuale in linea con le direttive costituzionali e funzionale al modello di giusto processo inteso anche, sotto il profilo teleologico, come strumento attuativo dei valori costituzionali. Quanto all’elaborazione del modello normativo del «giusto processo» in ambito comunitario, l’Autore analizza il fenomeno avendo riguardo al ruolo decisivo che, anteriormente al Trattato di Amsterdam, ha svolto l’azione interpretativa in via pregiudiziale della Corte di Giustizia per il tramite dell’interpretazione di taluni principi fondamentali (principio di effettività della tutela, di equivalenza, di non discriminazione per ragioni di nazionalità etc...). Successivamente all’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam nuova base normativa per la formazione del «giusto processo» risulta offerta, a “vario titolo”, dall’art. 65 del Trattato CE e dagli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza.

1. Potere politico e sistema delle garanzie nell'assetto ordinamentale introdotto dalla Costituzione.

Il "processo giurisdizionale" quale baricentro del sistema delle garanzie

In ogni Stato che voglia definirsi compiutamente "democratico", al potere (traente legittimazione dal consenso popolare) finalizzato alla produzione delle leggi (ed atti aventi forza di legge) nonché all'azione di governo ed amministrativa deve corrispondere un adeguato potere di controllo plasmato e realizzato dall'ordinamento giuridico in peculiari istituti giuridici, che, nel loro insieme, configurano (a livello teorico) e costituiscono (nella realtà socio-politica) il c.d. sistema delle garanzie. Sistema che riposa sul principio di legalità, di cui – in pari tempo – costituisce strumento di attuazione.

Scopo, dunque, del sistema delle garanzie è assicurare la legalità (la conformità alla legge) dell'*agere* dei soggetti dell'ordinamento (organi costituzionali, pubblica amministrazione, soggetti pubblici e/o privati). Il che significa al tempo stesso (e si traduce nel) proclamare e perseguire il valore fondante ed inalienabile dello Stato di diritto, realizzandolo concretamente nella variegata e molteplice trama dei rapporti giuridici.

La realizzazione dell'assetto democratico impone che per ogni effusione di potere da parte dei predetti soggetti sia individuabile un adeguato tipo di controllo (in sede costituzionale, politica, politico-amministrativa, o giurisdizionale), tendente al risultato della legalità e governato dalla legge nel suo *iter* attuativo.

Anche il nuovo assetto istituzionale introdotto dalla Costituzione repubblicana si caratterizza per l'esistenza del binomio "potere della politica" (da un lato) e "sistema delle garanzie" (quale "contrappeso", dall'altro).

All'interno del sistema delle garanzie riveste una posizione di centralità la funzione giurisdizionale. Il che è facilmente spiegabile ove si consideri che, in un moderno ed evoluto Stato di diritto, il processo copre una vasta area dei controlli di legalità, assurgendo a strumento prioritario e prevalente di attuazione delle garanzie, e concreta il paradigma esemplare (il modello, appunto) su cui si parametrano (quanto meno, tendenzialmente) tutti i restanti strumenti di controllo, non aventi natura giurisdizionale.

La centralità del processo giurisdizionale all'interno del sistema delle garanzie giustifica la particolare attenzione ad esso dedicata

dalla Costituzione, la quale ha disegnato appunto un modello di processo giurisdizionale.

Come è noto, invero, la Carta costituzionale ha individuato alcuni connotati o requisiti che devono caratterizzare il procedimento strumentale all'esplicazione della giurisdizione.

La presenza di tali elementi è, dunque, indefettibile e necessaria in ciascun procedimento che voglia ritenersi costituzionalmente giurisdizionale.

Punti nodali del modello (modello tuttavia non rigido ma, al contrario, duttile e dinamico, perennemente *in fieri*, frutto di costante lettura e rilettura in chiave evolutiva del dettato costituzionale) disegnato dal costituente sono:

- a) il diritto di accesso alla giustizia;
- b) il diritto di difesa;
- c) il contraddittorio e la c.d. parità delle armi tra le parti;
- d) l'indipendenza e la terzietà del giudice;
- e) l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali;
- f) il sindacato (diffuso) di legittimità, ad opera della Corte di Cassazione, sui provvedimenti giudiziali decisori (non altrimenti impugnabili).

Sono questi gli elementi che caratterizzano la nozione di "giusto processo"; nozione che è, peraltro, antecedente alla modifica dell'art. 111 Cost. compiuta dalla legge cost. 23 novembre 1999, n. 2.

Con tale legge, come è noto, si sono introdotti cinque nuovi commi al citato art. 111 Cost..

Ai fini che in questa sede interessano, occorre prendere in considerazione i primi due, secondo i quali: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" (1° comma)

"Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata" (2° comma)

Le norme appena richiamate sono di indubbia importanza in quanto contribuiscono ad esplicitare formalmente principi e valori immanenti nella Carta costituzionale¹.

¹ Per le prime applicazioni dell'art. 111, comma 2, Cost., cfr. le seguenti sentenze:
1) Cass. civ., sez. III, 19/08/2003, n.12122, secondo cui: nel processo di esecuzione

In altre parole, la Costituzione, anche prima della menzionata riforma, individuava quei caratteri essenziali che contribuivano (e contribuiscono) a delineare uno schema di “giusto processo”.

Che l'esercizio della funzione giurisdizionale debba essere caratterizzata dalla presenza degli elementi indefettibili poc'anzi

il diritto del cittadino al giusto processo (come delineato dalla nuova formulazione dell'art. 111 Cost.) deve essere soddisfatto attraverso il contraddittorio tra le parti in ogni fase processuale in cui si discuta e si debba decidere circa diritti sostanziali o posizioni comunque giuridicamente protette, tenendo conto del correlato e concreto interesse delle parti stesse ad agire, a contraddire o ad opporsi per realizzare in pieno il proprio diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost.; ne consegue che, non potendosi configurare un generico ed astratto diritto al contraddittorio, è inammissibile l'impugnazione di un atto dell'esecuzione con la quale si lamenti la mera lesione del contraddittorio, senza prospettare a fondamento dell'impugnazione stessa le ragioni per le quali tale lesione abbia comportato l'ingiustizia del processo, causata dall'impossibilità di difendersi a tutela di quei diritti o di quelle posizioni giuridicamente protette; 2) Cass. civ. (ord.), sez. un., 01/10/2003, n.14670, secondo cui: nel quadro della disciplina di cui all'art. 42 c.p.c. – come novellato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353 – non vi è più spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale: ove ammessa, infatti, una tale facoltà – oltre che inconciliabile con il disfavore nei confronti del fenomeno sospensivo, sotteso alla riforma del citato art. 42 del codice di rito – si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi del nuovo art. 111 Cost. Dalla esclusione della configurabilità di una sospensione facoltativa ope iudicis del giudizio, deriva sistematicamente, come logico corollario, l'impugnabilità, ai sensi dell'art. 42 c.p.c., di ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione ex lege; 3) Corte cost. (ord.), 22/04/2002, n.130, secondo cui: è manifestamente infondata, in riferimento agli art. 24, comma 2, 101, comma 2, e 111, comma 1, Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, l. 22 luglio 1997, n. 276 (Disposizioni per la definizione del contenzioso civile pendente: nomina di giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari), nella parte in cui, non prevedendo la notificazione (recte: comunicazione) al convenuto contumace del provvedimento che dispone la convocazione delle parti per l'esperimento del tentativo di conciliazione, comporterebbe la lesione del principio del giusto processo, di quello di legalità e del diritto di difesa, in quanto, contrariamente all'avviso espresso dal rimettente, deve ritenersi che l'art. 292 c.p.c., contenente l'elencazione tassativa degli atti che devono essere comunicati al contumace, sia stato tacitamente modificato dalla norma denunciata e sia, conseguentemente, integrabile con la previsione di un ulteriore atto da comunicare

evidenziati costituisce, dunque, un risultato ermeneutico giustificabile anche alla luce degli articoli 3, 24, 25, 101, 102, 103, 104, 107, 108, 111 (vecchio testo) e 113 Cost.

