

PRINCIPIO DI LEGALITA' ED ESERCIZIO DELLA GIURISDIZIONE

GIUSEPPE VIGNERA

Magistrato

Sommario: 1. Il principio di legalità quale fondamento primario della riserva di legge ex art. 111, 1° comma, Cost.; 2. Orientamento postulante il carattere assoluto della riserva di legge in questione; 3. Esame critico dell'impostazione suindicata: carattere relativo della riserva di legge in discorso; 4. Conclusioni.

1. Il principio di legalità quale fondamento primario della riserva di legge ex art. 111, 1° comma, Cost.

Innovato dall'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 ⁽¹⁾, l'art. 111, 1° comma,

⁽¹⁾ L'art. 111 Cost. nella sua formulazione originaria constava di tre commi.

Il 1° comma, più esattamente, divisava (e divisa ancora) la garanzia della motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali (su tale garanzia v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 191 ss.).

Il 2° comma, a sua volta, assicurava (e continua ad assicurare) l'esperibilità del ricorso (c.d. straordinario) in Cassazione contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale (sulla funzione di tale mezzo d'impugnazione, sul suo oggetto e sui motivi deducibili con esso v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 205 ss.).

Il 3° comma, infine, fissava (e continua a farlo) i limiti (“*per i soli motivi inerenti alla giurisdizione*”) del ricorso in Cassazione avverso le decisioni delle Supreme magistrature amministrative (Consiglio di Stato e Corte dei conti) [BERLATI, “*Limiti esterni*” della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.; MARINO, *Corte di cassazione e giudici “speciali” (Sull’interpretazione dell’ultimo comma dell’art. 111 Cost.)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 14 ss.].

L'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell’art. 111 della Costituzione*) ha lasciato immutato il testo dei commi predetti, dei quali è cambiata solamente la collocazione nell’ambito dell’art. 111 Cost., (diventandone, rispettivamente, i commi 6°, 7° e 8°) a seguito dell’aggiunta di cinque nuovi commi allo stesso articolo.

Di questi nuovi commi, il 3°, il 4° ed il 5° si riferiscono esclusivamente al processo penale (le norme attuative di questa parte della riforma costituzionale sono state date con la l. 1° marzo 2001 n. 63).

Il 1° ed il 2° di tali commi, invece, attesa la loro formulazione in termini generalissimi, riguardano qualsiasi procedimento giurisdizionale.

Cost. attualmente stabilisce: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”⁽²⁾.

Atteso l’indiscusso ed indiscutibile carattere onnicomprensivo della sua formulazione, codesta disposizione (al pari di quella contenuta nel 2° comma) é destinata ad influenzare la struttura di ogni procedimento giurisdizionale⁽³⁾ concretamente modellato dal legislatore ordinario: penale,

Infatti, il nuovo 1° comma dell’art. 111 Cost. stabilisce che “*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”.

Il nuovo 2° comma, a sua volta, prevede che “*ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata*”.

⁽²⁾ Sulle “*imprecisioni od incertezze semantiche*” caratterizzanti le disposizioni costituzionali del 1999 v. le perspicue osservazioni di COMOGLIO, *Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 702, 739-740, il quale esattamente rileva (tra l’altro) che la giurisdizione “*non si ‘attua’, ma semmai ‘si esercita’ o viene ‘esercitata’ dai giudici che ne siano titolari, come è possibile argomentare dall’art. 1 c.p.c.*”.

⁽³⁾ Il concetto di “procedimento” e quello di “processo” verranno da noi usati promiscuamente, poiché non ci sembra fondata su dati normativi positivi la loro distinzione incentrata sulla mancanza nel primo e sulla presenza nel secondo del contraddittorio tra le parti [per tale distinzione v. specialmente FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss. (cui nei decenni successivi hanno fatto seguito innumerevoli altri scritti dello stesso autore, che appare superfluo menzionare per la sostanziale ripetitività dei concetti espressi); e PICARDI, *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, 133 ss., 154 ss.].

Codesta distinzione, invero, appare anzitutto inficiata da un’intrinseca artificiosità, essendo del tutto nominalistica: ben si potrebbero, infatti, invertire le definizioni (riconoscendo al “procedimento” e negando, invece, al “processo” la peculiarità strutturale del contraddittorio *inter partes*) senza che ne derivino conseguenze applicative (per tale saggia obiezione v. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 822 ss.).

La distinzione stessa, poi, si rivela assolutamente inutile dal punto di vista pratico, considerato che nel diritto positivo è possibile riscontrare (da un lato) procedimenti giurisdizionali senza contraddittorio (come, per esempio, quello monitorio in senso stretto); e (dall’altro lato) procedimenti non giurisdizionali aventi struttura dialettica (i c.d. procedimenti amministrativi contenziosi o quasi-contenziosi, sui quali v. *ex multis* BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 126, 138 ss.; GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 379 ss.): anzi, per effetto degli artt. 7-10 l. 7 agosto 1990 n. 241, la dialetticità integra attualmente un requisito coesistente alla stessa nozione giuridica di procedimento amministrativo (v. per tutti CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, 2, Milano, 2001, 1291 ss., secondo cui oggi “*il principio del giusto procedimento, e con esso il principio del contraddittorio, è inderogabile in procedimenti che si concludono con provvedimenti afflittivi della sfera giuridica del privato*”).

Sulla tendenza ad esaltare l’utilizzazione del metodo partecipativo pure nell’ambito del procedimento legislativo v., infine, PATRONO, *Procedimento legislativo*, in *Nov. dig. it., Appendice*, V, Torino, 1984, 1343 ss.

