



BRUNO SASSANI

Il discorso interrotto. Il diritto processuale ed il suo oggetto al tempo del *right to a fair trial*

1. Nel suo breve e denso saggio, Andrea Panzarola (1) discute della costruzione che vede nel lemma *processo* la rappresentazione della struttura al servizio della funzione giurisdizionale (2). È l'impostazione di Elio Fazzalari che, dalla figura del procedimento, giunge *per augmentationem* alla nozione di processo quale procedimento fondato sul contraddittorio. Pare a Panzarola che questa teoria — matrice di «fertili sviluppi garantisti in altri autori» — meriti di essere riconsiderata, non nel senso di rinnegarne nucleo costruttivo e sviluppo bensì per collocarne il baricentro sul giudizio «anziché sulla nozione di procedimento».

Panzarola parla di teoria “celebre”, ed è indubbio che essa sia tale, pur se a me pare che abbia goduto più di una *succès d'estime* che “di pubblico”. Fazzalari ebbe sì interlocutori raffinati (penso *in primis* a Montesano) (3) ma non appassionò realmente la dottrina processualistica, all'epoca ancora prevalentemente impegnata in un'alacre opera di messa a punto degli istituti qualificanti, o almeno ritenuti tali da un'accademia proclive a privilegiare gli aspetti di c.d. “diritto processuale materiale”, considerati un gradino su rispetto allo studio della meccanica del procedere, del “procedurismo”. Per decenni pertanto il problema di una ridefinizione dell'oggetto della materia resta sottotraccia, velato dalle più generali tematiche della giurisdizione e, se è vero che la prevalenza del *procedurismo* non era più da tempo un bersaglio esplicito, questo dipendeva dalla acquisita sicurezza che i temi fondanti erano ormai quelli strappati al diritto privato e, per così dire, nobilitati, da un lato, dal loro raffinamento nel crogiolo del diritto processuale (azione e principio dispositivo, *Rechtsschutzanspruch*, cosa giudicata, litisconsorzio necessario, connessione di cause quale riflesso della connessione dei rapporti sostanziali, pregiudizialità, dipendenza ecc. ecc.) e, dall'altro, nella esaltazione pubblicistica della giurisdizione. In fondo l'idea di processo resta intuitiva, corroborata come è da quotidiana pratica multisecolare, solo in parte incisa dalla legislazione positiva e dalle opinioni degli operatori, sicché poco si sente il bisogno di predefinirla. Meglio vale presentare un universo iperconcettualizzato, denso di *topoi* un po' esoterici per i laici ma ben qualificanti gli addetti ai lavori. Scarso è anche l'interesse di Salvatore Satta, massimo critico dello *Zeitgeist*. Non troppo interessano a Satta le ricostruzioni a carattere strutturale, e certamente pochissimo gli interessa definire il *processo*, termine la cui introduzione egli attribuisce ai fondatori del moderno diritto processuale allorché crearono «i loro concetti, anzi le loro parole, a cominciare dalla parola processo, che, riferita al civile, era del tutto estranea al comune linguaggio. Nei sei volumi di Mattiolo non è adoperata una sola volta».

La sfida di Fazzalari è raccolta, seppur in po' in sordina, da Montesano, le cui osservazioni sulla difficoltà di orientarsi tra i nomi *procedimento* e *processo* appaiono serie ed attuali in un contesto terminologico ambiguo e cangiante. E questo vale anche per il suo sommo tentativo di conclusione (4), anche esso affidato ad un dato verbale contingente come contingenti e insicuri sono i *nomina* forgiati dal legislatore. Un legislatore che sempre più spesso si esprime in una lingua franca popolata di calchi (o addirittura caratterizzata dal diretto impiego di termini quali *judicial review*, *enforcement*, *remedy*, *rising protection* ecc.), e da cui è evidentemente azzardato aspettarsi sforzi di rigore semantico. Il mito di Stendhal è caduto e le fallacie *in dictione* sono in agguato.

(1) *Processo, procedimento e iudicium (brevissime osservazioni a margine di una celebre dottrina)*, in questa *Rivista*, 2021 2, 217 ss.