Ad onor del vero, maggiormente innovativa è forse la nuova previsione dell'art. 111, 2° comma, Cost., nella parte in cui stabilisce che la legge assicura la ragionevole durata del processo.

Pur non individuando soluzioni e pur avendo, probabilmente, solo una funzione programmatica, la norma appena citata permette di far acquisire rilevanza costituzionale all'annosa problematica

al contumace, rappresentato dal provvedimento di convocazione delle parti per l'esperimento del tentativo di conciliazione; 4) Cass. civ., sez. I, 08/08/2002, n. 11987, secondo cui: il diritto alla ragionevole durata del processo trova, nell'ordinamento interno, la sua fonte a livello di legge ordinaria (la l. n. 89 del 2001) e non è direttamente riconducibile alla previsione dell'art. 111 Cost.; atteso che detta ultima disposizione contiene una norma meramente programmatica sulla garanzia del giusto processo, non utilizzabile come strumento di controllo della durata del singolo processo ma solo come parametro di denuncia della legge che sia, in tesi, in contrasto con gli obiettivi della "ragionevole durata" del processo: che spetta, per altro al legislatore "bilanciare" con le istanze di garanzia all'interno di modelli, ragionevolmente conformati, di processo; 5) App. Genova, 04/01/2001, secondo cui: non è manifestamente infondata – in riferimento all'art. 111 cost. – la questione di legittimità costituzionale degli artt. 737, 738, 739 c.p.c. e 336 c.c., nella parte in cui prevedono l'applicabilità del rito camerale, che non garantisce alle parti il giusto processo, regolato dalla legge; 6) Corte cost., 30/01/2002, n.1, secondo cui: è inammissibile la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 111 cost., degli artt. 737, 738 e 739 c.p.c. e dell'art. 336 c.c., che, prevedendo l'applicabilità del rito camerale ai procedimenti aventi ad oggetto l'affidamento dei minori nel caso di conflitto fra genitori non uniti in matrimonio e, più in generale, ai procedimenti limitativi od ablativi della potestà dei genitori, violerebbero il principio del giusto processo, per l'assenza in quel rito di una precisa e puntuale disciplina dei poteri del giudice e delle parti, con conseguente possibilità di applicazioni difformi per ogni ufficio giudiziario e impossibilità per il giudice del reclamo di sanzionare la violazione in primo grado di regole di garanzia per la difesa e di stabilire con certezza gli effetti della nullità di singoli atti. Infatti, il giudice rimettente – il quale afferma esplicitamente che la normativa impugnata non è suscettibile di essere interpretata in senso conforme a Costituzione – non motiva adeguatamente le ragioni di tale suo convincimento, tenuto conto del fatto che eventuali prassi distorsive si risolverebbero in errori ai quali, in sede di reclamo, potrebbe rimediare il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza, e che il giudice del reclamo, ove ravvisi violazioni, in prima istanza, delle regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibili ai casi di rimessione del procedimento al giudice di primo grado, deve adottare una nuova decisione rispettosa di quelle regole.

riguardante la “lentezza” della giustizia; “lentezza” che, obiettivamente, si pone in contrasto con le indicazioni costituzionali miranti alla creazione di un giusto processo.

Ne discende che, per valutare la “giustizia” di un processo, si deve anche verificare la capacità di quest’ultimo di giungere ad una decisione tempestiva. Tempestività che non deve, però, condurre alla violazione delle altre garanzie consacrate nella Carta costituzionale.

2. Il ruolo della Corte Costituzionale nell’individuazione di un concreto modello di giusto processo

La concreta organizzazione del processo avviene tramite l’interposizione del legislatore ordinario, il quale è obbligato, però, a tener conto dello schema paradigmatico offerto dalla Costituzione.

Il modello costituzionale di processo deve, dunque, inverarsi alla luce di quei canoni, precedentemente richiamati, relativi all’esercizio della giurisdizione. Chiaro è, allora, il motivo per cui la valutazione effettuata dalla Corte costituzionale in ordine alla conformità dell’assetto positivo del processo alla normativa costituzionale assume una importanza fondamentale all’interno del sistema di garanzie delineato nella Carta costituzionale.

La Corte è, infatti, chiamata a misurare il tasso di costituzionalità del predetto assetto; misurazione che permette il costante adeguamento del vigente ordinamento al modello di “giusto processo”.

E proprio attraverso la mediazione della Corte Costituzionale, e, dunque, l’arricchimento del tasso di giurisdizionalità del singolo procedimento (originariamente giurisdizionale, pur sempre, ma non compiutamente giurisdizionale secondo il modello di “giusto processo”), si realizza il fenomeno della “giurisdizionalità indotta o derivata”.

Ci si trova, dunque, di fronte ad un itinerario “circolare”, che muove dall’incidente di legittimità costituzionale sollevato all’interno del procedimento a ridotto tasso di giurisdizionalità, e – attraverso il *dictum* della Corte Costituzionale – perviene al risultato dell’adeguamento di quel procedimento al “modello” di giurisdizionalità piena.

Compito del Giudice delle leggi è, dunque, contribuire alla costruzione, tassello dopo tassello, di uno schema processuale che si nutra continuamente delle direttive costituzionali

E tale compito è stato, sino ad oggi, svolto dalla Corte costituzionale attraverso interventi miranti a delineare concretamente un modello di giusto processo, inteso sia come coerenza interna (strutturale) del processo giurisdizionale alle garanzie costituzionali, sia come coerenza teleologica (vale a dire idoneità del processo giurisdizionale ad operare quale strumento attuativo dei valori costituzionali).

Sul piano strutturale sono da segnalare le pronunzie in tema di:

- a) evoluzione del diritto alla tutela giurisdizionale quale diritto di accesso diretto ed immediato alla Giustizia²;
- b) diritto alla prova³;

² Cfr. le sentenze n. 127 del 1977 e n. 488 del 1991 che hanno dichiarato incostituzionale l'arbitrato obbligatorio. Secondo le sentenze della Corte cost. n. 152 del 1996 e n. 381 del 1997, l'arbitrato obbligatorio non può essere assimilato ad una giurisdizione speciale o straordinaria. Sulla giurisdizione condizionata ad adempimenti preliminari la Consulta si dimostra più possibilista. Si esclude la violazione della norma costituzionale se l'adempimento preliminare, la cui inosservanza rende improcedibile l'azione, è funzionale al complessivo miglior svolgimento della tutela giurisdizionale. Incostituzionali sono state dichiarate le norme che prevedevano, anziché adempimenti preliminari con funzione conciliativa o giustiziale, l'adempimento di oneri (sent. n. 67 del 29 novembre 1960 che ha dichiarato l'incostituzionalità della *cautio pro expensis* di cui all'art. 98 c.p.c.) o il pagamento del tributo su cui verte la controversia (incostituzionalità del c.d. *solve et repete*, dichiarata con sentenza n. 21 del 1961). In campo processuale tributario, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità di quei ricorsi amministrativi preliminari rivelatisi scarsamente funzionali per il cittadino che vedeva solo differita la vera tutela (sentt. n. 406 del 1993 e n. 360 del 1994).