Conclusivamente, pertanto, appare corretto affermare che “*l’unico dato certo, che abbia rilievo per l’interprete del diritto positivo, ... par quello che tale diritto non usa la parola*

civile, amministrativo, contabile o tributario che esso sia ⁽⁴⁾).

Qualsiasi processo giudiziario, pertanto, per essere qualificato conforme alla Costituzione oggi deve essere [oltreché “giusto”: coerente, cioè, con quei valori di civiltà giuridica espressi o condivisi dalla collettività ⁽⁵⁾] “regolato dalla legge”.

Malgrado le apparenze, la riserva di legge in materia processuale così divisata non rappresenta una vera novità, dovendosi essa considerare estrinsecazione di quel principio di legalità, che a sua volta “costituisce la ‘grande regola’ dello Stato di diritto” ⁽⁶⁾.

In virtù di tale principio (di legalità), infatti, tutti i titolari di un pubblico potere [giudici e ... pubblici ministeri compresi ⁽⁷⁾] sono tenuti “all’osservanza delle regole, delle procedure e dei termini stabiliti dalla legge” ⁽⁸⁾.

‘processo’ per definire procedimenti che non siano giudiziari, più precisamente ove non operi il giudice, e la riserva, prevalentemente, a quei procedimenti giudiziari, le cui funzioni sono giurisdizionali necessarie” (MONTESANO, La tutela giurisdizionale dei diritti, Torino, 1985, 7).

⁽⁴⁾ Sul punto v. esemplificativamente BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479, 483-484, secondo cui anzi ai canoni del giusto processo devono attenersi pure “la giurisdizione privata, ossia l’arbitrato (rituale), e la giurisdizione straniera, perché esse hanno ormai assunto nel nostro ordinamento piena ed autonoma rilevanza nel momento in cui il legislatore ha statuito l’efficacia del lodo arbitrale e della sentenza straniera a prescindere da ogni atto di recezione del giudice pubblico” (v. per l’arbitrato gli artt. 823, 4° comma, 827, 2° comma e 828, 1° e 2° comma, c.p.c.; e per le sentenze straniere l’art. 64 l. 31 maggio 1995 n. 218).

⁽⁵⁾ Sul punto rinviamo a VIGNERA, *Il “giusto processo” nell’art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, in *Informazione prev.*, 2003, 979, 983 ss.

⁽⁶⁾ Così icasticamente Corte cost. 2 novembre 1996 n. 379, in *Foro it.*, 1997, I, 370.

Sul tema v. pure CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 11, secondo la quale la “discrezionalità ... in uno Stato di diritto non può essere assoluta e trasformarsi in arbitrio, ma deve essere previamente disciplinata dalla norma legislativa per garantire ai singoli un eguale trattamento ... e per assicurare l’effettività del controllo giurisdizionale sugli atti emanati. Ma ciò è quanto, precisamente, richiede il generale principio di legalità cui, in uno Stato democratico di diritto, non si può non riconoscere valore generale”.

Sui nessi tra principio di legalità e Stato di diritto v. (pure per ulteriori informazioni bibliografiche) GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993, 497, 498 [il quale evidenzia in particolare che, “laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno stato diritto (senza ulteriori specificazioni); laddove il principio di legalità si estende anche al potere legislativo, abbiamo a che fare con uno stato costituzionale di diritto”].

⁽⁷⁾ Di “assoggettamento del pubblico ministero al principio di legalità processuale” parla ex professo Corte cost. 23 maggio 2003 n. 178, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1521.

⁽⁸⁾ Corte cost. 18 dicembre 2001 n. 415, in *Fisco*, 2002, 4.

Sui nessi e le mutue implicazioni tra principio di legalità e riserva di legge v. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 11 (“La riserva di legge relativa, creazione

Stupisce non poco, perciò, il fatto che [nell'intento di annichilire la valenza innovativa della disposizione costituzionale *de qua* e delle altre divisate dal nuovo art. 111 Cost. ⁽⁹⁾] sia stato scritto: “*l'esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo ... Ma la riserva di legge non riguarda (non può riguardare) i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, posto che nel nostro sistema il giudice non è fonte formale di regole generali ed astratte, ma è l'organo chiamato a concretizzarle*” ⁽¹⁰⁾.

Tale singolarissima affermazione non ha alcun fondamento.

Dal punto di vista storico, per cominciare, chi l'ha fatta non ha probabilmente considerato che il “*giusto processo regolato dalla legge*” ex art. 111, 1° comma, Cost. rappresenta la “variante” (non solo linguistica, ma anche ... garantistica) del *due process of law* ⁽¹¹⁾, di notoria matrice anglosassone (é persino pedante ricordarlo).

Orbene!

“*L'espressione 'due process of law' non si trova nella Magna Charta.*

*dottrina e giurisprudenziale, è stata lo strumento indispensabile per consentire che, all'interno di precise direttrici fissate dal Parlamento, potesse esercitarsi, con l'emanazione di atti normativi e non normativi, la necessaria discrezionalità degli altri organi investiti di potere. Discrezionalità che, certo, in uno Stato di diritto, non può essere assoluta e trasformarsi in arbitrio, ma deve essere previamente disciplinata dalla norma legislativa per garantire ai singoli un eguale trattamento e per assicurare l'effettività del controllo giurisdizionale sugli atti emanati. **Ma ciò è quanto, precisamente, richiede il generale principio di legalità cui, in uno Stato democratico di diritto, non può non riconoscersi valore generale. Quindi in definitiva la riserva di legge – limitata a pochi, più delicati e significativi oggetti – sarebbe forse da intendersi, come ritiene la migliore dottrina, sempre assoluta: solo – e compiutamente – dalla legge quegli oggetti hanno da essere disciplinati**”: il grassetto è nostro); nonché le pregevoli e “sempiterni” considerazioni di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Padova, 1975, 52 ss., spec. 54-56.*

⁽⁹⁾ Per questa riduttiva interpretazione dell'art. 111, 1° e 2° comma, Cost. v. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, 13 ss.

