

**ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA**

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO PROCESSUALE CIVILE**

**(XIX CICLO)**

**Giusto processo civile e giusta decisione (IUS/15)**

*Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile*

Relatori:

Chiar.mo prof. Sergio Chiarloni

Chiar.mo prof. Domenico Borghesi

Coordinatore:

Chiar.mo prof. Paolo Biavati

Tesi di dottorato di Giulia Bertolino

<b>Guida alle fonti e ringraziamenti</b>	<b>5</b>
--	----------

## CAPITOLO I

<b>LA RIFORMA DELL'ART. 111 DELLA COSTITUZIONE NEL DIBATTITO DOTTRINALE ITALIANO</b>	<b>6</b>
1. Premessa	7
2. Il dibattito dottrinale conseguente alla riforma costituzionale.	7
3. Il “giusto processo”	12
4. “Regolato dalla legge”	17
5. Il “contraddittorio tra le parti in condizione di parità”.	22
6. La Terzietà e imparzialità del giudice	26
7. La ragionevole durata del processo	30
8. Conclusioni	33

## CAPITOLO II

<b>IL CONCETTO DI GIUSTIZIA PROCEDURALE</b>	<b>40</b>
1. Analisi del concetto di giustizia procedurale	41
2. Giustizia procedurale e filosofia politica	44
3. Le teorie procedurali della giustizia: gli esempi di Rawls e Habermas	46
4. La Teoria espressiva della giustizia procedurale	57
5. La funzione euristica delle procedure	60
6. La teoria strumentale	66
7. Criteri minimi per una giustizia procedurale “locale”	70
8. Conclusioni	72

## CAPITOLO III

<b>PROCEDURE GIURISDIZIONALI: FUNZIONE LEGITTIMANTE E GIUSTIFICAZIONE DELLE DECISIONI GIUDIZIARIE</b>	<b>73</b>
1. Legittimazione e giustificazione	74
2. Giustificazione interna ed esterna della decisione giudiziale	76
3. Problemi di giustificazione: la decisione come atto e la decisione come norma (distinzione tra atto e contenuto).	80
4. Cognitivismo e decisionismo processuale	84
5. La questione della verità nel processo: concezione semantica della verità come approssimazione	88

## CAPITOLO IV

<b>GIUSTIZIA DEL PROCESSO E GIUSTIZIA DELLA DECISIONE</b>	<b>92</b>
1. Processo civile e giustizia procedurale	93
2. Limiti intrinseci alla concezione strumentale della giustizia del processo civile: l'esigenza di certezza	96
3. Giustizia della singola decisione o regole che rendano più probabili decisioni giuste? <i>case accuracy v. system accuracy</i> .	100
4. Limiti intrinseci della procedura dovuti ai Pericoli di distorsione soggettiva della verità da parte del giudice	103
5. Contraddittorio e partecipazione delle parti	105
6. Imperfezione della concezione strumentale della giustizia del processo civile	106
7. Altre concezioni della giustizia procedurale del processo civile	108
8. La contrapposizione tra Outcome-based values e process-based values	113
9. Critica alla contrapposizione tra <i>process values</i> e <i>outcome values</i>	118
10. Il valore della giustizia della decisione come garanzia individuale	120

11. Ulteriori implicazione di una concezione del giusto processo che include in sé il valore della giustizia della decisione sulla struttura del processo civile: il problema della completezza del materiale probatorio	126
--	-----

## CAPITOLO V

### **ANALISI DI ALCUNI ISTITUTI DEL PROCESSO CIVILE IN CONTRASTO CON LA GARANZIA AD UNA GIUSTA DECISIONE 129**

1. I termini del problema	130
2. Il dovere di verità delle parti nel processo civile	132
2. Il sapere delle parti mortificato	134
3. Il problema dell'attendibilità. Un problema comune alla parte ed ai terzi interessati.	138
4. Riflessioni sulla vera natura del principio <i>nemo in propria causa testis esse debet</i>	144
5. Preteso contrasto tra un obbligo di verità delle parti e altri principi	148
<b>Bibliografia</b>	<b>149</b>

## **Guida alle fonti e ringraziamenti**

Il tema della ricerca ha reso necessario un esteso utilizzo di fonti bibliografiche straniere, il cui accesso mi è stato reso possibile grazie alla disponibilità dell'University College presso l'Università di Oxford, che mi ha ospitato per svolgere parte delle ricerche. La maggior parte delle riviste straniere citate sono state consultate attraverso banche dati elettroniche disponibili presso la Bodleian Law Library di Oxford. Trattandosi comunque di fonti reperibili anche in formato cartaceo si è preferito citarle in maniera classica. Per le altre fonti disponibili su internet si è provveduto ad indicarne il link di accesso direttamente nel testo.

La mia riconoscenza va al professor Sergio Chiarloni, il cui insegnamento è stato in questi anni una preziosa guida, per avere sostenuto e incoraggiato le mie ricerche presso il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Torino.

Per gli importanti consigli e l'aiuto ricevuto durante il periodo di ricerca presso l'Università di Oxford, ringrazio il professor Adrian Zuckerman, fellow del University College. Importante è stato anche il confronto con il Prof. Denis Galligan, Direttore del Dipartimento di Socio Legal Studies dell'Università di Oxford.

Per gli utili suggerimenti e la disponibilità, ringrazio il Prof. Paolo Biavati, coordinatore del dottorato, ed il Prof. Domenico Borghesi, dell'Università di Bologna.

## **Capitolo I**

### **La riforma dell'art. 111 della costituzione nel dibattito dottrinale italiano**

**Sommario:** 1.Premessa; 2. Il dibattito dottrinale conseguente alla riforma costituzionale; 3. Il “giusto processo”; 4. “Regolato dalla legge”; 5. Il “contraddittorio tra le parti in condizione di parità”; 6. La Terzietà e imparzialità del giudice; 7. La ragionevole durata del processo; 8. Conclusioni

## 1. Premessa

Il dibattito dottrinale che si è sviluppato in Italia intorno al concetto di giusto processo è il punto di partenza del presente lavoro. L’analisi di tali riflessioni è stata infatti lo stimolo per approfondire, anche oltre i limiti disegnati da tali studi, il concetto richiamato dalla nostra costituzione con la modifica dell’articolo 111.

L’ambito d’indagine riguarda in particolare il processo civile che, in considerazione dell’argomento trattato, si presenta legato in maniera indissolubile a riflessioni che interessano la filosofia del diritto ed il diritto costituzionale<sup>1</sup>.

## 2. Il dibattito dottrinale conseguente alla riforma costituzionale.

La modifica dell’art. 111, fortemente caratterizzata dalle vicende politiche ed istituzionali che ne hanno segnato la nascita<sup>2</sup>, è stata l’occasione che ha provocato il sorgere di un ampio e rinnovato dibattito.