³ È costante nella giurisprudenza costituzionale l'affermazione dell'esigenza del riconoscimento "pieno ed effettivo" del diritto di difesa, affinché sia garantita la sua "inviolabilità", secondo quanto sancito dall'art. 24 (sent. n. 55 del 1971). Si è, pertanto, affermata la necessità dell'instaurazione di un contraddittorio fra le parti, che consenta di opporre controdeduzioni alle deduzioni avversarie (sent. n. 59 del 1959 e n. 83 del 1969) e, dunque, di difendersi provando i fatti rilevanti (sentt. n. 2 del 1974 e n. 139 del 1975). In questa prospettiva, la Consulta – dopo aver ribadito il diritto alla difesa tecnica e che contraddittorio ed ausilio dei difensori sarebbero norme vane, se non fosse reso possibile l'accertamento dei fatti su cui si fondano le ragioni sottoposte al giudice e fornire la prova dei fatti stessi – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28 del codice di procedura penale *ante riforma*, "nella parte in cui dispone che nel giudizio civile o amministrativo l'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto di un giudizio penale sia vincolante anche nei confronti di coloro che rimasero ad esso estranei perché non posti in condizione di intervenire" (sent. n. 55 del 1971). L'esclusione

- c) centralità del contraddittorio quale espressione del principio di uguaglianza e sua diffusione oltre i confini del processo c.d. ordinario⁴;

o la limitazione della disponibilità di un mezzo probatorio, e in particolare del ricorso alla prova per testi, sono state dalla Corte ritenute costituzionalmente legittime, se giustificate dalla esigenza di "salvaguardia di altri diritti o altri interessi giudicati degni di protezione in base a criteri di reciproco coordinamento" (sent. n. 45 del 1963; n. 112 del 1970), ma ciò non può dirsi per il divieto, sancito dall'art. 247 c.p.c., di assumere come testi alcuni, più stretti, congiunti delle parti, salvo che nelle cause relative a determinati rapporti ivi indicati. Per tale ragione l'art. 247 c.p.c. è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza n. 248 del 1974. Successivamente, la Corte cost. con l'ordinanza n. 307 del 1995 ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 621 c.p.c., in riferimento agli artt. 3, 24, 29-31, "nella parte in cui non consentirebbe al terzo opponente di provare con testimoni il suo diritto di proprietà sui beni mobili pignorati nella casa del debitore, quando l'esistenza di tale diritto sia resa verosimile [come nella specie] dalla sua qualità di genitore convivente con il debitore".

⁴ La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato il nesso strumentale tra l'instaurazione e lo sviluppo dinamico del contraddittorio quale presupposto indispensabile per l'esercizio del diritto di difesa (Corte. cost. 22 giugno 1963, n. 108; Corte. cost. 22 dicembre 1980, n. 184). Per una compenetrazione del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, cfr. Corte. cost., 3 luglio 1975, n. 169 che include nella «garanzia costituzionale del diritto di difesa» sia «il diritto alla tutela giurisdizionale», sia «il diritto al contraddittorio». Sulla garanzia del diritto di difesa a favore della parte rimasta contumace, cfr. le sentenze della Corte Cost. nn. 250 del 1986 e 317 del 1989, in tema di notificazione al contumace del verbale in cui si dà atto della produzione di scrittura privata non indicata in atti allo stesso notificati in precedenza. Con più specifico riferimento alle notificazioni, si è statuito che "la notificazione degli atti processuali é uno strumento necessario ed indispensabile per instaurare il contraddittorio e che questa esigenza fondamentale non può ritenersi soddisfatta nel caso in cui, pur essendo possibile adottare una forma di notificazione tale da portare il contenuto dell'atto nella effettiva sfera di conoscibilità del destinatario, si faccia ricorso ad altra forma di notifica dalla quale derivi una semplice presunzione legale di conoscenza" (sent. n. 57 del 1965 e n. 170 del 1976). Con la sentenza n. 10 del 1978, i giudici della Consulta hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 143, ultimo comma, c.p.c. nella parte in cui non prevede, per quanto attiene alla operatività della notifica nei confronti del destinatario dell'atto da notificare, nei casi previsti dal precedente art. 142, che la sua applicazione sia subordinata alla accertata impossibilità di eseguire la notificazione nei modi consentiti dalle convenzioni internazionali e dal D.P.R. 5 gennaio 1967, n. 200, recante nuove disposizioni sulle funzioni e sui poteri consolari. Con la sentenza n. 139 del 1967, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 305 c.p.c. nella parte in cui fa decorrere dalla data dell'interruzione del processo il termine per la sua prosecuzione o la sua riassunzione anche nei casi regolati dal precedente art. 301. Successivamente, la

- d) estensione di detti principi ai procedimenti speciali: ai giudizi camerali, al processo di fallimento (e ai sub-procedimenti in esso compresi), al processo cautelare⁵;

Corte cost., con la sentenza n. 159 del 1971, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del menzionato art. 305 anche nella parte in cui dispone che il termine utile per la prosecuzione o riassunzione del processo interrotto, ai sensi degli artt. 299 e 300 c.p.c., decorre dall'interruzione anziché dalla data in cui le parti ne abbiano avuto conoscenza. Con la sentenza n. 151 del 1971, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 707, comma 1, e 708 c.p.c. nella parte in cui ai coniugi comparsi personalmente davanti al Presidente del Tribunale, e in caso di mancata conciliazione, è inibito di essere assistiti dai rispettivi difensori.

⁵ L'art. 24, comma 2, Cost. assume un ruolo di orientamento e di garanzia anche nei processi speciali di cui al Libro IV del codice di rito: a) procedimenti speciali di cognizione sommaria (non cautelare): per ingiunzione e per convalida di sfratto; b) procedimenti cautelari; c) processo camerale (tra i quali quello fallimentare). Per la dottrina tradizionalmente prevalente, la specialità del procedimento sommario può ben comportare speciali modalità di attuazione del principio del contraddittorio. Se nei confronti di una delle parti il contraddittorio manchi assolutamente o sia attuato in forme insufficienti o inadeguate allo scopo si registra un *deficit* di garanzie difensive, da ritenersi incompatibile con i principi consacrati negli artt. 3 e 24, comma 2, Cost. Secondo la consolidata giurisprudenza della Corte cost. (v. sentt. n. 185 del 16 dicembre 1980, n. 94 del 14 giugno 1973 e n. 89 del 10 maggio 1972), nei procedimenti speciali, quale è quello d'ingiunzione, al legislatore è consentito differenziare le forme della tutela giurisdizionale con riguardo alla particolarità del rapporto da regolare. Al riguardo, si segnalano le numerose sentenze dei giudici della Consulta con cui sono state dichiarate infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alle norme regolatrici del procedimento monitorio. Cfr. Corte cost. (ord.), 19 gennaio 1988, n. 37, con cui si è dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 655 c.p.c., nella parte in cui detta che i decreti ingiuntivi provvisoriamente esecutivi ex art. 642 c.p.c. costituiscono titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. In forza del principio di difesa, la Corte cost. ha esteso la protezione del destinatario del provvedimento, ampliando la sfera della opposizione tardiva al decreto ingiuntivo o all'ordinanza di convalida di sfratto, che gli artt. 650 e 668 c.p.c. disciplinavano in termini troppo rigorosi (sentt. n. 120 del 1976 e n. 89 del 1972). La Consulta è intervenuta manipolativamente sul regime di attribuzione della provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo durante il giudizio di opposizione ex art. 648, comma 2, c.p.c. (sent. n. 137 del 1984). Con riferimento al procedimento per convalida di sfratto è stata introdotta la revocazione nei confronti dell'ordinanza di convalida di sfratto (sent. n. 558 del 1989 e n. 51 del 1995). Con la sentenza n. 89 del 1972, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 668 del codice di procedura civile (opposizione dopo la convalida) limitatamente alla parte in cui non consente la tardiva opposizione all'intimato che, pur avendo avuto conoscenza della citazione, non sia potuto comparire all'udienza per caso fortuito o forza maggiore.