(2) Soprattutto ma non esclusivamente, perché Fazzalari “osa” porre la struttura processo al servizio di funzioni diverse dalla giurisdizionale (segnatamente della funzione legislativa). Su questo (che è lo sviluppo sistematico di uno dei tanti spunti gettati qua e là da Carnelutti), v. perspicuamente L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, II ed., Torino, 1994, §§ 6 s.

(3) Oltre che fecondi sviluppi in (principalmente) Picardi e nel primo Luiso.

(4) «...l'unico dato certo, che abbia rilievo per l'interprete del diritto positivo, mi par quello che tale diritto non usa la parola ‘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 finali sono giudiziarie necessarie». (*La tutela giurisdizionale dei diritti* cit., p. 8).



2. La storia del diritto processuale è storia (relativamente) recente ed è mossa da volontà di affrancazione su due binari: dalla tradizione proceduristica e dal diritto privato già depositario di concetti più raffinati quando la procedura era (appunto) procedura mentre la civilistica già si compiaceva della sua trasformazione in sistema. La trasformazione della materia in “diritto processuale” le conferisce il peso concettuale che permette agli istituti (cioè alle sistematiche di impronta accademica) di prevalere sulle prassi e sulle stesse norme. Fazzalari — che appartiene alla prima generazione dei post-postchiovendiani, alla generazione cioè degli allievi degli allievi di Chiovenda — si stacca dal processualista-tipo dell’epoca perché non sembra vocato all’analisi dei problemi di tecnica trascendentale che caratterizzano l’epoca (e in verità non sembra armato della necessaria certolina pazienza), e finisce così per percorrere sentieri collaterali di teoria generale (giurisdizione, funzione della norma nel giudizio, rapporti tra diritto e processo). La presenza di spunti carneluttiani non rende il suo pensiero meno personale: alla prova del tempo esso ci pare oggi fondato su un argomentare meno affabulatorio e dispersivo di quello della sua fonte (che talvolta appare davvero estranea alla sensibilità odierna).

In questa temperie egli imprende la sua personale affrancazione, capovolgendo la gerarchia dei concetti: alla primazia dell’azione si sostituisce la primazia del meccanismo che ne ospita l’esercizio, cioè del procedimento. La figura del procedimento subentra così al “rapporto processuale” nel ruolo di contenitore unificante degli istituti del diritto processuale. Si può sospettare che l’operazione si giochi talvolta sul piano nominalistico, ma non c’è dubbio che l’idea del procedimento offra una figura più tangibile e (almeno all’apparenza) didatticamente più proficua del rapporto (5). La teoria generale del processo è così assorbita nella rappresentazione iconica della sua dinamica, dando ruolo di concetto chiave all’apparato organizzativo del transito che caratterizza la vicenda.

A dire il vero, la tentazione del concetto chiave è presente in molti: nel padre del sistema tale funzione era spettata all’azione, e all’epoca di Fazzalari gli sviluppi della sistematica teutonica avevano fatto virare il timone verso lo *Streitgegenstand*, che in Italia trova la sua imprecisa traduzione in “oggetto del processo” laddove il senso originario sarebbe stato molto meglio reso da “oggetto (materia) del contendere”. Un latente complesso nei confronti di quella sistematica trasporta in Italia un concetto unificante che promette di risolvere (o almeno di organizzare razionalmente) molti annosi problemi. Con l’espressione *oggetto del processo*, Fazzalari si confronta finendo però per liberarsene con un colpo secco (assestato con un certo fastidio, quasi con sollievo). A suo dire c’è un equivoco di fondo nella vicenda: il processo è un divenire, e come tale esso non può avere un *oggetto* nel senso in cui potrebbe averlo un atto o un rapporto; ovvero, di oggetti, esso ne ha molti ed eterogenei con conseguente inutilizzabilità della nozione che diventa addirittura dannosa (6) (si consenta di notare, di passaggio, che l’espressione continua a campeggiare: non passa settimana senza l’uscita di un saggio, o di una monografia, intitolata all’oggetto del processo, ovvero all’oggetto specifico di questo o di quel tipo di processo, ovvero al rinverdimento di non innocue curiosità erudite quali il c.d. *doppio oggetto* del processo. Un bel risultato per un concetto che la schiettezza di Virgilio Andrioli bolla come “*un prodotto germanico non esportabile*”. Ma forse, chissà, è solo un banale problema terminologico).