---

<sup>1</sup> Nell’evidenziare differenze o aspetti comuni, il confronto con il processo penale si rivelerà talvolta utile per meglio comprendere quali valori sono compresi nel concetto di Giusto processo in ambito civile

<sup>2</sup>Per una breve sintesi del contrasto istituzionale che ha caratterizzato la riforma dell’art.111 vedi TROCKER, *il nuovo art.111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27 il quale afferma che per valutare l’incidenza del nuovo art. 111 nel settore della giustizia civile non sembra opportuno soffermarsi sulla vicenda più immediata che ha portato all’opera di revisione costituzionale; così anche COSTANTINO, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e “il giusto processo civile”. Le garanzie*, in Elba, 255, ivi 256 che sottolinea l’importanza di prescindere dalle ragioni della scelta legislativa, di interesse politico e storico, orientando invece l’attenzione sulla portata precettiva e sulla rilevanza dei nuovi principi costituzionali nel processo civile; di opinione in parte contraria è GAETA, *del giusto processocivile*, in *quest. Giustizia*, 2001, 917 che afferma “il nuovo art. 111 della costituzione è nato in una prospettiva penalistica. Il Parlamento ha inteso reagire alla “costituzionalizzazione” del metodo inquisitorio, operata dalla sentenza n. 361 del 1998 della Consulta sull’art. 513 cpp

Già in precedenza, infatti, parte della dottrina aveva individuato la portata del concetto di *giusto processo* ravvisandone il nucleo essenziale nelle garanzie di carattere processuale presenti nella nostra Carta costituzionale e, volgendo lo sguardo alle origini storico-culturali di tale valore, ne aveva evidenziato il collegamento con il concetto di *Due process of law*<sup>3</sup> proprio degli ordinamenti di *Common Law*<sup>4</sup>, e con le disposizioni sulle garanzie processuali presenti nelle convenzioni internazionali in materia di Diritti umani<sup>5</sup>.

---

mediante il principio di non dispersione dei mezzi di prova” perciò, prosegue tale Autore “nella riflessione sul rapporto tra riforma e processo civile, conviene partire da questa marginalità originaria, per evitare di fondare istanze innovatrici su un testo al quale sono estranee.”

<sup>3</sup> Si tratta di quella corrente di pensiero che, prendendo le mosse dalle riflessioni di CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv dir proc.*, 1950, I, 282 e COUTURE, *La garanzia costituzionale del dovuto processo legale*, in *Riv dir proc.*, 1954, I, 81 “contribuisce alla concretizzazione delle garanzie processuali costituzionali” e “dialoga con la giurisprudenza sul terreno della legittimità costituzionale verificata nel concreto”, come rileva TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in convegno elba, 36 ivi 44; ID, *Il nuovo art.111 della Costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 31; ID, *Il rapporto processo – giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. Dir. Proc.* 1989, 968; CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc.Dir.*, aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 595, ivi 596 e ss; VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. “Due process of Law” e art 24 cost.*, Milano, 1970; CAPPELLETTI, *diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”*, in *Giur.cost.* 1961, 1284; DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *L’influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, II, 814, 816; COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova 1970, 155 afferma che “il complesso di principi enunciati dagli art. 3, 24, 25 1° comma, 101 –104, 107-108, 111, 113, consente di delineare uno schema fondamentale di “giusto processo”; per un contributo più recente dello stesso Autore vedi *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Scritti in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, I, 297 e ss.; BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 287 afferma l’esistenza di una serie di norme costituzionali che fanno da corona all’art 24 configurando quello che altrove chiamano due process of law “ il giusto e leale processo”; FERRARA, *garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, rass parl. 1999, 539, ivi 542 esprime la tesi secondo cui il testo costituzionale antecedente alla riforma del 111 era già in linea con le garanzie insite nel principio del giusto processo. (semplicemente il costituente del 1948 si era correttamente astenuto alla puntuale specificazione delle conseguenze derivanti dalle garanzie esplicitate); per un’analisi delle origini storiche del principio del *Due process of law* vedi RE, voce *Due process of law*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XII; VIGORITI, *Due process of law*, in *Studi Senesi* 1988, supplemento al vol. I, 383; SERIO, *Brevi note sul Due Process of Law*, in *Il giusto processo nell’esperienza storico comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, Palermo, 1999, 29

<sup>4</sup> contraria tale impostazione è CERAMI, “*Aequum iudicium*” e “*giusto processo*”, in *Il giusto processo nell’esperienza storico comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, Palermo, 1999, 11, ivi 12 il quale sostiene che l’esperienza angloamericana è stata ampiamente anticipata dall’esperienza romana.

<sup>5</sup>In particolare si ricorda il saggio di ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il processo giusto*, in *Temì Rom.*, 1964, 444; fra i contributi più recenti vedi COMOGLIO, *I*

Analogamente la nostra Corte costituzionale aveva desunto dall'art. 24 della Costituzione la garanzia dello svolgimento di un processo giusto<sup>6</sup>, senza però operare quel collegamento, auspicato dalla dottrina, con i principi elaborati dalla Giurisprudenza di Strasburgo, in riferimento al concetto di giusto processo ed all'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo<sup>7</sup>.

---

*modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1991, 713, ivi 735; in relazione al processo penale vedi CHIAVARIO, "Cultrura italiana" del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: frammenti di appunti e sounti per una microstoria, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1990, 433, ivi 436; per ulteriori riferimenti vedi CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc.Dir.*, aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 595 e ss; LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)* [voce nuova-2001], in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. X, 1, ivi 7

<sup>6</sup> sull'argomento vedi CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc.Dir.*, aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 595, ivi 597; VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, in *Riv Trim. dir e proc civ.* 2003, 1185, ivi 1190; TROCKER, *il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 33 il quale rileva come in epoca recente, ma precedente alla riforma in esame, il concetto di "giusto processo" ricorre con una certa frequenza anche nella giurisprudenza della corte costituzionale, prima in materia civile e poi in materia penale. I primi riferimenti espliciti al principio del "giusto processo" sono operati dalla Corte Costituzionale in alcune decisioni a partire dalla metà degli anni '80 redatte dal giudice Andrioli, già sensibile alla riflessione su tali temi. Cfr. ANDRIOLI, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, temi romana, 1964, 444, ivi 455; ID., *Un po' di "Materiellejustizrecht"*, in *riv trim*, 1984, 960. Vi è poi un secondo gruppo di sentenze negli anni '90 che, oltre a richiamare la nozione di giusto processo, ne individua il significato e le implicazioni qualificandolo al rango di vero e proprio principio costituzionale. Per più ampi e completi riferimenti giurisprudenziali si rimanda all'opera di Trocker prima citata, a pagina 33 e ss. ed a Cecchetti, cit. 597 in nota 16, 17. In particolare da alcune pronunce, relative però al processo penale, emergono le due anime del principio del giusto processo, una relativa alle garanzie attinenti alla posizione e alle funzioni del giudice (c.Cost. 25 marzo 1992, n. 124, in *Giur. cost.*, 1992, 1064; c.cost. 22 aprile 1992, n. 186, ivi, 1343; C.Cost. 20 maggio 1996, n. 155, in *Foro it.*, 1996, I, 1898 con nota di DI CHIARA; c.Cost. 31 maggio 1996, n. 177, in *foro it.*, 1996, I, 2268), l'altra alle garanzie relative alle posizioni e ai diritti di difesa delle parti in giudizio (c.cost. 15 settembre 1995, n. 432, ivi, 1995, 3371); in particolare nel 1996, con la sentenza del 24 aprile, n. 131, in *giur. cost.*, 1996, 1139 con nota di MARGARITELLI, la suprema corte dà una definizione del principio del giusto processo precisando che in esso "si compendiano i principi che la costituzione detta in ordine tanto ai caratteri della giurisdizione, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, quanto ai diritti di azione e difesa in giudizio, ivi compresa l'imparzialità del giudice", principio non esplicitato dal legislatore costituente nel 1948 che porterà nelle pronunce successive all'emergere del principio della cosiddetta "forza della prevenzione". Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, anteriori alla riforma, in tema di imparzialità, contraddittorio, ragionevole durata e giusto processo vedi CECCHETTI, cit., 599 e ss.