e) indipendenza, imparzialità, terzietà del giudice (la c.d. incompatibilità endoprocessuale)⁶.

Dopo la riforma del procedimento cautelare, la Consulta è intervenuta anche per ampliare l'ambito applicativo del rimedio del reclamo cautelare. L'art. 669 *terdecies* c.p.c., introdotto dall'art. 74 l. 26 novembre 1990, n. 353, è stato dichiarato, da Corte cost., 23/06/1994, n. 253, costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui prevede la reclamabilità dei soli provvedimenti concessivi di tutela cautelare e non anche dei provvedimenti di rigetto della domanda volta ad ottenere tale tutela, poiché ciò determina una ingiustificata disparità di trattamento ed una limitazione del diritto di difesa della parte ricorrente rimasta soccombente, rispetto alla parte resistente. Per quanto attiene alla procedura camerale, occorre osservare che la stessa, se dotata di una struttura idonea ad assicurare la possibilità di una effettiva e non meramente episodica partecipazione dei "contendenti" all'iter formativo del provvedimento giudiziale, può essere considerata l'espressione costituzionalmente conforme di un giusto processo. Con la sentenza n. 202 del 1975, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 9, comma 2, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nella parte in cui non consente il normale esercizio di facoltà di prova. Con la stessa sentenza, la Corte cost. ha precisato che "l'ordinamento conosce vari casi di provvedimenti decisori adottati in camera di consiglio, in cui la procedura è disposta anche in presenza di elementi della giurisdizione contenziosa (si pensi ad alcune fasi del procedimento di separazione personale dei coniugi; all'interdizione; all'inabilitazione; all'assenza o alla dichiarazione di morte presunta)". La Corte ha, altresì, affermato che "il procedimento in camera di consiglio non è di per sé contrastante con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost." (sentenza n. 122 del 1966) e che "il problema della scelta concreta del procedimento da adottare è problema di politica processuale che sfugge alla competenza della Corte, nei limiti in cui, ovviamente, non si risolve nella violazione di specifici precetti costituzionali e non sia viziata da irragionevolezza" (sent. n. 142 del 1970). Per quanto riguarda il processo fallimentare, occorre evidenziare che, con la sentenza n. 141 del 1970, è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 15 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, sulla "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", nella parte in cui non prevede l'obbligo del tribunale di disporre la comparizione dell'imprenditore in camera di consiglio per l'esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura di tale procedimento. La sent. n. 142 del 1970 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 147, secondo comma, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (c.d. legge fallimentare), nelle parti in cui: a) non consente ai soci illimitatamente responsabili l'esercizio del diritto di difesa nei limiti compatibili con la natura del procedimento di camera di consiglio prescritto per la dichiarazione di fallimento; b) nega al creditore interessato la legittimazione a proporre istanza di dichiarazione di fallimento di altri soci illimitatamente responsabili nelle forme dell'art. 6 del regio decreto predetto.

⁶ È costante nella giurisprudenza della Corte cost. l'affermazione che il principio sancito dall'art. 25 della Costituzione tutela essenzialmente l'esigenza che la competenza degli organi giudiziari, al fine di una garanzia rigorosa della loro

Sul piano teleologico (della effettività della tutela giurisdizionale), occorre ricordare l'evoluzione del "diritto alla tutela giurisdizionale" da mero diritto (astratto) di accesso alla Giustizia a diritto (concreto)

imparzialità, venga sottratta ad ogni possibilità di arbitrio, attraverso la precostituzione per legge del giudice in base a criteri generali fissati in anticipo e non in vista di singole controversie (v. sent. n. 77 del 1977). Secondo una risalente giurisprudenza, "l'appartenenza del giudice all'ordine giudiziario e le garanzie costituzionali che ne assistono lo stato giuridico lo pongono in grado di operare sempre con assoluta obiettività, talché non può sorgere questione di parzialità quando la legge lo faccia partecipare, per economia processuale, a fasi ulteriori del processo in cui ha già dovuto esprimere il suo giudizio" (Cass. 26 ottobre 1976, n. 3875). Tale posizione è stata abbandonata nel momento in cui la giurisprudenza costituzionale, paventando il pericolo della così detta forza della prevenzione come "naturale tendenza a mantenere fermo un giudizio già espresso" (recentemente sent. 17 giugno 1999, n. 241), ha – con specifico riferimento al processo penale – dichiarato ripetutamente la incostituzionalità dell'art. 34 c.p.p. laddove: 1) consente al giudice per le indagini preliminari che abbia applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato di partecipare al dibattimento (sent. n. 432 del 1995); 2) consente al giudice che abbia già emanato una misura cautelare nei confronti dell'indagato o dell'imputato di partecipare come membro del collegio del tribunale del riesame o dell'appello (sent. n. 131 del 1996); 3) consente al giudice per le indagini preliminari che abbia disposto una misura cautelare personale di partecipare al giudizio abbreviato richiesto dalle parti (sent. n. 155 del 1996. Con questa "storica" pronuncia la Corte cost. ha affermato, chiaramente e definitivamente, che l'imparzialità "richiede che la funzione del giudicare sia assegnata ad un soggetto 'terzo', non solo scevro di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombro di convinzioni precostituite in ordine alla materia del decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasioni di funzioni decisorie che egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza"). L'esigenza di liberare il giudice dai condizionamenti è poi passata dal processo penale al processo civile. Cfr., in tal senso, la sent. n. 387 del 1999 in cui la Corte cost. – superando un precedente orientamento che negava il rischio di una «incompatibilità endoprocessuale» del giudicante nel caso di trapasso dalla tutela cautelare a quella di merito (sent. n. 326 del 1997 e ord. n. 359 del 1998) – ha proposto una "lettura costituzionalmente orientata dell'art. 51, n. 4, c.p.c.". I giudici della Consulta, pur asserendo che il processo civile e il processo penale «non devono seguire linee direttive necessariamente identiche», hanno parimenti stabilito «che il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo» (cfr., anche, sentenze n. 51 del 1998 e n. 326 del 1997), e che è da «evitare che lo stesso giudice, nel decidere, abbia a ripercorrere l'identico itinerario logico precedentemente seguito; sicché, condizione necessaria per dover ritenere una incompatibilità endoprocessuale è la preesistenza di valutazioni che cadano sulla stessa *res iudicanda*». Il rispetto di questa esigenza, secondo la Corte, è assicurata in via generale dall'art. 51, comma 1, n. 4, secondo il quale il giudice ha l'obbligo di

al conseguimento del bene dovuto, attraverso la mediazione del *dictum* giudiziale⁷.