In senso critico v. VIGNERA, *Il “giusto processo” nell'art. 111, comma 1, Cost.: nozione e funzione*, cit., 981 ss.

⁽¹⁰⁾ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 18.

⁽¹¹⁾ Cfr. VASSALLI, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, 149, 151-152: “*Mi sembra difficile negare che nell'era moderna la locuzione in discorso ripete le proprie origini soprattutto dal diritto anglosassone, prima inglese e poi americano, dove l'espressione due process, o anche l'espressione due process of law, risale indietro nei secoli fino all'inizio del presente millennio e trova particolare sviluppo presso i giuristi del secolo XIV, mantenendosi peraltro come principio vivo ed operante fino ai nostri giorni*”.

Ciò nondimeno, le radici di tale principio sono già visibili in quel documento che per primo, nel 1215, intervenne a restringere il potere del sovrano inglese di agire *legibus solutus*. Difatti, quel documento, passato alla storia come ‘la carta delle libertà’, così disponeva nel suo XXXIX articolo: ‘Nessun uomo libero sarà (da noi sovrano) catturato e/o imprigionato, o privato dei suoi beni, oppure esiliato, o in qualunque altro modo rovinato, né noi lo perseguiremo o lasceremo che venga perseguito, salvo che mediante il legittimo giudizio (*lawful judgment*) dei suoi pari e/o in conformità della legge del regno’. Nello stabilire il dovere del sovrano di procedere ‘mediante la legge del regno’ (*by the law of the land*), traduzione del latino ‘per *legem terrae*’, la Magna Charta poneva il sovrano stesso, ovverosia lo Stato, nella condizione di **dover osservare le procedure legittime** al fine di infliggere una qualunque sanzione nei confronti di un individuo. Le radici del principio di giustizia ivi contenuto possono così scorgersi nel riferimento al requisito della ‘legittimità’ (*lawfulness*), inteso appunto nel senso di un **giudizio legittimamente pronunciato a seguito delle acconce procedure e nel rispetto delle leggi del regno**. Questa idea del procedimento legittimo (*lawful*) o giusto (*fair*) venne poi trasfusa nelle prime costituzioni statali, rappresentando l’antecedente diretto della frase ‘due process of law’ quale oggi si legge nella Costituzione degli Stati Uniti d’America”⁽¹²⁾.

Oltre a misconoscere il fatto che il *due process of law* nasce proprio come garanzia processuale (avente ad oggetto il *lawful judgment*, tale essendo a sua volta soltanto quello determinato *by the law of the land*) e, quindi, in definitiva come garanzia di una vera ... “riserva di legge in materia processuale”, anche dal punto di vista giuridico l’opinione qui avversata si rivela disinvolta perché:

A) “se pure è vero che la riserva di legge, principalmente per ragioni storiche, è stata tradizionalmente studiata nell’ottica dei rapporti tra competenza normativa del legislativo e competenza normativa dell’esecutivo, è altresì vero che, nell’impostazione odierna, essa vale anche nei confronti del potere giurisdizionale”⁽¹³⁾;

⁽¹²⁾ RE, *Due process of law*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 (i grassetti sono nostri).

Sulla matrice processuale del *due process of law* .v. pure VASSALLI, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, cit., 152; VIGORITI, *Due process of law*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 228.

⁽¹³⁾ Così BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1207, 1215.

Analogamente CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 1990, 5 (le cui parole al riguardo riporteremo tra poco nel testo); GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Digesto pubbl.*, IX, Torino, 1994, 163, 168 [“Il legislatore può non disciplinare affatto la materia riservata, ma – se decide di disciplinarla – ha l’obbligo di disciplinarla ‘compiutamente’ o

B) più esattamente, essa (opinione) si rifà a quel vetusto e “screditato” ⁽¹⁴⁾ modo di vedere, “che riduce la riserva di legge a semplice criterio di ripartizione delle competenze fra la legge e le altre fonti del diritto” ⁽¹⁵⁾: ormai da tempo, invece, è stato messo in evidenza come la riserva di legge riguardi (non solo le relazioni tra organi, ma) pure le relazioni tra atti ⁽¹⁶⁾ perché, “se la previsione costituzionale di una riserva significa **obbligo** per il legislatore di disciplinare una materia, di non lasciarla riempire da altri, la riserva stessa è egualmente violata sia quando vengano attribuiti poteri normativi a fonti diverse, sia quando la legge, anziché regolare completamente la materia, la lasci praticamente sfornita di disciplina, limitandosi a generiche indicazioni o al conferimento di poteri discrezionali. In tali casi la norma, non previamente posta in modo completo dalla legge del Parlamento (né da alcuna altra fonte) è creata dall’organo (amministrativo o giurisdizionale) nel momento dell’applicazione” ⁽¹⁷⁾.