<sup>7</sup> in argomento vedi TROCKER, *il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 34; COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Scritti in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, I, 297, ivi 378; TONOLLI, *il principio di parità delle armi nell'equo processo e la regola nemo in propria causa testis esse debet*, in *Riv. Int. Dir. Dell'uomo* 1996, 307, ivi 323

Tornando ora alle considerazioni della dottrina riguardo all'art.111 cost., è doveroso premettere che le disposizioni con cui si sono prevalentemente misurati gli studiosi del processo civile sono quelle contenute nei primi due commi dell'articolo riformato, relative ad ogni tipo di processo giurisdizionale. I commi terzo, quarto e quinto si riferiscono, infatti, in maniera specifica al processo penale<sup>8</sup>.

Per poter meglio comprendere il significato del dibattito che si è sviluppato su tali disposizioni è, quindi, importante individuarne il contenuto.

Nel testo dell'art. 111 si parla di “giusto processo regolato dalla legge”, di svolgimento del processo “nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità”, di “giudice terzo ed imparziale”, di sua ragionevole durata.

Di fronte a tali disposizioni, però, varie sono state le reazioni e diversi i significati attribuiti ad alcune di esse.

Vi è stato chi, ritenendo che tali garanzie fossero già tutte desumibili da altre norme costituzionali, ne ha ritenuto inutile la ripetizione in una nuova norma costituzionale<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> COSTANTINO, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e “il giusto processo civile”*. *Le garanzie*, in Elba, 255

<sup>9</sup> In tale ottica si pone CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257 il quale, però, successivamente, sviluppa in un altro senso la sua opinione in ID, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2004, II, 498, ivi 507; in senso analogo DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 103, ivi 105; riguardo a tale atteggiamento della dottrina vedi PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, che, pur collocandosi nella schiera di coloro i quali concedono all'art.111 un significato innovativo di portata generale, afferma “In un simile atteggiamento vi è molto di vero: l'art. 24, 1°, 2° e 3° comma, specie se letto sistematicamente con l'art. 3, 1° e 2° comma, l'art. 25, 1° comma, l'art. 101, 2° comma, dicevano già molto”; MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust.Civ.* 2001, 523 ritiene che il nuovo art. 111 abbia un'efficacia dichiarativa e non costitutiva, avendo reso esplicito ed incontrovertibile ciò che già costituiva il presupposto implicito del nostro sistema giudiziario; parzialmente in questo senso è anche BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 482 il quale afferma che “con la riforma costituzionale in oggetto si sono esplicitate o chiarite meglio garanzie del processo già in precedenza ricavabili per implicito dall'impianto costituzionale”; in senso analogo si esprime CECCHETTI, *Giusto processo*, 617 il quale ritiene che le uniche norme autenticamente nuove introdotte nell'art. 111 sono quelle contenute nei commi 4 e 5, relative al processo penale; contro tale impostazione si pone VIGNERA, il “Giusto processo” nell'art. 111, comma 1, cost.: nozione e funzione, in <http://www.ambientediritto.it>; CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”*. *Le garanzie*, in Convegno Elba, 271.

Alcuni autori però, pur ritenendo che alcune di queste garanzie fossero già presenti nel nostro ordinamento, hanno intravisto alcuni elementi di novità nell'art. 111 riformato.

Tali elementi sono stati rinvenuti nella locuzione “*regolato dalla legge*”, nell'enunciazione esplicita del principio di imparzialità del giudice come valore distinto da quello dell'indipendenza dei giudici dagli altri poteri<sup>10</sup>, e nella garanzia di ragionevole durata del processo, disposizione cui è stata riconosciuta grande valenza innovativa. Grazie a tale espressione, è stato detto, si fa entrare nel processo il valore dell'efficienza, ufficialmente rivestito del prestigio costituzionale<sup>11</sup>.

Parte della dottrina individua, poi, un'ulteriore portata innovativa della norma in esame, nel richiamo che la locuzione “giusto processo” opera alla unitarietà dell'insieme delle garanzie processuali ed al loro significato relazionale. Tale norma andrebbe quindi interpretata come un'indicazione di metodo in virtù della quale le diverse garanzie processuali non vanno intese come entità a sé stanti, ma necessariamente coordinate fra loro e controbilanciate anche dal valore della efficienza.<sup>12</sup>

Un'ulteriore implicazione è stata attribuita al principio del “giusto processo” che, in considerazione delle sue radici storiche sopranazionali, dovrebbe consentire di “superare la chiusura dell'ordinamento nazionale alle normative convenzionali per dare ingresso agli insegnamenti offerti dalla

---

<sup>10</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in convegno elba, 36 ivi 46

<sup>11</sup> In questo senso PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 242, secondo cui tale principio era prima desumibile implicitamente dal combinato disposto degli art. 24, 1° comma, e 3, 2° comma, o dall'art. 97, 1° comma. In relazione all'esigenza di equilibrio tra una giustizia senza ritardi ed una giustizia non sommaria espressa dal criterio della ragionevolezza della durata vedi TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in convegno elba, 36 ivi 49

<sup>12</sup> In questo senso si esprime TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in convegno elba, 36 ivi 49; in parziale accordo con quest'impostazione è PIVETTI, 61; CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc.Dir.*, aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 595, ivi 598, rileva come tale valenza sistematica e relazionale del principio del giusto processo fosse già stata messa in evidenza dalla giurisprudenza costituzionale precedente alla riforma dell'art. 111 cost. ed in particolare dalla sentenza 24 aprile 1996 n. 131 cit.

giurisprudenza della Corte europea come elementi interpretativi” nella determinazione delle conseguenze che da quella nozione discendono.<sup>13</sup>

Ci limitiamo, per ora, a segnalare che parte minoritaria della dottrina ha individuato nell’espressione “giusto processo” un significato ed una portata precettiva autonomi.<sup>14</sup>

Introdotti, a grandi linee, gli atteggiamenti generali suscitati dalla modifica all’art. 111 cost., vediamo più da vicino quale è stata l’interpretazione data alle singole disposizioni.

### 3. Il “giusto processo”

Subito ci si trova di fronte all’enfasi del legislatore, che afferma che la giurisdizione si attua mediante il giusto processo. Qui sta il nocciolo del problema secondo noi. Nel dibattito però non ci pare che su queste due parole l’attenzione e lo sforzo di analisi si siano soffermate. O meglio, non ci pare che ad esse sia stata riconosciuta la giusta portata innovatrice. In ogni caso, anche sulla portata di questa espressione vi è stata divergenza di vedute in dottrina.

Ad alcuni tale formulazione è parsa retorica, priva di qualunque portata precettiva.<sup>15</sup> Secondo altri il suo significato dovrebbe essere che il modello di

---

<sup>13</sup>TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in convegno elba, 36 ivi 53; così anche TARZIA, *L’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 6 e 7 il quale evidenzia però come l’oggetto su cui è istituzionalmente chiamato a pronunciarsi il giudice delle leggi sia diverso da quello del giudizio della Corte europea di Strasburgo. Quest’ultima infatti giudica la lesione del diritto ad un processo equo non soltanto in riferimento alle regole del processo interno, ma anche in relazione allo svolgimento del processo nel caso concreto; BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 481 DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 103, ivi 105

<sup>14</sup> PIVETTI, per un processo civile giusto e ragionevole, 60; carratta, prova e convincimento del giudice nel processo civile, ??