Corollari di detto fenomeno sono la riconosciuta valenza costituzionale della tutela cautelare e la sua conseguente diffusione

astenersi se ha conosciuto della causa «come magistrato in altro grado del processo», poiché «l'espressione "altro grado" non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere – con una interpretazione conforme a Costituzione – anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata...da pronuncia che attiene al medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario». La questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, 1° comma, n. 4, e 2° comma, c.p.c., nella parte in cui non prevede incompatibilità tra le funzioni del giudice che pronuncia decreto di repressione della condotta antisindacale ex art. 28 l. 20 maggio 1970 n. 300 e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto, è stata dichiarata non fondata «essendo l'interprete tenuto ad una esegesi costituzionalmente corretta della norma denunciata, tale da ricomprendere, tra le ipotesi, dalla stessa contemplate, di obbligo di astensione del giudice per avere conosciuto della causa in un altro grado, quella dell'opposizione a decreto dallo stesso emesso ex art. 28, primo comma, della legge n. 300 del 1970».

⁷ Al riguardo, appare opportuno richiamare i principi affermati da Corte cost. n. 419 del 1995: a) «...una volta intervenuta una pronuncia giurisdizionale la quale riconosca come ingiustamente lesivo dell'interesse del cittadino un determinato comportamento dell'Amministrazione, o che detti le misure cautelari ritenute opportune e strumentali all'effettività della tutela giurisdizionale, incombe sull'Amministrazione l'obbligo di conformarsi ad essa; ed il contenuto di tale obbligo consiste appunto nell'attuazione di quel risultato pratico, tangibile, riconosciuto come giusto e necessario dal giudice»; b) «in base al...principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli articoli 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto: e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta...»; c) «...la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria»; d) «se quindi l'esercizio di poteri autoritativi al fine della effettiva realizzazione della tutela garantita dalla

oltre gli originari confini della giurisdizione ordinaria⁸. Valenza costituzionale che ben si giustifica ove si consideri che la tutela cautelare “mira...a salvaguardare *l'imperium judicis*, ossia a impedire che la sovranità dello Stato, nella sua più alta espressione che è quella della giustizia, si riduca ad essere una tarda ed inutile espressione verbale, una vana ostentazione di lenti congegni destinati, come le guardie dell'opera buffa, ad arrivar sempre troppo tardi”⁹.

3. Il paradigma comunitario del “giusto processo” prima del Trattato di Amsterdam e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In epoca anteriore al Trattato di Amsterdam (in vigore dal 1° maggio 1999) ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata in seno al Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000), un modello normativo comunitario del “giusto processo” non poteva desumersi se non attraverso:

Costituzione è una fase (pur se eventuale) intrinsecamente complementare e necessaria all'esercizio della giurisdizione, ne deriva, quale logico corollario, l'impossibilità di operare distinzioni di sorta fra funzioni giurisdizionali di natura diversa (ordinaria, amministrativa, di legittimità, di merito, esclusiva) per inferirne... che solo in alcune, e non in altre, detti poteri sarebbero legittimamente esercitabili”; e) “...in linea di principio non sono configurabili giurisdizioni passibili di esecuzione ed altre in cui il dovere di attuare la decisione si arresti di fronte alle particolari competenze attribuite al soggetto il cui operato è sottoposto a sindacato. Al contrario, la garanzia della competenza cede a fronte della contrapposta garanzia di ogni cittadino alla tutela giurisdizionale, la quale rappresenta e dà contenuto concreto, in definitiva, alla garanzia della pari osservanza della legge: da parte di tutti ed in egual misura”.

⁸ Cfr. Corte cost. n. 190 del 1985, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 u.c. della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei T.A.R. nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza più idonei, secondo le circostanze, ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile.

⁹ CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, 144.

1) i richiami ad esso frammentariamente emergenti da talune disposizioni della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale, sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale [cfr., in particolare, l'art. 27, n. 2 (secondo cui le decisioni non sono riconosciute "se la domanda giudiziale od un atto equivalente non è stato notificato o comunicato al convenuto contumace regolarmente ed in tempo hé questi possa presentare le proprie difese"), e l'art. 34, comma 2 (che, in materia di esecuzione delle decisioni, stabilisce che "l'istanza può essere rigettata solo per uno dei motivi contemplati dagli articoli 27 e 28"). Entrambe le disposizioni hanno, peraltro, subito talune modifiche nel Regolamento 44/2001, ove la Convenzione è stata trasfusa, successivamente al Trattato di Amsterdam];

2) la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, segnatamente nell'esercizio delle proprie competenze pregiudiziali interpretative ad essa derivanti principalmente in forza dell'art. 177 (oggi, 234) del Trattato istitutivo CEE.

Quanto affermato costituisce il corollario di un principio che — come si chiarirà più avanti — è stato formalmente abbattuto (limitatamente alla materia della cooperazione giudiziaria civile) solo con il Trattato di Amsterdam: ovverosia, il principio di autonomia normativa degli Stati membri in materia processuale. Anteriormente al Trattato di Amsterdam, infatti, la sola base giuridica sulla quale poggiava la concreta possibilità di realizzazione fra gli Stati membri dei bisogni di cooperazione giudiziaria era costituita dall'art. 220 del Trattato CEE (oggi, 293), con il quale gli Stati medesimi si impegnavano ad avviare negoziati intesi a garantire (fra l'altro)

“la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali”.

Nonostante la formale vigenza del principio di autonomia normativa processuale degli Stati membri (in forza del quale la scelta sulle modalità di organizzazione dei modelli di tutela giurisdizionale delle posizioni di interesse sostanziale risultava affidata alla sovranità dei singoli Stati, per quanto comunitaria fosse la fonte delle posizioni sostanziali da tutelarsi), è potuto accadere che la Corte di giustizia delle Comunità europee si sia nel

tempo "ritagliata" un proprio *droit de regard* sulle normative processuali nazionali, finalizzato a censurarne eventuali ipotetiche violazioni di principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Ciò si è realizzato, mercé la combinata operatività delle seguenti condizioni:

- a) la Corte ha da sempre ritenuto materialmente rientrante fra le proprie competenze l'interpretazione del diritto comunitario (se del caso, anche non scritto) rassegnato in taluni principi fondamentali del relativo ordinamento
- b) l'interpretazione pregiudiziale di tali principi (come, del resto, di qualsivoglia altra disposizione comunitaria) può essere fornita dalla Corte strumentalmente alla effettuazione – ad opera del giudice nazionale, ma con l'apporto sostanzialmente decisivo dell'organo comunitario – del giudizio di compatibilità delle norme interne con quelle comunitarie;
- c) stante il principio di *primauté* dell'ordinamento comunitario su quelli nazionali, allorché emerge l'incompatibilità tra un precetto interno con altro comunitario, è quest'ultimo a prevalere, determinando la caducazione o la conformazione del precetonazionale comunitariamente illegittimo, secondo modelli di operatività che – avuto riguardo a referenti normativi comunitari a carattere generale o di principio – sono i medesimi di quelli vevoli con to al giudizio di costituzionalità delle norme nazionali.