In ogni caso con Fazzalari, invertito l’ordine gerarchico dei concetti, si impone l’idea ordinatrice che lo svolgimento della giurisdizione merita di essere studiata come funzione precipua di una struttura adeguata, e che

(5) Eppure — pongo provocatoriamente la domanda — ne risentirebbero sviluppo e conclusioni di Nicola Picardi, quanto alla successione processuale e ai problemi della trascrizione della domanda, se ad un’impostazione in termini di procedimento ne sostituissimo una in termini di rapporto processuale? C’è da dubitare, perché il notevole sforzo di Picardi e l’indubbia bontà del risultato dipendono per lo più dal senso della storia degli istituti e dalla ricerca della portata effettiva delle soluzioni nel sistema del codice civile, e molto meno dalle premesse dommatiche. Ritengo fermamente che le convincenti conclusioni e l’utile risultato pratico raggiunto restino infatti compatibili anche impostando le cose nella teorica del rapporto giuridico processuale. È però innegabile l’impostazione in termini di procedimento ha giovato allo svolgimento della ricerca di Picardi, fornendogli gli strumenti euristici e semplificandone l’iter in un momento di indubbia confusione sulla tematica posta dall’art. 111 del codice.

(6) Sul tema v. le mie riflessioni in *Impugnativa dell’atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1990, 25 s., la successiva critica di L. Montesano, *Limiti oggettivi di giudicati invalidi*, in *Riv. dir. proc.* 1991, 16, nt. 3, la mia replica in *Dal controllo del potere all’attuazione del rapporto*, Milano, 1997, 21 s. Oggi mi sento di affermare che aveva ragione Fazzalari a sottolineare il *nonsense* di una nozione autonoma e costruttiva di oggetto del processo (in realtà la polemica equivocata da Montesano nasceva da uno *shift* terminologico).



solo un'indagine così focalizzata può eliminare false impostazioni e dar conto in maniera corretta dei problemi. C'è del nuovo per una materia che riteneva di aver raggiunto la sua maturità scientifica con un'organizzazione concettuale a carattere prettamente contenutistico: la centralità del concetto di azione, a cui oggi la maggior parte degli addetti ai lavori non sarebbe disposto a prestare soverchia attenzione, svelava anche essa il tentativo di trovare un concetto euristico tutto processuale. Si considerino i *Principi* di Chiovenda. Nella (lunga e programmatica) *Introduzione* egli offre l'ossatura concettuale della materia, impostata in termini di diritto processuale, sistema, azione, rapporto giuridico processuale, diritto potestativo, eccezione (XI), oralità, concentrazione, immediatezza, identità del giudice (XIV), libero convincimento (XVII); su questo programma di studio e ricerca è poi introdotto il manifesto per la riforma (XVII). Nulla, come si vede, sulla possibilità di inquadrare in chiave strutturale il fenomeno del processo, enunciando i suoi caratteri: la cosa era evidentemente considerata di scarso interesse: per trovar evocato (ma non esplicitamente nominato) il contraddittorio — cioè il qualificativo della struttura in Fazzalari — occorre arrivare a p. 83 dove la rilevanza costitutiva e la centralità concettuale del “rapporto giuridico processuale” trascinano con loro l'immagine della contrapposizione delle parti. Di contraddittorio quale elemento indispensabile si parla poi in maniera esplicita per la prima volta a pag. 89 dove, soffermandosi sulla natura di rapporto giuridico del processo civile, e caratterizzando quest'ultimo quale *actus trium personarum*, laconicamente si conclude: «adunque le parti (attore e convenuto) devono essere poste in grado di far valere le loro eventuali ragioni».