<sup>15</sup> CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257 e 258 il quale, negando valore innovativo e precettivo al nuovo art. 111 Cost. in relazione al processo civile, pone l’attenzione sulla distinzione tra processo giusto, rispettoso delle garanzie consacrate nella Costituzione, e processo opportuno relativo alle scelte di politica del diritto del legislatore ordinario. Per un successivo sviluppo delle opinioni di tale Autore si rimanda più avanti nel testo.

processo fino ad ora celebrato non può essere considerato giusto, altrimenti, si dice, la nuova norma non sarebbe stata necessaria<sup>16</sup>. E, quindi, si dice, sarebbe giusto quel processo che sia conforme ai nuovi criteri introdotti dal legislatore nel secondo comma dell'articolo 111<sup>17</sup>. Ancora, secondo tale orientamento, la nuova formulazione dell'art. 111 Cost., attribuirebbe ad ogni cittadino il “diritto al giusto processo”, rendendo così possibile denunciare in astratto e in generale, la difformità del modello processuale da quello previsto dalla Costituzione.<sup>18</sup>

Giusto processo è stato anche interpretato<sup>19</sup> come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra

---

Secondo CECCHETTI, cit. 618, almeno per i primi due commi, non si riscontra carattere innovativo della norma. Le uniche norme nuove sarebbero i commi 4 e 5; contro tale interpretazione è PIVETTI, 59, che, pur riconoscendo le non nobili origini dell'art. 111, propende per una lettura costruttiva della norma dalla quale discendono molti elementi che possono essere considerati innovativi, specialmente con riferimento al processo civile.

<sup>16</sup> CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 42, ivi 48 afferma che il legislatore costituzionale “con l'aggettivo “giusto” ha voluto sottolineare che il processo deve essere conforme a quanto è scritto in costituzione, mentre a suo avviso non lo era la versione che dal 1992 al 1998 la Corte, sostituendosi al legislatore, intendeva fornirne”

<sup>17</sup> COSTANTINO, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e “il giusto processo civile”*. *Le garanzie*, in *Elba*, 255, ivi 256; contro tale impostazione è CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il fallimento*, 2002, 257; PIVETTI, 59 e VIGNERA, *Il “Giusto processo” nell'art. 111, comma 1, cost.: nozione e funzione*, reperibile sul sito <http://www.ambientedito.it>

<sup>18</sup> COSTANTINO, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e “il giusto processo civile”*. *Le garanzie*, in *Elba*, 255, ivi 259 spiega come fino a ieri, la conformità delle norme processuali ai principi costituzionali doveva essere valutata in concreto: il giudice remittente e poi il giudice delle leggi, erano tenuti a verificare se la disposizione di legge ordinaria, quale concretamente applicata violasse o no, in concreto, le singole garanzie processuali enunciate in costituzione. Il novellato art. 111 invece imporrebbe un mutamento di prospettiva, attribuendo a ciascuno dei consociati il diritto “al giusto processo” indipendentemente dalla concreta applicazione della normativa processuale; in un'ottica simile si pone BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 488 il quale individua una valenza diretta, ossia non mediata dal legislatore, delle garanzie del giusto processo, immaginando che esse siano fonti di diritti della persona la cui violazione da parte dello Stato possa essere fatta valere in giudizio, come ogni altro diritto, da parte della persona lesa, portatrice di una pretesa risarcitoria. Questa è la prospettiva, in cui opera la Corte di Strasburgo, ma anche, nel nostro ordinamento la l. 24 marzo 2001 n. 89, che riconosce il diritto all'equa riparazione. Secondo questo Autore la tutela offerta a tale pretesa risarcitoria dovrebbe essere estesa anche alle altre garanzie processuali e concepita non solo in riferimento alla CEDU ma anche alla nostra Carta costituzionale. un'ulteriore efficacia diretta è riconosciuta da tale Autore nell'affermare “che i principi costituzionali del “giusto processo, in mancanza di norme ordinarie specifiche rivolte alla loro concretizzazione, possano e debbano attuarsi direttamente tramite la sanzione dell'invalidità dell'attività processuale compiuto in loro violazione.

queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori delle parti, al diritto di impugnazione. In buona sostanza si tratterebbe del diritto di azione e difesa già garantito costituzionalmente dall'art. 24, 1° e 2° comma e dalle altre norme di carattere processuali contenute in Costituzione. Di analogia portata ci pare l'interpretazione di chi, pur rifiutando quell'orientamento che attribuisce a tale espressione un valore tautologico, sostiene che giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro.<sup>20</sup>

Altra parte della dottrina assegna alla locuzione *giusto processo* un significato di norma "aperta" attraverso la quale, anche in futuro, potrebbero trovare ingresso nel nostro ordinamento ulteriori garanzie processuali individuate dalla Corte costituzionale quali elementi costitutivi del giusto processo<sup>21</sup>.

In contrapposizione agli orientamenti sopra riportati si pone chi, pur condividendo la tesi che individua nella formula *giusto processo* un richiamo alla relazione fra le singole garanzie processuali menzionate dall'art. 111 o da altre disposizioni costituzionali, riconosce alla formula un significato ulteriore affermando che il criterio unificatore di riferimento è dato da un parametro di giustizia<sup>22</sup> che va al di là delle singole garanzie, le quali si pongono in posizione

---

<sup>19</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 242

<sup>20</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in convegno elba, 36 ivi 45; CECCHETTI, *Giusto processo*, 606;

<sup>21</sup> BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, 493; in senso analogo VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, in *Riv. Trim. dir e proc civ.* 2003, 1185, ivi 1193 assegna all'art. 111 la funzione di "norma di apertura"

<sup>22</sup> CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2004, II, 498, ivi 507, rivedendo parzialmente la sua tesi, afferma "se non si vuole immiserire la formula del comma 1° come se fosse semplicemente riassuntiva delle garanzie del contraddittorio, della parità delle armi, della terzietà e imparzialità del giudice e della ragionevole durata, successivamente menzionate nel comma 2° della medesima norma, è giocoforza ritenere che il processo è giusto nella misura in cui sia strutturato in modo da indirizzarsi a produrre sentenze giuste, ovviamente nei limiti consentiti in questo mondo e nel rispetto delle garanzie"..Quale argomento a negare la portata meramente retorica delle parole "giusto processo" viene convenientemente portato ad esempio da PIVETTI, 60 il caso della Rule 1.1. delle C.P.R., le nuove regole della procedura civile entrate in vigore in Gran Bretagna nel 1999. Tale disposizione enuncia "*l'overriding objective of dealing with cases justly*" quale comando giuridicamente vincolante e non quale formula meramente retorica; simile pare la tesi di VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del*

strumentale rispetto ad un fine al quale tutte debbono concorrere<sup>23</sup>. Fine che è di giustizia del processo, e non di mera regolarità o legalità.<sup>24</sup>.

Se, come è stato da più parti affermato, il principio del *giusto processo* è un principio di carattere processuale che racchiude in sé le relative garanzie intese tanto singolarmente, quanto in rapporto fra loro, tuttavia non si può negare come esso contenga in sé anche il raccordo con la giustizia sostanziale, laddove per giusto processo deve intendersi quel processo regolato in modo da favorire, nel rispetto delle garanzie procedurali, il perseguimento di una decisione giusta<sup>25</sup>, ovvero basata su una ricostruzione “veritiera e razionalmente controllabile del caso concreto o, meglio, delle affermazioni fattuali che lo compongono”<sup>26</sup>.