Per ciò che attiene alla vicenda di ingerenza della Corte di giustizia sugli ordinamenti processuali nazionali, i principi dell'ordinamento comunitario che hanno svolto il ruolo di mediazione per la conformazione dei precetti interni sono stati, principalmente, due:

- il c.d. principio di equivalenza;
- il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In applicazione del c.d. principio di equivalenza, il sistema normativo comunitario non consente che gli ordinamenti processuali nazionali adottino, nell'espletamento della funzione di tutela delle posizioni di diritto di fonte comunitaria, modalità meno favorevoli di quelle che riguardino ricorsi analoghi di natura interna, con la conseguenza che, qualora ciò dovesse accadere, la disciplina nazionale discriminatoria dovrebbe essere disapplicata a favore di

quella – più garantista – di fonte pur sempre interna, prevista per le “analoghe posizioni” di diritto sostanziale di fonte nazionale.

In applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, diversamente (ed ancor più incisivamente di quanto non accada col principio di equivalenza), l'ordinamento comunitario impone che, in ogni caso, le modalità di tutela adottate dai sistemi processuali nazionali non debbano rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario medesimo.

Le applicazioni giurisprudenziali degli indicati principi sono state, nel corso dei decenni di vigenza dell'istituto pregiudiziale, molteplici. Alcune di esse si sono, però, imposte alla attenzione degli Stati membri con particolare intensità, in virtù della loro portata “integrativa” o “caducatoria” di specifici settori (o precetti) delle discipline processuali nazionali, segnando così altrettante tappe fondamentali nella elaborazione del modello giurisprudenziale comunitario del “giusto processo”.

Con riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale, vanno qui rammentate le pronunce interpretative della Corte di giustizia che hanno costituito il fondamento comunitario della garanzia alla tutela cautelare (se del caso, a contenuto pure anticipatorio, e non meramente conservativo), fornendo, altresì, alcuni termini “minimi” di disciplina, in relazione al contemperamento con altri principi fondamentali dell'ordinamento comunitario. Si tratta, più esattamente, delle sentenze: *Factortame*, del 19 giugno 1990¹⁰; *Zuckerfabrick*

¹⁰ Con la pronuncia *Factortame*, del 19 giugno 1990 (in causa C-213/89, *Factortame e A.*, in Racc., 1990, pag. I-2433, ss.), la Corte ha, per la prima volta, genericamente sancito la “doverosità” della tutela cautelare allorché segnatamente volta a conferire l'effettiva fruibilità dei diritti di fonte comunitaria. Nel caso di specie, si trattava di riconoscere in capo all'autorità giurisdizionale inglese, onde il rinvio era scaturito (la *House of Lords*), il potere di disapplicare una norma nazionale sospettata di violare l'ordinamento comunitario (nella fattispecie, la normativa nazionale regolamentante l'immatricolazione delle navi da pesca britanniche) nell'attesa che l'accertamento del diritto alla immatricolazione, secondo i canoni risultanti dalla normativa comunitaria, avesse luogo nelle forme della *ordinaria cognitio*. La Corte di giustizia, pur premettendo in ossequio al principio di autonomia processuale degli Stati membri, che «è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'[allora] art. 5 del Trattato CEE, garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza

Süderdithmarschen, del 21 febbraio 1991¹¹; e *Atlanta*, del 9 novembre 1995¹².

Con riferimento al principio di equivalenza, vanno diversamente rammentate le varie pronunce della Corte lussemburghese con le

delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta», ha aggiunto che «è incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che sia negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino, anche temporaneamente, alla piena efficacia delle norme comunitarie»; ed ancora, «che la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario».

¹¹ Se la sentenza *Factortame* si è limitata ad indicare l'irrinunciabile esigenza per l'ordinamento comunitario di vedere tutelati i diritti sostanziali di propria derivazione anche mediante forme provvisorie di tutela in grado di assicurarne la fruibilità (se del caso, anche contro la normativa interna comunitariamente illegittima), la pronuncia *Zuckerfabrick*, del 21 febbraio 1991 (cause riunite C-143/88 e C-92/89, in Racc. 1991, p. I-415 ss.), a fronte di una fattispecie giudiziale in cui la pretesa privata presupponeva l'accertamento di invalidità di un regolamento comunitario sollecitato – esso stesso – mediante lo strumento pregiudiziale, è intervenuta a precisare le condizioni alle quali la misura cautelare ivi richiesta (e cioè, la sospensione del provvedimento amministrativo adottato in base ad una norma nazionale applicativa della disciplina comunitaria *sub iudice* per sospetta invalidità) andasse concessa. Con la pronuncia, infatti, la Corte, non soltanto ha chiarito che il potere cautelativo di sospensione dell'efficacia di atti normativi invalidi spetta al giudice nazionale anche quando l'atto in questione è non una legge nazionale (come nel caso inglese), ma un regolamento comunitario (circa la cui validità è comunque ritenuta definitivamente competente a pronunciarsi la sola Corte), ma ha puntualizzato altresì che la misura cautelare sospensiva può essere concessa dal giudice «a condizione che lo stesso giudice nutra gravi riserve in ordine alla validità dell'atto comunitario e provveda direttamente a effettuare il rinvio, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto impugnato, ricorrano gli estremi dell'urgenza, sul richiedente incomba il rischio di subire un pregiudizio grave e irreparabile e il suddetto giudice tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità».

¹² Con la sentenza *Atlanta*, del 9 novembre 1995 (causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandellgesellschaft mbH*, in Racc. pag. I- 3761 ss.), la Corte è pervenuta ad arricchire il panorama delle garanzie giurisdizional-cautelari comunitarie

quali si è approfondita la questione riguardante il conflitto con i dettami dell'ordinamento comunitario di quelle disposizioni processuali nazionali che, nel porre l'onere di deposito di determinate *cautiones (pro expensis, o iudicatum solvi)* o nel