3. Fazzalari trova il suo “dante causa” in Feliciano Benvenuti, autore che scioglie la indistinta unità di giurisdizione e processo ponendo un rapporto di mezzo a fine, di struttura a funzione. Sono anni in cui la dottrina italiana affronta dapprima la formazione progressiva della fattispecie, poi, raggiunta dagli echi della *Wiener rechtstheoretische Schule* (impostasi in grazia del successo planetario di Kelsen), scopre le virtù sistematiche e costruttive del procedimento (basti pensare al libro sul procedimento amministrativo di A.M. Sandulli). In Fazzalari il procedimento è l'intelaiatura che, fecondata dal contraddittorio, sbocca nel processo: la trasformazione del procedimento in processo è data appunto dal contraddittorio che ne caratterizza l'impiego nella funzione giurisdizionale (7).

L'importanza di questo passaggio è grande (8) ma l'opportunità di limitarsi a questa lineare progressione è messa in dubbio da Panzarola. Per cominciare, il contraddittorio si è, nel tempo, espanso al punto di informare di sé la generalità dei procedimenti pubblici non giurisdizionali, finendo addirittura per assurgere a principio fondamentale della generalità delle vicende a rilevanza pubblica (rigorosamente *partecipative* sono le discipline del procedimento amministrativo e del procedimento tributario, senza contare il fenomeno, esploso negli anni Ottanta del secolo scorso, delle amministrazioni indipendenti di garanzia). Il dato ha quindi perso il suo ruolo qualificante rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale: la sequenza *procedimento più contraddittorio* non è più appannaggio esclusivo della giurisdizione, e la proposta che ne segue è spostare il tratto differenziale alla neutralità del giudicante che contribuisce in maniera decisiva a determinare il carattere di “giudizio” del risultato (9).

(7) Agli inizi degli anni Settanta Nicola Picardi intuisce l'effetto dirompente della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 15 della legge fallimentare (*La dichiarazione di fallimento. Dal procedimento al processo*, Giuffrè 1974). Quel “*deve ordinare la comparizione*” che prende il posto del “*può ordinare la comparizione*” fino allora accettato con poco scandalo, lo spinge a rovesciare la prospettiva con cui la processualistica guardava al contraddittorio come ad un dato molto importante ma rispetto ai temi “nobili” dell'alta dottrina. Ci vorrà un trentennio perché l'espressione *giusto processo* irrompa come la parola d'ordine degli addetti ai lavori, ma il merito della monografia sulla *Dichiarazione di fallimento* è quello delle opere che, intuendo il rovesciarsi di un paradigma, scommettono e vincono a distanza. Quell'opera segnava, fin dal sottotitolo, il passaggio “*dal procedimento al processo*” e così si avviava a condizionare il futuro avvento del giusto processo quale concetto euristico.

(8) V. Panzarola, *Processo, procedimento*, cit. § 1 e Nota 3.

(9) Mi spingerei anche ad aggiungere che non tutto è procedimento, nel senso che non tutto ciò che accade nel tempo si accomoda agevolmente nel concetto di procedimento che necessita di una visione lineare delle cose (come si può vedere dall'art. 159 del codice).



Panzarola ha ragione, e inappuntabili sono le considerazioni spese sulla intima inerenza del giudizio alla funzione giurisdizionale. Senza tale integrazione, resta infatti nebulosa la distinzione tra processo giurisdizionale e altre tecniche neutrali di attuazione dell'ordinamento (10). Pur necessaria, essa non può tuttavia bastare: una volta aperta la nozione di procedimento a qualificativi *lato sensu* valoriali — contraddittorio e neutralità dell'organo, garanzia di *giudizio* — non sembra possibile escluderne altri, segnatamente quelli racchiusi dalla espressione *giusto processo*.

La formulazione dell'attuale art. 111 Cost. esprime bene l'interdipendenza tra struttura e attività, cioè il carattere fondamentale della costruzione di Fazzalari in cui la struttura procedimento può adempiere alla funzione giurisdizionale solo assumendone il valore primario del contraddittorio. Ma se così è, possiamo azzardare che Fazzalari avrebbe probabilmente visto nella prescrizione costituzionale il riconoscimento dell'essenzialità anche di tutti gli altri elementi cospiranti alla giustizia del processo: non v'è giurisdizione senza processo e non è processo giurisdizionale quello che offende il modello del giusto processo.