---

*processo civile alla luce del “nuovo” art. 111 cost.*, in *Riv Trim. dir e proc civ.* 2003, 1185, 1193, che afferma che il valore della “giustizia”, ex art. 111, comma 1 Cost., deve connotare il modello costituzionale del processo. Tale autore però individua la portata specifica dell’art. 111, comma 1 Cost. quale norma di apertura “in forza della quale (norma) è destinato a trovare ingresso all’interno di quel sistema (della giurisdizione n.d.a.) qualsiasi principio o potere processuale ritenuto (secondo l’esperienza e la coscienza collettiva) necessario per una effettiva e completa tutela delle ragioni delle parti”.

<sup>23</sup> Anche VERDE, in *il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, in Capponi verde, 177 afferma “noi dobbiamo cominciare a chiederci se non abbiamo una cultura che ha elevato la garanzia a fine , e non la considera invece come strumento per rendere una migliore giustizia”.

<sup>24</sup> PIVETTI, 61 il quale evidenzia come il parametro della giustizia richiamato dalla Costituzione diventi ora regola giuridica. Ci pare opportuno riportare qui una frase di CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 21 in cui si evidenzia, anche se di sfuggita, la funzione strumentale di tutte le garanzie processuali “il processo è “giusto” non soltanto quando assicura alle parti la piena espressione dei loro diritti strumentali alla deduzione e all’accertamento dei fatti, ma anche quando riesce a contenere in termini ragionevoli la durata dei singoli adempimenti”

<sup>25</sup> è interessante notare come MONTELEONE, *Il giusto processo civile*, in *Il giusto processo nell’esperienza storico comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, Palermo, 1999, 83, in un momento immediatamente precedente alla riforma costituzionale dell’art. 111 Cost., ricollegando il concetto di giusto processo alla giusta decisione (intesa quale decisione conforme al vigente diritto positivo), tragga la conclusione per cui il sistema delle preclusioni nel processo civile condurrebbe a sentenze ingiuste e quindi sia contrario al valore del “giusto processo”.

<sup>26</sup> CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2003, 27, ivi 36 e ss. (per i riferimenti bibliografici sulla questione della decisione giusta vedi Carratta in nota 29); ma anche PIVETTI, 63; PIVETTI e NARDIN, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), inserito nel Dicembre 2005 “occorre anche che il processo si svolga in modo tale da tendere ad una decisione giusta, oltre che sollecita. “Giusto processo”, infatti, non significa esclusivamente processo conforme alle altre regole specifiche e agli altri

Torneremo successivamente su questo argomento che ci pare uno dei punti di vista preferibili, e meno esplorati, per approfondire il concetto di giusto processo. Quello che però è importante fin d'ora evidenziare è la contrapposizione tra una concezione della giustizia del processo che trova i suoi limiti nel concetto di regolarità data dal rispetto del dato normativo (le garanzie processuali formulate in costituzione), ed una concezione di giustizia del processo che invece intende tali garanzie quali strumenti, sì necessari, ma non sufficienti, per pervenire ad una decisione giusta<sup>27</sup>, essendo garanzia di giustizia della decisione anche un accertamento veritiero dei fatti di causa<sup>28</sup>, poiché come è stato detto “una decisione di merito basata su una rappresentazione della realtà difforme dal vero non tutela il diritto ma necessariamente lo viola”<sup>29</sup>. La preferenza per quest'ultima tesi costituisce l'occasione per dimostrare il fondamento razionale, o logico-giuridico, che tale concezione della giustizia del processo riveste nel nostro sistema giurisdizionale la cui funzione è attuare il diritto sostanziale<sup>30</sup>.

---

principi espressamente consacrati nel nuovo art. 111 o in altre norme costituzionali riguardanti il processo”; riflessioni analoghe sono svolte da BRACCIALINI, *Garanti o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, 1208 “quando diciamo giusto processo, ci riferiamo solo a regole processuali a garanzia del contraddittorio, oppure abbiamo anche in mente obiettivi sostanziali del processo e ci preme che esso sia reale strumento di realizzazione dei diritti e non solo il sistematico strumento per renderli ineffettivi? E il giudice è solo l'arbitro di questa partita spesso ad armi impari, o non dovrebbe essere il garante del suo giusto risultato, cioè la realizzazione in concreto del diritto calpestato? Secondo me questo è il contributo concettuale più significativo di tutto l'articolato, il suo stimolo più fecondo; questa è la domanda inevasa che ancora dovrebbe mettere in mora la dottrina processualciviltistica.”; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, vol. III, 7

<sup>27</sup> Ove per decisione giusta si intenda quella che attribuisca a ciascuno il suo diritto. ULPiano (vedi rif in ANCONA, *Sul “giusto processo” ovvero della giustizia e della verità nel processo*).

<sup>28</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari 2000, 8 e ss. e 43; in questo senso anche CALAMANDREI, la genesi logica della sentenza civile, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 11, ivi 25; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 43; nel campo della filosofia del diritto la concezione della giustizia come fondata sul riconoscimento della verità è stata sostenuta da OPOCHER, *lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983, 311 e ss.; vedi anche voce *giustizia*; TWINING, *The rationalist tradition of evidence scholarship*, in ID, *rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 32, ivi 73. per altri riferimenti vedi ANCONA nota 64 e ss.

<sup>29</sup> PIVETTI e NARDIN, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), inserito nel Dicembre 2005, dove si riporta il brocardo di Baldo *veritas juris ex veritate facti* citato da Cappelletti nella sua opera *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, milano, 1962, vol. I, 46, nota 7

#### 4. “Regolato dalla legge”

Maggior interesse e divergenze di vedute ha invece suscitato l’enunciato “regolato dalla legge”<sup>31</sup>.

Qualcuno ha sostenuto che in esso il legislatore abbia inteso esprimere una riserva di legge per la materia processuale, al fine di garantire che il processo non possa essere regolato da atti di normazione secondaria, non potendosi da tale disposizione ricavare alcun argomento in favore di una riduzione della discrezionalità giudiziale<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> il dibattito relativo allo scopo assegnato al processo civile è troppo ampio per farne qui un’adeguata analisi, si riportano però a tal proposito le autorevoli parole di Chiovenda “la funzione del processo è quella di fornire all’attore che ha ragione tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire alla stregua del diritto sostanziale” citato da COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1999, 77, ivi 83 il quale a sua volta afferma che “la funzione attribuita al processo civile è quella di fornire uno strumento per la effettiva soddisfazione delle situazioni subiettive; se tale profilo, nella prospettiva ottocentesca, poteva essere ignorato, oggi, e da tempo, non se ne può prescindere”; in senso analogo DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, vol. III, 5 (potrei inserire molta altra bibliografia se opportuno, ma mi sembrava banale)

<sup>31</sup> come sottolineato da PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241 tale specifica garanzia è una novità dell’art. 111 Cost. che in ciò si differenzia dall’art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, proclamata dall’assemblea generale delle Nazioni unite il 10 dicembre 1948, dall’art. 6 della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, siglata a Roma il 4 dicembre 1950, e dall’art. 14 del patto internazionale sui diritti civili e politici, approvato dall’assemblea generale delle Nazioni unite il 16 dicembre 1966