Se, infine, (per pura e remotissima ipotesi) fosse davvero esatto che “l’esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche”, ci saremmo posti la seguente domanda: è più esatto affermare che “il richiamo alla necessità di un processo ‘regolato dalla legge’ è totalmente inutile” ⁽¹⁸⁾? oppure è più corretto sostenere che proprio l’art. 111, 1° comma, Cost. ha determinato il (definitivo, solenne e formale) superamento di quella vetusta

‘integralmente’, così da non lasciare spazio all’intervento di fonti subordinate alla legge e, più in generale, da non lasciare margini di discrezionalità agli organi (amministrativi e giurisdizionali) dell’applicazione”].

Sulla valenza generale del principio di legalità e sulla sua applicabilità (anche) all’attività giurisdizionale, infine, v. pure FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 659, 660, dove al riguardo si richiama altresì il principio della subordinazione del giudice alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.).

⁽¹⁴⁾ Così GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 498 [“... tradizionalmente, il principio di legalità è riferito non ai pubblici poteri in genere, ma specificamente al potere esecutivo. Ciò sottintende un modo di vedere risalente, secondo cui il problema della garanzia dei diritti nei confronti del legislativo e del giudiziario, semplicemente, non si pone ... Questo modo di vedere è oggi screditato. Nella cultura giuridica contemporanea si sono affermate: per un verso, la teoria secondo cui i diritti dei cittadini traggono origine non dalla legge, ma dalla costituzione, sicché si pone il problema di garantire i diritti conferiti dalla costituzione anche nei confronti del legislatore (di qui la rigidità delle costituzioni contemporanee e i controlli di legittimità costituzionale sulle leggi); per un altro verso, la teoria secondo cui la funzione giurisdizionale non è riducibile a ‘meccanica’ applicazione della legge, ma involge invece ampi margini di discrezionalità, quanto meno di discrezionalità amministrativa”].

⁽¹⁵⁾ CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 4.

⁽¹⁶⁾ V. CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 1-2, 5.

⁽¹⁷⁾ CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 5.

⁽¹⁸⁾ Così conclude CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 19.

concezione?

Ci sembra superfluo esplicitare la nostra risposta.

2. Orientamento postulante il carattere assoluto della riserva di legge in questione.

Tanto precisato, si rileva adesso che per alcuni studiosi la dizione normativa qui considerata impone oggi una *rigida* predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio: così chiaramente postulando che l'art. 111, 1° comma, Cost. faccia del processo giurisdizionale l'oggetto di una riserva di legge *assoluta*, la quale comporta “*esclusione dalla materia che ne forma oggetto, oltre che di normazione regolamentare – ad eccezione soltanto (stando all'opinione preferibile – dei regolamenti di stretta 'esecuzione' della legge – anche di concreti provvedimenti discrezionali*” degli organi preposti alla sua applicazione, “*solo ammettendosi interventi 'vincolati' alla legge, che ne costituiscano necessaria applicazione*”⁽¹⁹⁾.

In tale prospettiva si sostiene che i procedimenti a contenuto contenzioso⁽²⁰⁾ devono necessariamente uniformarsi al modello del processo

⁽¹⁹⁾ Codesta definizione di riserva di legge *assoluta* è stata mutuata da CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 52-53.

Sulla distinzione tra riserva di legge *assoluta* e riserva di legge *relativa* v. esemplificativamente CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 5: “*Nelle materie coperte da riserva di legge relativa si attenuerebbe il rigore dell'esclusione degli interventi non provenienti da fonte legislativa: del tutto vietati (quando non siano di 'mera esecuzione') laddove la Costituzione dispone una riserva assoluta, sarebbero invece, qui, consentiti, purché la legge abbia disciplinato la materia in modo 'sufficiente', e comunque idoneo a circoscrivere la discrezionalità di chi è autorizzato ad intervenire*”.

Sulla matrice dottrinarie e giurisprudenziale della distinzione (“*che non trova alcuno specifico fondamento nel testo costituzionale*”), sull'incostante applicazione fattane dalla Corte costituzionale, sulla difficoltà di qualificare esattamente le diverse riserve poste dalla Costituzione e sulla recente tendenza della Consulta a relativizzare (per così dire) tutte le riserve di legge (compresa quella in materia penale *ex art. 25, 2° comma, Cost.*!) v. BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1216-1217, testo e nota 47; nonché CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 6-8; e GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 169 ss.

⁽²⁰⁾ Richiami dottrinari sulla nozione di procedimento di natura contenziosa (o decisorio) ci appaiono superflui alla stregua del “diritto vivente” rappresentato dall'ormai stabilizzata giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di ricorso “straordinario” *ex art. 111 Cost.*

Ravvisata inizialmente in uno dei possibili contenuti indicati dall'art. 279, 2° comma, c.p.c. (così Cass. sez. un. 30 luglio 1953 n. 2593, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, VI, 204) ed identificata successivamente con l'incidenza su posizioni di diritto soggettivo o *status* (v. esemplificativamente Cass. 14 gennaio 1981 n. 322; Cass. 13 aprile 1981 n. 2182; Cass. 3

ordinario di cognizione ⁽²¹⁾ o, comunque, a quello di un processo a cognizione piena ⁽²²⁾, le cui forme *de iure condito* sono le sole ad essere – per l'appunto – predeterminate dalla legge.