Il discorso rischia, a questo punto, di diventare scivoloso, ma certo non per colpa né di Fazzalari, né di Panzarola. Invitato a definire gli istituti qualificanti del concetto di processo, un accademico del secolo scorso avrebbe subito ravvisato gli istituti fondamentali nell'azione, nel principio dispositivo, nella legittimazione, nel giudicato e via dicendo. Oggi una risposta del genere sarebbe difficile da accettare senza integrazioni e supplementi esplicativi, perché se la disciplina degli istituti del processo deve passare al vaglio di concetti quali contraddittorio, parità delle armi (uguaglianza), diritto alla prova, terzietà e imparzialità del giudicante, durata ragionevole, pubblicità del processo, legalità della disciplina (11), vuol dire che sono questi ultimi ad attingere il rango di concetti primi e portanti, e che i classici istituti vanno ripensati più come collaudati strumenti tecnici che quali espressioni dirette dell'essenza della tutela. A meno di non presumere *juris et de jure* la giustizia delle regole solo perché "regole", e di considerare apriori giusto il processo conforme ad esse, anche il processo più (regolato e) regolare può risultare ingiusto se la sua conduzione rivela *de facto* contraddizione o pretermissione di elementi di giustizia (12). La giurisprudenza italiana si è ormai da tempo ritagliata la possibilità di avventurarsi in un tale giudizio di rispondenza a *giustizia*, almeno da quando ha fatto sua la formula dell'interpretazione costituzionalmente orientata, chiave impiegata sul piano generale ma con una marcata preferenza nel campo processuale. La formula è gravida di problemi e il suo impiego è delicato, richiedendo una capacità ed un equilibrio nel dosaggio degli elementi in gioco che spesso difettano all'interprete. Ma non si può non fare i conti con il fatto che un *right to a fair trial* (individuato in termini sostanzialmente corrispondenti nelle varie fonti) informa di sé le istanze di controllo sopranazionali rispetto a cui l'ordinamento italiano assume il ruolo di manifestazione poco più che regionale.

Mi pare che ce ne sia abbastanza per poter dire che l'impostazione di Fazzalari ne esce confermata. Merito di Panzarola è allora averne impostato la revisione che porta alla conferma.

(10) In tal senso la proposta di Panzarola si accorda con le pregnanti osservazioni di Montesano che valorizzano la non imputabilità dell'effetto giurisdizionale alla persona o all'organo. Discorso a parte, da riservare a sede opportuna, è il problema (accennato da Montesano e ripreso oggi da Luiso) dell'attentato alla neutralità dell'organo rispetto ai c.d. *atti riflessivi*.

(11) Ma si fanno strada, autonomizzandosi dai più ampi principi di partenza, anche il diritto alla effettività dell'assistenza tecnica, la possibilità di controprova, la libertà del giudice da pregiudizio e altri ancora ricavati spesso dai principi guida di effettività e di proporzionalità.

(12) Certo, si può dare un'interpretazione per cui la pura e semplice applicazione delle regole sia condizione necessaria e sufficiente della giustizia del processo, ma con ciò diverrebbe ridondante l'idea di giustizia che non avrebbe senso celebrare come concetto fondamentale, in prima linea per l'interprete. L'altra interpretazione sarebbe intendere "*secondo le regole a condizione che siano giuste*", cioè secondo le regole conformi a principi di giustizia. Questo importa che si diano regole formalmente tali ma ingiuste, e investe l'interprete del potere di sindacare tali regole, cosa che è avvenuto ad opera della cultura della *costituzionalizzazione* che ha investito la magistratura che, proprio nel campo del diritto processuale, si è autoattribuita il potere di giudicare della costituzionalità della normativa attraverso la rilettura "costituzionalmente orientata". Con il correlato disordine provocato quando si pongono problemi di bilanciamento di principi ovvero di principi e di regole.