<sup>32</sup> CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257, ivi 260 il quale sottolinea come il problema non sia pretendere la regolazione analitica da parte del legislatore di ogni singolo passo del processo, bensì “accertare se determinati poteri attribuiti dal legislatore al giudice producano o no una violazione delle garanzie del diritto di difesa, del contraddittorio, della parità delle armi”; dello stesso avviso è PIVETTI, 66 e ss. che riporta la tesi di parte autorevole della dottrina costituzionalista secondo la quale la riserva di legge vale non soltanto a riservare al legislatore ordinario alcune materie nei confronti delle fonti normative secondarie, ma anche a regolare i rapporti tra l’attività legislativa e l’attività applicativa, nel senso di escludere che in tali materie la legge lasci troppo ampi spazi di libertà agli organi applicativi. Egli però critica quell’orientamento secondo cui, in alcune ipotesi, ed in particolare quando si tratti di diritti di libertà, la riserva di legge opererebbe non soltanto nei confronti dell’Amministrazione ma anche nei confronti del potere giudiziario. Per bibliografia In tema di riserva di legge vedi nota a p.67 di pivetti; non condividono quest’interpretazione BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 496 e CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 15; Id., *Il giusto processo civile e la riforma dell’art. 111 Cost.*, in *Il giudice di pace*, 2000, 203 il quale rileva come nel nostro ordinamento, seppur in maniera modesta, vi siano discipline processuali contenute in regolamenti che non hanno mai comportato problemi di compatibilità con le norme di fonte primaria, per non parlare di altri ordinamenti, come quello francese, dove il fenomeno è quanto mai diffuso.

Tale lettura è stata però considerata riduttiva da chi ha visto in quella clausola un chiaro indirizzo del legislatore volto a garantire che le modalità e i tempi di esercizio dei poteri delle parti e del giudice nel processo non siano rimessi ad una valutazione discrezionale di quest'ultimo<sup>33</sup>.

In tale ottica è stata messa in dubbio la conformità al modello costituzionale di giusto processo dei procedimenti speciali di tipo camerale ove applicati per la tutela giurisdizionale dei diritti, e non limitatamente alla funzione giurisdizionale non contenziosa<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 242; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2003, 27, ivi 53, il quale tra l'altro ritiene che la locuzione "regolato dalla legge" si ponga in evidente contrasto con l'ammissibilità delle prove atipiche; LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)* [voce nuova-2001], in *Encicl. giur.* Treccani, Roma, vol. X, 1, ivi 10 il quale sostiene che la discrezionalità del giudice nell'individuazione delle forme e dei termini del processo viola la parità delle parti; *contra* tale impostazione CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Elba*, 13, ivi 18; TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in convegno elba, 36 ivi 40; critico sul punto è anche PIVETTI, 68 il quale rileva che quella parte della dottrina costituzionalistica che riconosce alla riserva di legge la funzione di regolare i rapporti tra attività legislativa e attività applicativa, ritiene che nei confronti della funzione giurisdizionale non possa trattarsi che di riserva di legge relativa. In tal caso, continua tale autore, spetta alla legge stabilire i fondamenti della disciplina, i criteri e i principi generali, mentre può certamente essere affidata alla discrezionalità dell'organo applicativo giurisdizionale la scelta delle modalità, dei contenuti e dei termini di applicazione. A confutare la tesi di coloro che vedono nell'attribuzione al giudice di una maggiore discrezionalità nell'esercizio dei suoi poteri una pericolosa deriva verso un modello di processo autoritario, tale Autore riporta le recenti tendenze di riforma che hanno riguardato modelli processuali stranieri, di consolidata tradizione liberale, quali quello statunitense e inglese. In questi ordinamenti infatti la tendenza è verso un modello di processo in cui i poteri discrezionali del giudice, in ordine allo svolgimento ed alla trattazione del caso concreto, sono amplissimi; secondo CIVININI, 279, l'accentuazione e generalizzazione dei poteri discrezionali del giudice nella conduzione del processo ne connota la funzione autoritaria; secondo BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 497 "se non è inibita *tout court* al legislatore la possibilità di lasciare spazi di discrezionalità al giudice nell'esercizio del suo potere, tuttavia è a lui imposto di coprire ciò che attiene ai contenuti minimi ed essenziali delle garanzie che vanno a costituire il concetto di *giusto processo*. Un maggior allentamento delle maglie legislative è concepibile solo se vi è un qualche valore costituzionale che, data una situazione particolare, meriti la prevalenza e imponga tale maggiore flessibilità". Questo è il caso, secondo tale Autore, del valore della ragionevole durata nell'ambito della tutela cautelare. Egli precisa, però, che nella norma in questione non deve ravvisarsi una costituzionalizzazione del modello del processo ordinario a cognizione piena.

<sup>34</sup> PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265, ivi 280; ID, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 242 e ss., sostiene che "questo modulo processuale sia adeguato all'esercizio da parte del giudice di talune attribuzioni non contenziose ma certamente (anche se arricchito del c.d. diritto alla prova, ecc.) non è conforme a Costituzione se applicato per la tutela giurisdizionale (destinata a sfociare nel giudicato formale e sostanziale) dei diritti o status" o, come evidenziato nell'articolo dello stesso Autore, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Questione*

Nell'ambito di quell'orientamento che ritiene necessaria la predeterminazione da parte del legislatore di tempi e modalità di esercizio dei poteri del giudice, viene però operata un'importante distinzione. Ove si tratti di quei poteri destinati all'organizzazione ed al governo del processo, ininfluenti sul contenuto della decisione, si riconosce che essi, pur dovendo essere previsti dalla legge, possano essere esercitati discrezionalmente, in quanto a tempi e modalità, in relazione alle esigenze delle singole controversie.<sup>35</sup> Di fronte, invece, a quei poteri suscettibili di incidere sul contenuto della decisione, è stato rilevato come il valore del giusto processo regolato dalla legge ne esiga la rigida predeterminazione da parte del legislatore.<sup>36</sup>

Chi ha così inteso la portata della clausola in esame ammette però che, in alcuni casi, tale garanzia (o regola di metodo dello svolgimento del processo), della predeterminazione legale dei poteri delle parti e del giudice, venga attenuata da un'altra esigenza, altrettanto importante: quella di effettività della tutela

---

*giustizia*, 2000, 467 ss., a procedimenti a tutela dei minori suscettibili di incidere su situazioni soggettive forti quale la potestà parentale; nello stesso senso si esprime anche CIVININI, 272 e 276; COSTANTINO, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile"*. *Le garanzie*, in Elba, 255, ivi 262 e 270 che in un'ottica *de jure condendo* afferma le necessità di rivedere quelle ipotesi in cui la tutela dei diritti è integralmente affidata al procedimento camerale. *De jure condito*, ponendo l'attenzione sulle nuove "garanzie procedurali minime" introdotte dall'art. 111 Cost., individua fra queste anche la preventiva conoscenza del meccanismo procedimentale. Da ciò ne consegue, egli afferma, la necessità di uniformare le prassi locali negli uffici giudiziari, ricordando che fra i compiti dei presidenti di sezione, ex art. 47 *quater* d.leg. 20 marzo 1998 n.51, vi è di curare "lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione" evitando ogni ipotesi di dissenso e garantendo l'applicazione uniforme delle regole processuali all'interno del medesimo ufficio; contrario alla cameralizzazione dei diritti è anche LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)* [voce nuova-2001], in *Encicl. giur.* Treccani, Roma, vol. X, 1, ivi 22; contro tale orientamento è TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in convegno elba, 36 ivi 41, che afferma come il giusto processo non possa dirsi violato perché ci si trova in presenza di un processo a ridotta rigidità formale.