Conseguentemente, è stata in particolare (e specialmente) messa in discussione la legittimità costituzionale del procedimento in camera di

giugno 1981 n. 3598, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1318; Cass. 12 ottobre 1982 n. 5241; Cass. 27 marzo 1985 n. 2151, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 265; Cass. 2 dicembre 1992 n. 12861, *ivi*, 1993, I, 1, 1694), la decisorietà da circa venti anni tende ad essere stabilmente intesa come *risoluzione di una controversia* (o conflitto o contestazione o lite) *in ordine a diritti soggettivi o status* (cfr. *ex plurimis* Cass. sez. un. 23 ottobre 1986 n. 6220, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1616; Cass. sez. un. 21 gennaio 1988 n. 424 e Cass. 3 dicembre 1987 n. 8974, entrambe in *Foro it.*, 1989, I, 504; Cass. sez. un. 10 giugno 1988 n. 3931, *ivi*, 1988, I, 1858; Cass. 2 agosto 1990 n. 7708; Cass. 24 aprile 1991 n. 4527, in *Foro it.*, 1991, I, 3107; Cass. 4 dicembre 1991 n. 13009, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 882; Cass. 9 dicembre 1991 n. 13221, in *Foro it.*, 1992, I, 2760; Cass. 26 aprile 1994 n. 3942, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1260; Cass. sez. un. 1° marzo 1995 n. 2317, in *Foro it.*, 1996, I, 3462; Cass. 22 gennaio 1996 n. 461, *ivi*, 1996, I, 2836; Cass. 18 maggio 1996 n. 4620, *ivi*, 1996, I, 2376; Cass. 4 settembre 1996 n. 8063, in *Famiglia e diritto*, 1997, 39; Cass. 22 ottobre 1997 n. 10379; Cass. sez. un. 2 aprile 1998 n. 3387; Cass. 23 febbraio 1999 n. 1548; Cass. 10 novembre 1999 n. 12463; Cass. 16 giugno 2000 n. 8226; Cass. 6 dicembre 2004 n. 22789, in *Guida al diritto*, 2005, 3, 72; Cass. 26 giugno 2006 n. 14742, in *Arch. locazioni*, 2007, 1, 81).

Giustamente, pertanto, è stato scritto: “*Decisorio non è qualunque provvedimento comunque incidente su diritti, ma soltanto quello che ha risolto una controversia in atto tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo o di status, assumendo il contenuto tipico (di accertamento, di condanna, costitutivo) della sentenza. Costituiscono indici della presenza di tale carattere, descritto talvolta anche come idoneità al giudicato: a) una domanda di tutela su diritti soggettivi; b) una conseguente attività cognitiva decisoria del giudice; c) un provvedimento conclusivo avente contenuto decisorio, che cioè abbia accertato la volontà di legge nel caso concreto*” (CIVININI, *Provvedimenti camerali: orientamenti giurisprudenziali in tema di ricorribilità in Cassazione ex art. 111, 2° comma, Cost.*, in *Foro it.*, 1984, I, 2844, 2856).

⁽²¹⁾ LANFRANCHI, “*Pregiudizi illuministici*” e “*giusto processo*” civile, in *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001, 1 ss.

Lo stesso autore, nondimeno, in altri scritti ha affermato non esser necessario che la cognizione si svolga nelle forme di quella ordinaria, essendo sufficiente che la medesima (cognizione) abbia strutture “*articolate in un contraddittorio, in una istruttoria probatoria, in un accertamento giudiziale ... pieni, approfonditi per l'appunto, non sommari*” LANFRANCHI, *Sulla tutela dei diritti nel fallimento*, Milano, 1982, 44 ss.

⁽²²⁾ PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241, 242-243.

Costui, peraltro, ha in altra sede precisato che l'essenza della cognizione piena è costituita non dal “*grado di razionalità dell'accertamento logico compiuto dal giudice*”, ma “*dalla predeterminazione legale del modello di processo*” (PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, 65-66); e che il problema della predeterminazione legislativa riguarda pure l'assetto di quei procedimenti (non propriamente contenziosi) comunque incidenti su diritti soggettivi o *status* (quali, ad esempio, quelli sulla potestà genitoriale) ((PROTO PISANI, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Questione giustizia*, 2000, 467 ss.).

consiglio *ex artt.* 737 ss. c.p.c. [c.d. rito camerale o “volontario”⁽²³⁾], in cui forme, termini e modalità di attuazione del contraddittorio sono lasciate pressoché integralmente alla determinazione discrezionale del giudice⁽²⁴⁾.

3. Esame critico dell'impostazione suindicata: carattere relativo della riserva di legge in discorso.

L'impostazione suindicata si espone a diverse obiezioni.

In primo luogo, non si comprende perché quello imposto dall'art. 111, 1° comma, Cost. per le controversie in ordine a diritti soggettivi o *status* debba essere *sempre e solo* il giudizio *ordinario* di cognizione, posto che “*regolati dalla legge*” possono essere *pure* altri modelli processuali a cognizione piena [i c.d. processi a rito speciale, quale ad esempio quello del lavoro⁽²⁵⁾]⁽²⁶⁾.

In secondo luogo, poi, postulare l'inesistenza di una cognizione piena nel procedimento camerale a contenuto decisorio⁽²⁷⁾ significa equivocare tra “deformalizzazione della cognizione” (caratterizzante il rito camerale) e “sommarietà della cognizione” stessa (fenomeno estraneo, invece, al

⁽²³⁾ Quest'ultima qualificazione trova – com'è noto – la sua ragion d'essere nel fatto che attraverso il procedimento in discorso si esercita normalmente la c.d. giurisdizione volontaria (o non contenziosa): alla quale va riconosciuta “*integrale giurisdizionalità*” (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20) per le ragioni magistralmente evidenziate da MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1985, 17 ss. 54 ss.