rivendicando ad esso una ampiezza parzialmente inedita nel panorama delle garanzie assicurate, all'epoca, dal diritto processuale – in specie amministrativo – italiano. Si è trattato, infatti, di specificare che il contenuto della potestà decisoria cautelare dei giudici nazionali chiamati a sindacare in merito alla asserita invalidità di un atto amministrativo nazionale (nella specie, una invalidità derivante dall'invalidità della stessa normativa comunitaria applicata) non è da ritenere limitato alla semplice sospensione della efficacia imperativa dello stesso, dovendosi, invece, all'occorrenza spingere – a fronte, potremmo dire, del carattere pretensivo, e non meramente ablativo, dell'interesse sostanziale fatto valere dall'amministrato – fino alla attribuzione provvisoria dello stesso bene fatto valere con la domanda di merito. Nel caso deciso, la sentenza pregiudiziale proveniva da un rinvio operato dal *Verwaltungsgericht* di Francoforte sul Meno, chiamato a decidere, da un gruppo di Società del Gruppo Atlanta, in merito alla legittimità di un provvedimento del *Bundesamt fuer Ernaehrung und Forstwirtschaft* (Ufficio federale dell'alimentazione e della silvicoltura) che, in applicazione di un regolamento del Consiglio, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore della banana (reg. CEE 13 febbraio 1993, n. 404), aveva disposto un certo contingentamento alla attività di importazione della frutta in questione in dipendenza dei Paesi di provenienza delle stesse. Il regolamento comunitario su cui il provvedimento amministrativo nazionale si fondava era, però, sospettato di invalidità, e frattanto che si decidesse sulla questione di validità del regolamento (e, derivatamente da ciò – come accennato – altresì del provvedimento amministrativo) era fondamentale per la vita economica delle società attrici il rilascio di ulteriori certificati di importazione di banane al di là dei quantitativi già assegnati. A fronte di tale "bisogno di tutela", l'autorità nazionale si riteneva incerta in merito alla propria titolarità di una potestà giurisdizional-cautelare che potesse legittimare la pronuncia di un provvedimento provvisorio nella specie contenutisticamente connotato dall'apprezzamento "autarchico" della invalidità del regolamento comunitario e dalla attribuzione in via anticipata dello stesso "bene della vita" reclamato definitivamente con la domanda di merito. La Corte di giustizia ha fugato siffatte incertezze, chiarendo che: "il potere di ordinare i provvedimenti provvisori necessari e, dall'altro, la tutela cautelare che i giudici nazionali debbono garantire ai singoli, in forza del diritto comunitario, non può variare a seconda che questi ultimi chiedano la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale o la concessione dei provvedimenti provvisori di cui trattasi, dato che una tale concessione non ha, per sua natura, ripercussioni più rilevanti sull'ordinamento giuridico comunitario della semplice sospensione dell'esecuzione del provvedimento nazionale adottato sulla base di un regolamento. Perché il giudice nazionale possa concedere tali provvedimenti provvisori, occorre che esso nutra gravi riserve sulla validità dell'atto comunitario e le esponga nella sua decisione;

condizionare l'operatività di determinati strumenti cautelari di tutela alla loro eseguibilità entro il solo ambito territoriale dell'ordinamento nazionale che li predisponesse, rendevano più difficoltoso l'accesso alla giustizia degli stranieri rispetto ai cittadini. Esempolari di tale giurisprudenza sono, rispettivamente, la sentenza *Saldanha*, del 2 ottobre 1997, e la sentenza *Mund & Fester*, del 10 febbraio 1994¹³.

che provveda direttamente ad effettuare il rinvio pregiudiziale, nell'ipotesi in cui alla Corte non sia già stata deferita la questione di validità dell'atto contestato; che ricorrano gli estremi dell'urgenza, nel senso che i provvedimenti provvisori sono necessari per evitare che la parte che li richiede subisca un danno grave e irreparabile, e che si tenga pienamente conto dell'interesse della Comunità. Tale presa in considerazione impone al giudice nazionale di verificare se l'atto comunitario controverso non venga ad essere privato di ogni effetto utile in difetto di un'applicazione immediata e di tener conto, al riguardo, del pregiudizio che può essere arrecato al regime giuridico istituito dal regolamento in tutta la Comunità. Essa presuppone, inoltre, che tale giudice abbia la possibilità, qualora la concessione di provvedimenti provvisori possa comportare per la Comunità un rischio finanziario, di imporre al ricorrente la prestazione di sufficienti garanzie. Occorre infine che, nella valutazione di tutti questi presupposti, il giudice nazionale rispetti le pronunce della Corte o del Tribunale di primo grado in ordine alla legittimità del regolamento...".

¹³ Con la sentenza *Stephen Austin Saldanha*, del 2 ottobre 1997, il sindacato della Corte è sceso, in particolare, sull'art. 57, nn. 1 e 2, della *Zivilprozessordnung* (codice di procedura civile austriaco), in base a cui i cittadini stranieri attori in un procedimento dinanzi al giudice austriaco dovevano, ove il convenuto ne avesse fatto richiesta, depositare una somma destinata a garantire il pagamento delle spese processuali, salva l'applicazione di convenzioni internazionali che disponessero diversamente. Vero è che lo stesso art. 57, n. 2, della ZPO prevedeva che la detta *cautio* non si dovesse applicare se l'attore (ancorché straniero) fosse residente in Austria o se una condanna a suo carico per le spese processuali potesse essere assistita da un regime privilegiato convenzionale di esecuzione intercorrente fra l'Austria ed il paese di residenza. Nel caso di specie, tuttavia: l'attore era un individuo con (doppia) cittadinanza statunitense e del Regno Unito; egli risiedeva in Florida; e tra l'Austria e gli Stati Uniti d'America (o lo Stato della Florida) non era mai intercorsa alcuna convenzione che consentisse di dare esecuzione ad una pronuncia austriaca in materia di spese processuali nello Stato della Florida. Ebbene, proprio affermando il principio di non discriminazione "per ragioni di cittadinanza", la Corte lussemburghese (ribadendo una giurisprudenza già avutasi su analoghe fattispecie normative presenti in vari ordinamenti nazionali), ha specificamente stabilito che: "una norma di procedura civile nazionale di uno Stato membro, quale quella che obbliga un cittadino di un altro Stato membro, se non è residente, a depositare una «cautio iudicatum solvi» se intende esperire un'azione dinanzi al giudice, in veste di socio, nei confronti di

4. Il Trattato di Amsterdam, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la individuazione di un modello comunitario di "giusto processo"

Il Trattato di Amsterdam ha determinato una importante accelerazione nel processo di integrazione normativa processual-civilistica fra gli Stati dell'Unione, ponendo, altresì, le basi per una più organica elaborazione di un modello normativo comunitario di "giusto processo".

una società che ha sede in quello Stato, rientra nell'ambito d'applicazione del Trattato ai sensi dell'art. 6, primo comma [oggi, 12, n.d.r.] del Trattato stesso e deve rispettare il principio generale di non discriminazione sancito da detto articolo". Articolo, peraltro, interpretato dalla Corte nel senso per cui esso "osta a che uno Stato membro imponga la prestazione di una «cautio iudicatum solvi» ad un cittadino di un altro Stato membro, che è del pari cittadino di un paese terzo in cui risiede, allorché detto cittadino, che non è residente né possiede beni nel primo Stato membro, ha adito in veste di azionista un giudice civile di questo Stato contro una società che ivi ha sede, qualora detto obbligo non possa essere imposto ai cittadini dello stesso Stato che ivi non possiedono beni né sono residenti". Prima della pronuncia Saldanha (e pur sempre in applicazione del canone di non discriminazione per ragioni di cittadinanza), una grande eco (in ambito dottrinario) aveva avuto un'altra pronuncia, la Mund & Fester, del 10 febbraio 1994, la quale, aveva ravvisato una violazione – ancora "indiretta" – dell'[allora] articolo 6, comma 1, del Trattato, con riferimento al § 917 dello ZPO. Tale norma dispone – com'è noto – la concedibilità di un sequestro conservativo condizionatamente alla mera circostanza della eseguibilità all'estero della pronuncia di condanna "cautelanda". Ora, se è vero che di tale presunzione assoluta di "*periculum*" – nella quale il § 917 ZPO sostanzialmente consiste – possono formalmente giovare tanto i cittadini tedeschi quanto quelli di altri Stati membri che agiscano "cautelamente" in Germania, è – altresì – vero che la circostanza di fatto secondo cui – normalmente – i beni situati in un certo Stato sono di proprietà dei cittadini (o, di persone giuridiche) dello stesso comporta una concreta applicazione della disposizione processuale in questione discriminatoriamente a vantaggio dei soli cittadini tedeschi in rapporto ai cittadini degli altri Stati membri. Statisticamente, infatti, l'applicazione della disposizione finiva col determinare – a parità delle altre condizioni – un normale automatico ottenimento della misura cautelare interna da parte dell'attore che agisse nei confronti di un cittadino straniero, a differenza di quanto accadeva, invece, allorché il convenuto fosse un cittadino tedesco. Ed appunto evidenziando tale concreta evenienza, la Corte ha configurato nella specie una violazione ancora "indiretta" (poiché mediata – stavolta – per il tramite del criterio di collocazione materiale dei beni) del generale canone di non discriminazione per ragioni di cittadinanza. Poiché, peraltro, l'applicazione di tale canone implica sempre la verifica di sussistenza di eventuali ragioni "obiettivamente giustificative" della

Ciò è avvenuto in forza di una innovazione che è – anzitutto – una innovazione di metodo.