<sup>35</sup>PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 243; ID, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265, ivi 267 e ss.; sulla distinzione tra poteri del giudice inerenti al governo del processo e poteri del giudice influenti sul contenuto della decisione vedi FABBRINI, voce *Potere del giudice* (dir. proc. civ.), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, XXXIV, 721

<sup>36</sup>PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 244 in tal proposito afferma la necessità di individuare un metro di esercizio rigido dei poteri istruttori d'ufficio previsti dall'art. 421, 2° comma, o dall'art. 437, 2° comma, c.p.c..

giurisdizionale. In questo caso le garanzie del giusto processo devono essere in parte, ma mai del tutto, sacrificate in nome di tale principio costituzionale<sup>37</sup>.

Questa contrapposizione tra discrezionalità del giudice da una parte, e garanzie dall'altra, in nome del valore dell'efficienza, ci pare però fuorviante, quasi che le garanzie del processo fossero ostacoli o forze opposte a tale valore. Non sempre, come spiega limpidamente parte della dottrina, le garanzie sono sinonimo di formalismo e contrario di discrezionalità o efficienza. Il rispetto delle garanzie processuali, (tutte quelle enunciate nell'art. 111, compresa quella di giustizia della decisione e di efficace accertamento della verità<sup>38</sup> al quale, come vedremo, tutte sono strumentali) se intese in senso sostanziale e non formale, ben può essere messo in pericolo da una rigida e formale predeterminazione delle regole processuali, a scapito dell'efficienza<sup>39</sup>. Analogamente la discrezionalità non deve per forza andare a scapito delle garanzie, che anzi talvolta liberate dalla formalità delle regole troverebbero maggior spazio ed efficacia. A scapito di tale

---

<sup>37</sup>in relazione al carattere costituzionale del valore dell'effettività della tutela giurisdizionale vedi PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 244. Quali esempi di processi in cui le garanzie del giusto processo sarebbero sacrificate vengono ricordati da tale dottrina il processo cautelare uniforme; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 491 afferma come la garanzia della predeterminazione delle regole processuali possa essere considerata recessiva rispetto all'esigenza, costituzionalizzata anch'essa, della rapidità. Egli considera però criticabile, in mancanza di valori costituzionali da proteggere, "un cedimento della garanzia della predeterminazione delle regole processuali

<sup>38</sup> sul tema della distinzione tra verità materiale e verità processuale si leggano le pagine di PUGLIATTI, *Conoscenza*, voce dell'Enc. Del Dir., IX, 50

<sup>39</sup> PIVETTI, 72 quel che può costituire e spesso costituisce un intralcio allo svolgimento corretto, giusto e ragionevole del processo, all'accertamento della verità, al perseguimento di forme di tutela più adeguate alla situazione sostanziale, è la formalizzazione delle garanzie in luogo della effettiva applicazione dei principi di garanzia. Diversa è l'impostazione di CIVININI, 278, la quale sostiene che le regole processuali, rappresentando la via individuata dal legislatore per l'accertamento della verità, sono condizione e garanzia della verità medesima. In quest'ottica tale Autrice respinge l'idea che le garanzie processuali possano essere rimesse, nella determinazione del loro contenuto, dei tempi e dei modi di attuazione, alla discrezionalità del giudice. Ciò che emerge da tale divergenza di vedute in ordine al rapporto tra garanzie processuali e accertamento della verità nel processo, è il malinteso di fondo sulla funzione strumentale delle garanzie alla ricerca della verità evidenziata da Pivetti e trascurata dalla dottrina maggioritaria; in proposito vedi le pagine di FERRAJOLI, *l'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia* 1999, 483, ivi 490, il quale rileva come "le garanzie processuali altro non sono che la traduzione in regole giuridiche di elementari criteri epistemologici di verifica o falsificazione empirica.

tesi è stato, però, affermato<sup>40</sup> come l'imparzialità del giudice sarebbe negativamente influenzata dalla sua discrezionalità; a questa tesi ci sembra difficile aderire senza "sottoporre il concetto di imparzialità ad un processo di abnorme e pericolosa dilatazione, allo scopo di profittare del generale consenso su di esso per accreditare concetti meno diffusamente condivisi<sup>41</sup>".

Nell'ottica di una concezione sostanziale e non formale delle garanzie del processo va ancora detto che discrezionalità non è sinonimo di arbitrio e che ciò che distingue tali modalità di esercizio del potere è proprio la garanzia di indicazione vincolante dei fini, al cui raggiungimento deve essere rivolto l'esercizio del potere, che caratterizza la discrezionalità. Si tratta naturalmente di garantire uno standard minimo di regolazione normativa, e, come sostenuto da parte della dottrina, di garantire alla parte la sindacabilità in Cassazione dell'esercizio della discrezionalità da parte del giudice.<sup>42</sup>

Altri Autori, ponendo l'attenzione sulle vicende che hanno preceduto la riforma, hanno interpretato la locuzione "regolato dalla legge" quale espressione

---

<sup>40</sup> vedi CIVININI, 275 che afferma "l'imparzialità nella gestione del processo si realizza e si garantisce attraverso un modello procedimentale in cui modi, forme, termini, poteri delle parti e del giudice...sono predeterminati dal legislatore non rimessi alla discrezionalità del giudice

<sup>41</sup> PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in Elba, 55, ivi 72 nega il nesso tra i valori dell'imparzialità da un lato e quelli della discrezionalità e dei poteri istruttori del giudice dall'altro; similmente, in relazione ai poteri istruttori del giudice del lavoro ex art. 421, 2° comma, si esprime RIGHETTI, *Giusto processo ex art. 111 Cost. e poteri istruttori officiosi del giudice del lavoro ex art. 421, 2° comma, c.p.c.: una lettura costituzionalmente orientata della norma*, articolo inserito in *Diritto&Diritti* nel febbraio 2004 rep. sul sito <http://www.diritto.it/materiali/lavoro/righetti.html> ; Cme noto, invece, parte autorevole della dottrina processualcivilistica, ritiene che l'esercizio di poteri istruttori da parte del giudice ponga in pericolo la sua imparzialità. In tal senso si esprime LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo* in *Riv.Dir.Proc.* 1960, 551, ivi 562"; FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv.Dir.Proc.* 1972, 193 passim; cfr. altresì L.MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv.Trim.Dir. e Proc.Civ.* 1978, 189 passim; *contra* vedi TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv.Dir.Proc.* 1998, 657, ivi 664 e, meno recentemente, DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Sistemi e riforme*, Il mulino, Bologna 1999, 173, ivi 177; COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv.Dir.Proc.* 1977, 14, ivi 21

<sup>42</sup> PIVETTI, 74; CIVININI, 279 mette invece in guardia contro officiosità e discrezionalità nella fissazione delle regole del processo che conducono all'arbitrio nell'esercizio del potere.

della volontà di rivalsa del Parlamento nei confronti della Corte Costituzionale in difesa delle proprie prerogative di organo legislativo<sup>43</sup>.