⁽²⁴⁾ Così (sulla scia della dottrina ricordata nelle due note precedenti) l'ordinanza di rimessione di App. Genova 4 gennaio 2001, *Giust. civ.*, 2002, I, 1379.

La *quaestio legitimitatis* è stata, peraltro, dichiarata inammissibile da Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, *Foro it.*, 2002, I, 3302.

⁽²⁵⁾ Per la distinzione tra *procedimenti speciali di cognizione non sommaria* (i quali divergono sotto qualche aspetto dalla disciplina del procedimento ordinario di cognizione) e *procedimenti di cognizione non sommaria a rito speciale* (che hanno una strutturazione particolare e diversa da quella del processo ordinario di cognizione, suggerita dalla specialità della situazione sostanziale sulla quale incidono) v. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995, 169 ss.; TOMMASEO, *Appunti di diritto processuale civile. Nozioni introduttive*, Torino, 1993, 19 ss.

⁽²⁶⁾ Coerente con tale impostazione appare Corte cost. 14 dicembre 1989 n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, 366: “*In proposito va sottolineato che, in ogni caso ..., è da escludere che ogni rito processuale diverso da quello ordinario possa, di per sé, essere considerato in contrasto con l'art. 24 Cost., e ciò perché quest'ultimo rito non costituisce, come sembrerebbe invece ravvisarsi nella prospettazione del giudice a quo, l'unico ed esclusivo strumento di attuazione della garanzia costituzionale*”.

Del resto, *neppure* nel sistema giuridico anglo-americano la clausola del *due process of law* si è concretizzata nella garanzia ad una certa forma di processo: come fa notare VIGORITI, *Due process of law*, cit., 232.

⁽²⁷⁾ Così, invece, sostanzialmente fa Lanfranchi negli scritti ricordati alla nota 21.

procedimento camerale allorché esso abbia natura contenziosa) ⁽²⁸⁾: di guisa che la conformità del rito “volontario” all’art. 111, 1° comma, Cost. va

⁽²⁸⁾ Al riguardo v. sempre Corte cost. 14 dicembre 1989 n. 543, cit., nella cui motivazione si legge che il procedimento camerale non solo “*non appare in contrasto con la garanzia costituzionale del diritto alla difesa dal momento che risulta assicurato il principio del contraddittorio per la generale applicabilità dell’art. 101 c.p.c.*”, ma soprattutto che quello stesso procedimento “*è caratterizzato ... da una fase istruttoria solo eventuale e comunque più rapida, in quanto non formale, purchè, quando si tratta di giurisdizione contenziosa, siano osservati i principi sulla prova propri di essa*” (il grassetto è nostro).

Nello stesso senso, con riferimento alla fase camerale del procedimento per dichiarazione di fallimento, Corte cost. 23 dicembre 2005 n. 460, in *Foro it.*, 2006, 3, 1, 639: “*... la fase dell’opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento assume certamente ‘valore impugnatorio con contenuto sostanziale di revisio prioris instantiae’: non soltanto la sentenza dichiarativa di fallimento, ove non opposta, è idonea a passare in giudicato, non soltanto le condizioni che legittimano il provvedimento sono oggetto di rivalutazione in sede di opposizione, ma proprio la gravità delle conseguenze (non di rado irreversibili) derivanti dalla dichiarazione di fallimento rende evidente come la ‘sommarietà’ della cognizione camerale vada intesa nel senso non già di ‘parzialità’ o ‘superficialità’, bensì di ‘deformalizzazione’. Ove ciò non fosse - se, cioè, la dichiarazione di fallimento potesse seguire ad una cognizione parziale o incompleta, nella quale gli elementi utilizzabili dal giudice per la decisione non fossero assunti nel (sia pur non formalizzato) contraddittorio delle parti (ed in primis del fallendo) - la disciplina legislativa, che consente effetti tanto rilevanti e potenzialmente definitivi, sarebbe di più che dubbia costituzionalità*”.

In argomento v. pure Cass. 4 ottobre 2005 n. 19354 (in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo), nella cui motivazione si legge: “*la formulazione dell’art. 3, quinto comma, della legge n. 89 del 2001 non esclude che i mezzi di prova attraverso i quali ricostruire i fatti rilevanti ai fini del decidere siano, e restino, quelli ‘tipici’ di ogni procedimento il quale, come accade in materia di equa riparazione, pur articolandosi nelle forme della camera di consiglio (art. 3, quarto comma, della già citata legge n. 89/001), non realizzi un’espressione di giurisdizione volontaria (così da rendere possibile al giudice di assumere informazioni sui fatti in modo tendenzialmente libero e di ricorrere a mezzi di prova anche ‘atipici’), ma abbia per oggetto un conflitto di posizioni tra le parti applicato a diritti soggettivi, ovvero costituisca l’espedito normativo per dare vita ad una forma processuale semplificata ed alternativa rispetto a quella ordinaria, ma volta a finalità di accertamento e/o di condanna che sono analoghe od identiche, onde dal catalogo delineato dagli artt. 2699 e seguenti c.c. e dagli artt. 191 e seguenti c.p.c., ivi comprendendo, quindi, altresì la prova testimoniale, le parti e la corte di appello (quest’ultima nell’esercizio dei suoi poteri ufficiosi) possono attingere senza limitazioni particolari, tanto più in un caso, come quello di specie, in cui le norme sul procedimento di equa riparazione, contenute nel richiamato art. 3 della legge n. 89/2001, non recano alcuna esplicita disposizione in contrario*”.