Il Trattato ha, infatti, sancito il passaggio, entro l'area di interesse normativo delle Istituzioni, della materia della cooperazione giudiziaria civile, per come (pur ambiguamente) individuata in seno al novellato art. 65 del Trattato istitutivo¹⁴.

Non è facile intuire quali sviluppi si determineranno nel processo di armonizzazione delle discipline processuali nazionali in virtù degli strumenti normativi che sortiranno dalla “base giuridica” dell'art. 65. Certo è che già alcuni importanti traguardi sono stati raggiunti. Basti pensare:

- al Regolamento n. 1346/2000, del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, entrato in vigore il 31 maggio 2002;
- al Regolamento n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in vigore 4 (abrogativo del precedente Regolamento n. 1347/2000, del 29 maggio 2000, già relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà

disparità di trattamento, la Corte ne ha ravvisato l'inesistenza con riferimento limitato e specifico all'ambito comunitario, in cui la vigenza della Convenzione di Bruxelles – e l'esistenza, dunque, di un sistema particolarmente efficiente di circolazione ed esecuzione delle decisioni civili – esclude a priori la ragionevolezza della presunzione di *periculum* conseguente all'esecuzione all'estero delle sentenze.

¹⁴ L'articolo 65 così dispone:

Le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, da adottare a norma dell'articolo 67 e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno, includono:

a) il miglioramento e la semplificazione:

- del sistema per la notificazione transnazionale degli atti giudiziari ed extragiudiziali;
- della cooperazione nell'assunzione dei mezzi di prova;
- del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale,

comprese le decisioni extragiudiziali;

a) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale;

b) l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri.

- dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, entrato in vigore il 1° marzo 2001);
- al Regolamento n. 1348/2000, del 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile o commerciale, entrato in vigore il 31 001;
 - al Regolamento n. 44/2001, del 22 dicembre 2000 (c.d. Bruxelles I), nte la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, entrato in 1° marzo 2002;
 - al Regolamento n. 1206/2001, del 28 maggio 2001, relativo alla cooperazione fra le autorità giudiziarie degli Stati membri nel settore dell'assunzione delle prove in materia civile o commerciale, entrato formalmente in vigore il 1° luglio 2001, ma praticamente applicabile a partire dal 1° gennaio 2004, essendosi atteso che gli Stati membri si organizzassero per la predisposizione e la comunicazione in ordine alle giurisdizioni competenti e agli organismi preposti alla sua operatività;
 - al Regolamento n. 805/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, istitutivo del c.d. titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati;
 - alle disposizioni processuali contenute in seno alla Direttiva 2000/35/CE, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (attuata in Italia mediante il decr. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, modificativo di varie disposizioni del codice di rito in materia di e procedimto monitorio);
 - alla Direttiva 2002/8/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie.

È piuttosto evidente, peraltro, che taluni di questi strumenti normativi abbiano oltrepassato i confini materialmente propri dei tradizionali istituti di cooperazione giudiziaria transfrontaliera (ausilio nelle notificazioni o comunicazioni degli atti da uno Stato all'altro, acquisizioni di prove all'estero, circolazione dei provvedimenti giurisdizionali...), per fondare (seppur tenendo sempre conto delle controversie transfrontaliere, costituenti il

terreno elettivo della regolamentazione processuale comunitaria) istituti di tutela giurisdizionale dei diritti comuni a tutti gli Stati membri ancorché – pure – di fonte non comunitaria.

Quanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, va preliminarmente puntualizzato che essa rappresenta ancora una solenne proclamazione, dal valore eminentemente politico e non propriamente precettivo.

Sul piano dei contenuti, e per quanto qui rileva, va detto, peraltro, che, fra le molteplici garanzie fondamentali, la Carta contiene, altresì, quella relativa ad un processo equo, articolata nelle previsioni di cui agli artt. 47 e (con limitato riferimento al processo penale) 48¹⁵.

Nonostante gli artt. 47 e 48 della Carta si limitino, in fondo, a ratificare principi e regole già ben presenti nella prassi giurisprudenziale della Corte di giustizia, se non per altro, per il fatto di ricalcare abbastanza fedelmente precetti già contenuti in seno alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (che la Corte da tempo ascrive tra le fonti cui l'ordinamento comunitario – ancorché formalmente estranee ad esso – si conforma), essi potranno comunque svolgere un ruolo nella elaborazione del disegno comunitario del “giusto processo”.

Le nuove disposizioni, infatti, ancorché colte con riferimento al loro (attuale) limitato valore ricognitivo dei principi costituzionali comuni degli Stati membri, potranno comunque affrancare il controllo comunitario sui sistemi processuali nazionali dal

¹⁵ Articolo 47 – *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*

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

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

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

Articolo 48 – *Presunzione di innocenza e diritti della difesa*

1. Ogni imputato è considerato innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata.

2. Il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato.

condizionamento pratico fin qui derivato: dalla carenza di un esplicito catalogo di garanzie e dal conseguente consentito argomentare sulle stesse (da parte delle autorità rinvianti e della Corte stessa) in funzione del generico “principio di effettività” applicato ai singoli frammenti di disciplina processuale interna immediatamente rilevanti nel giudizio *a quo*, o – indirettamente – in forza dei vari canoni di non discriminazione presenti nel trattato istitutivo CE applicati alle posizioni soggettive processuali.

La Carta, inoltre, grazie alla stessa (mera) esplicitazione del catalogo delle garanzie che contiene, saprà elevare il livello di consapevolezza nei cittadini europei circa l'esistenza di una parallela – ancorché indiretta – *chance* di controllo della legalità degli atti normativi interni realizzabile per mezzo dello strumento pregiudiziale, per questa via potendo incrementare l'esercizio del pur (contenutisticamente) tradizionale *droit de regard* della Corte.

In tempi recentissimi non sono mancati, infatti, significativamente, alcuni sporadici richiami alla Carta (e, in specie, al suo art. 47), se non – ancora – nelle motivazioni delle pronunce della Corte (richiami sono però già presenti nella giurisprudenza del Tribunale di primo grado: cfr., *ex ceteris*, da ult., la sent. 8 luglio 2004, cause riunite T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, *JFE Engineering Corp. e A.*), nelle conclusioni presentate dagli Avvocati generali propedeuticamente alla prolazione della sentenza (cfr., ad es., le concl. dell'Avv. gen. Alber del 24.10.2002, relative alla causa C-63/01, *Evans*, punto 80; e poco prima, quelle dell'Avv. gen. Geelhoed del 10.09.2002, in causa C-461/01, *Imperial Tobacco*, punto 47).