Mette conto sottolineare come da codesta motivazione si desuma inequivocabilmente che:

- a) nei procedimenti camerale (tanto a contenuto contenzioso, quanto di volontaria giurisdizione *stricto sensu*) il giudice ha sempre il potere “*di assumere informazioni sui fatti in modo tendenzialmente libero e di ricorrere a mezzi di prova tipici o atipici*”;
- b) nei procedimenti camerale di natura contenziosa (oltre al suindicato potere officioso) esiste pure il diritto delle parti ai mezzi di prova tipici;
- c) nei procedimenti camerale non contenziosi, invece, alle parti ... non va riconosciuto tale diritto!

verificata prescindendo dalla natura della relativa attività cognitiva, potendo quest'ultima essere (bensì informale, ma) piena.

In terzo luogo, risulta difficile capire perché l'esigenza di una predeterminazione legislativa delle forme processuali sia stata connessa solamente ai procedimenti a contenuto contenzioso e non anche, invece, a quelli di volontaria giurisdizione *stricto sensu* ⁽²⁹⁾, a quelli esecutivi ed a quelli cautelari: i quali, al pari dei giudizi contenziosi, hanno sicuramente natura giurisdizionale ⁽³⁰⁾ e, pertanto, rientrano anch'essi a pieno titolo nella

⁽²⁹⁾ Cfr. Cass. sez. un. 2 aprile 1998 n. 3387, cit.: “*In tema di tutela dei minori, i provvedimenti che limitino od escludano la potestà dei genitori naturali, ai sensi dell'art. 317 bis c.c., che pronuncino la decadenza dalla potestà sui figli o la reintegrazione in essa, ai sensi degli art. 330 e 332 c.c., che dettino disposizioni per ovviare ad una condotta dei genitori pregiudizievole ai figli, ai sensi dell'art. 333 c.c., o che dispongano l'affidamento contemplato dall'art. 4, comma 2 l. 4 maggio 1983 n. 184 (che richiama il citato art. 330 c.c.), ancorché resi dal giudice di secondo grado in esito a reclamo, non sono impugnabili con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost., in quanto, pur riguardando posizioni di diritto soggettivo, chiudono un procedimento di tipo non contenzioso, privo di un vero e proprio contraddittorio, non statuiscono in via decisoria e definitiva su dette posizioni, stante la loro revocabilità e modificabilità per motivi sia sopravvenuti che preesistenti, e si esauriscono pertanto in un governo di interessi sottratti all'autonomia privata, senza risolvere un conflitto su diritti contrapposti”.*

Conf. *ex multis* Cass. sez. un. 23 ottobre 1986 n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278; Cass. 9 giugno 1987 n. 5022; Cass. 27 novembre 1987 n. 8825; Cass. 23 dicembre 1987 n. 9640; Cass. 3 luglio 1990 n. 6776; Cass. 11 giugno 1997 n. 5226; Cass. 20 marzo 1998 n. 2934; Cass. 15 ottobre 1999 n. 729, in *Giur. it.*, 2000, 1150; Cass. sez. un. 25 gennaio 2002 n. 911, in *Famiglia e diritto*, 2002, 367; Cass. sez. un. 15 luglio 2003 n. 11026, *ivi*, 2004, 165; Cass. 16 gennaio 2004 n. 542, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 52; Cass. 20 ottobre 2004 n. 20498.

Non sono poche: eppure *tutte* queste decisioni sono curiosamente pretermesse da TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1476, 1485-1486, la quale, nell'annotare adesivamente Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, cit., postula (erroneamente) la ricorribilità per cassazione *ex art. 111 Cost.* del decreto camerale emesso dal giudice del reclamo in tema di dichiarazione di decadenza dei genitori dalla potestà sui figli a norma dell'art. 330 c. c. (invocando come precedenti conformi Cass. 7 novembre 1985 n. 5404 ed altre “obsolete” pronunce).

⁽³⁰⁾ V. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 17 ss., 54 ss.

Il chiaro autore, com'è noto, pur distinguendo tra *funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie* [che, cioè, “il legislatore è vincolato ad istituire e ad attribuire ai giudici” e che a suo avviso sono: a) la tutela dei diritti e degli interessi legittimi; b) la cognizione, positiva o negativa, e la punizione dei reati] e *funzioni non necessariamente giurisdizionali* (che, cioè, “possono o no, a discrezione del legislatore, essere affidate ai giudici”), afferma che, ove queste ultime “siano affidate a giudici ordinari, l'interprete non può dubitare che, salvi casi eccezionali, la scelta del legislatore sia per la giurisdizionalità, dato il principio generale della giurisdizionalità di ogni provvedimento di magistrato ordinario” (pag. 17). Tale principio, a sua volta, viene individuato nell'art. 102, 1° comma, Cost., dal quale si desume che “ai magistrati ordinari non spettano altre funzioni che quelle giurisdizionali, onde si deve qualificare giurisdizionale, o, se si preferisce, denominare processo, ogni procedimento il cui atto finale sia di magistratura ordinaria ...; a tale principio si potranno rinvenire eccezioni là dove l'effetto dell'atto predetto non abbia il ... carattere di attuazione

previsione *ex art.* 111, 1° comma, Cost. [che si riferisce a qualsivoglia processo “attuativo della giurisdizione”⁽³¹⁾].

Ritenere che la dizione “*regolato dalla legge*” *ex art.* 111, 1° comma, Cost. equivalga a “*rigida predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio*”, infine, significa assegnare corrvivamente ed apoditticamente un carattere *assoluto* alla riserva di legge *de qua*: il che appare non solo non corretto dal punto di vista metodologico⁽³²⁾, ma soprattutto assolutamente sterile dal punto di vista applicativo, posto che “*la Corte costituzionale mostra la tendenza inquietante a degradare a riserve relative anche certe riserve che in precedenza erano considerate assolute (specialmente, la riserva di cui all’art. 25, 2° comma, Cost.)*”⁽³³⁾.

Alla stregua di quest’ultima considerazione è – a nostro avviso – preferibile evitare di scrivere pagine (più o meno eleganti, ma) destinate ad essere sicuramente “*cestate*” dalla Corte costituzionale e riconoscere senz’altro il carattere *relativo* della riserva di legge in questione⁽³⁴⁾.

Qualificati scrittori, del resto, hanno dimostrato “*che tutte le riserve*

puramente oggettiva dell’ordinamento, cioè là dove, in sostanza, il giudice o i giudici non operino come tali, ma come organi dello Stato-persona giuridica (o dell’amministrazione in senso lato) o comunque come soggetti inquadrati in uno degli apparati burocratici e autoritari dello Stato medesimo (si pensi, ad esempio, ai poteri disciplinari e di ordine interno attribuiti ai capi degli uffici giudiziari, e alle decisioni in materia di nomine agli uffici giudiziari che spettano al Consiglio superiore della magistratura)” (pag. 55).

Nello stesso senso v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 3 ss.; DENTI, *La giurisdizione volontaria rivisitata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 325 (il quale, peraltro, muove dalla premessa che “*il legislatore costituente, più che definire in che consista l’esercizio della giurisdizione, si è preoccupato di garantirne la correttezza mediante la fissazione di una serie di principi*”); LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, 19, Torino, 1985, 3 ss., spec. 7 ss.; PROTO PISANI, *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, 393, spec. 395 ss., 407 ss.; VERDE, *Profili del processo civile. Parte generale*, Napoli, 1991, 47.

⁽³¹⁾ V. nota 2.

⁽³²⁾ Invero, “*il carattere della riserva di legge, chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia che essa legge ha operato, dipende dalle specifiche norme costituzionali che prevedono le varie riserve, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica*” (Corte cost. 27 novembre 1998 n. 383, in *Cons. stato*, 1998, II, 1622).

⁽³³⁾ Così GUASTINI, *Legge (riserva di)*, cit., 170, nota 35.

Al riguardo v. pure *supra*, nota 19, parte conclusiva.

⁽³⁴⁾ Conf. COMOGLIO, *Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*, cit., 744 ss., il quale, dopo avere affermato che “*il carattere ‘giusto’ del ‘processo’ si rafforza in modo equilibrato con una ‘riserva di legge’ relativa*”, ritiene la stessa “*circoscritta alla predeterminazione ex lege delle sole condizioni o componenti essenziali, sancite nell’art. 111, 2° comma*”: ma tale “*circoscrittione*” ci sembra riduttiva, altrettanto essenziali essendo (per esempio) le condizioni *ex art.* 24, 1° e 2° comma, Cost.

sono relative, salvo poi verificare, di volta in volta, quali sono i margini di discrezionalità che la legge può validamente lasciare agli organi deputati alla sua applicazione (siano essi amministrativi o giurisdizionali)” ⁽³⁵⁾.

4. Conclusioni.

Senonché, pur ritenendo che quella *ex art. 111, 1° comma, Cost.* sia una riserva di legge *relativa*, appare comunque in contrasto con essa il procedimento (non disciplinato, ma semplicemente) “abbozzato” dagli artt. 737 ss. c.p.c.

Tale normativa, invero, lascia all’organo giurisdizionale una discrezionalità praticamente ... *sconfinata* e, conseguentemente, la sua incompatibilità con l’art. 111, 1° comma, Cost. risulta assai dubbia, non essendo rinvenibile negli artt. 737 ss. c.p.c. *neppure* quella disciplina di principio che regoli gli aspetti essenziali della materia, in modo da circoscrivere la discrezionalità del giudice nell’esercizio dei suoi poteri ⁽³⁶⁾.

La dimostrazione di questo assunto merita, peraltro, specifiche considerazioni, che ci riserviamo di fare *funditus* in altra occasione.

⁽³⁵⁾ BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1218.

Nello stesso senso è sostanzialmente orientata la Consulta: v. tra le più recenti Corte cost. 20 maggio 1996 n. 157, in *Giust. civ.*, 1996, I, 2486; Corte cost. 4 gennaio 2001 n. 7; Corte cost. 27 luglio 2001 n. 323; Corte cost. 29 gennaio 2005 n. 66, in *Foro it.*, 2005, I, 1307; Corte cost. 24 febbraio 2005 n. 105; Corte cost. 25 marzo 2005 n. 125, in *Dir. pen. e processo*, 2005, 548; Corte 30 ottobre 2006 n. 352; Corte cost. 14 giugno 2007 n. 190; Corte cost. 26 ottobre 2007 n. 350.

⁽³⁶⁾ In questo modo abbiamo parafrasato la definizione di “riserva relativa” data da CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 53, la quale è sostanzialmente recepita dalla Consulta (v. per esempio Corte cost. 29 luglio 1982 n. 161, in *Giur. cost.*, 1982, I, 1402; Corte cost. 5 febbraio 1986 n. 34, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 22; Corte cost. 5 maggio 1988 n. 507, in *Foro it.*, 1988, I, 2098; Corte cost. 9 marzo 1989 n. 102, in *Giur. cost.*, 1989, I, 536).