## 5. Il “contraddittorio tra le parti in condizione di parità”.

Continuando nell’analisi della lettera della norma ci troviamo di fronte alla enunciazione della garanzia del “contraddittorio tra le parti in condizione di parità”. Anche in questo caso, da più parti si è sostenuto che tale garanzia fosse ricavabile dalla Costituzione anche prima della riforma dell’art. 111 Cost.<sup>44</sup>

A tal proposito è stato detto come l’esigenza di rispettare la garanzia del contraddittorio sia soddisfatta se alle parti è data la stessa possibilità di incidere sul convincimento del giudice<sup>45</sup>, non dovendosi ritenere che l’unico modello di contraddittorio compatibile con i valori del giusto processo sia quello previsto nel processo ordinario di cognizione<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del “giusto processo”* in convegno elba, 36 ivi 40; contro questa impostazione è M. PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in Elba, 55, ivi 57 il quale afferma che nel caso di contrasto tra Parlamento e Corte costituzionale in relazione all’interpretazione delle norme deve essere quest’ultima a prevalere, data la sua funzione di controllo del legislatore. Il legislatore può liberamente e legittimamente muoversi se lo fa nell’ambito dei principi costituzionali, tra i quali secondo la Corte, deve includersi il principio secondo cui il processo deve tendere ad accertare la verità dei fatti. L’autore afferma che pur potendosi dissentire da questa interpretazione della costituzione non si può negare, sul piano delle prerogative, che l’organo a cui è deputata l’interpretazione della Costituzione è la Corte costituzionale.

<sup>44</sup> BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 501; LUISO, *Il principio del contraddittorio e l’istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in capponi verde, 57 sostiene come l’enunciazione esplicita nell’art. 111 della garanzia del contraddittorio sia “un’opportuna occasione per rimeditare problemi attinenti al contraddittorio e non ancora risolti”.

<sup>45</sup> BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 501 rileva come il senso della garanzia del “contraddittorio tra le parti in condizioni di parità” enunciate dall’art. 111 sia coincidente col significato dato all’art. 24, comma 2°, Cost. da dottrina e giurisprudenza. Tale garanzia, riguardando il potere per le parti di influenzare l’esito del processo su un piede di parità, comporta diverse conseguenze concrete sul piano delle regole processuali. ai fini del presente lavoro ci pare di rilievo l’opinione di tale Autore laddove considera le implicazioni che la garanzia del contraddittorio e della parità delle parti hanno sul diritto alla prova dal quale consegue “l’illegittimità di impedimenti non ragionevoli alla possibilità di provare i fatti rilevanti per la causa, come ad es. era quello contenuto nell’art. 247 c.p.c.”

La garanzia della parità delle parti, quindi, non dovendo essere intesa in senso rigido e formale, non comporta la necessità di estendere l'applicazione del modello di processo ordinario, ben potendo trovarsi realizzata attraverso l'applicazione di modelli processuali differenziati, caratterizzati da forme di contraddittorio eventuale o differito<sup>47</sup>. Si tratta solo di appurare in base a quale valore sia giustificato il sacrificio del contraddittorio e della parità delle parti nel processo in relazione a forme differenziate di tutela<sup>48</sup>.

A tal riguardo, da alcuni autori, è stato affermato come la parità delle parti sarebbe violata in quei casi di emanazione di una decisione sulla base dei soli fatti costitutivi e non anche dei fatti estintivi impeditivi e modificativi allegati dalla controparte. Il sacrificio di tale garanzia è però giustificato, si dice, se operato in nome del rispetto di un altro valore di pari rango costituzionale: il valore dell'efficienza della giurisdizione, oggi direttamente ricavabile dall'enunciazione della ragionevole durata del processo.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in Elba, 255, ivi 263.

<sup>47</sup> COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in Elba, 255, ivi 264 e 266 dove afferma come la diversità delle forme di tutela giurisdizionale non è incompatibile con il principio di uguaglianza né con la "parità delle armi", essendo doveroso da parte del legislatore predisporre forme di processo semplificate rispetto a quelle ordinarie in considerazione della natura delle controversie e della natura degli interessi tutelati che talvolta, se costretti ad attendere i tempi del processo a cognizione piena, subiscono pregiudizi irreparabili; CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 21 sostiene che tali forme di attuazione del contraddittorio differito ed eventuale non possano essere incise dal riconoscimento formale in costituzione di tale garanzia, trattandosi di esperienze consolidate ed orientate al corretto esercizio della funzione giurisdizionale; TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1998, 657, ivi 665 rileva, in riferimento al progetto di revisione costituzionale, come la nuova formulazione dell'art. 111 non possa incidere sulla legittimità costituzionale dei processi o procedimenti a contraddittorio differito; analogamente DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 103, ivi 104; CONTE, *Considerazioni sui riflessi della riforma dell'art. 111 Costituzione nel processo civile*, in *Quest. Giustizia*, 2001, 426; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 498

<sup>48</sup> COSTANTINO, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in Elba, 255, ivi 264 evidenzia come la giustificazione della compressione del diritto di difesa delle parti sia giustificata talvolta in relazione alla peculiarità delle situazioni sostanziali tutelate, talvolta in nome dell'economia processuale.

La garanzia del contraddittorio, nel contesto del processo ordinario di cognizione, ha posto, poi, alcune questioni, in relazione ai poteri istruttori del giudice ed al problema dell'efficacia delle barriere preclusive nei confronti delle prove introdotte officiosamente<sup>50</sup>. È stata anche evidenziata la necessità, principalmente in relazione alle questioni sollevate d'ufficio<sup>51</sup>, che la garanzia del contraddittorio sia intesa non soltanto come regola fra le parti in causa, ma anche fra queste e il giudice, così come avviene, nel processo civile francese<sup>52</sup>.

Meno approfondito è, invece, il rapporto tra il principio della parità delle armi e il diritto alla prova. Il dibattito su questo argomento, sviluppato alcuni anni or sono<sup>53</sup> in riferimento all'art. 24 cost., trova infatti, ora, un ulteriore fondamento, nell'apertura che l'art. 111 opera ai principi elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Concepito come diritto delle parti a dimostrare i fatti posti a fondamento delle proprie pretese, il diritto alla prova, si mostra come un aspetto fondamentale del principio della parità delle armi e del contraddittorio, inteso in senso sostanziale ed effettivo.

---

<sup>49</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 245 e ss., riporta a tal riguardo il caso del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, dei titoli esecutivi stragiudiziali che danno certezza al fatto costitutivo del credito ma non di eventuali fatti estintivi impeditivi modificativi, dell'ordinanza di rilascio dell'immobile locato con riserva di eccezioni del convenuto ex art. 665 c.p.c.; nello stesso senso CONTE, *Considerazioni sui riflessi della riforma dell'art. 111 Costituzione nel processo civile*, in *Quest. Giustizia*, 2001, 426, ivi 429

<sup>50</sup> CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 22

<sup>51</sup> MONTESANO, *la garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, in *Riv. Dir. Proc.* 2000, 929, ivi 930 ritiene che la formulazione dell'art. 111 Cost "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, davanti ad un giudice terzo ed imparziale" sia una chiara indicazione nel senso di proibire giudizi civili di "terza via". Da tale formula l'Autore ricava altresì l'inammissibilità delle c.dette prove atipiche

<sup>52</sup> LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in capponi verde, 58; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 502

<sup>53</sup> cappelletti, il diritto alla prova, Taruffo, e altri riferimenti

La relazione tra diritto alla prova, quale elemento fondamentale della parità delle parti nel processo, e giusto processo è stata, infatti, messa in rilievo dalla giurisprudenza della corte europea<sup>54</sup>.

Tale prospettiva di analisi si presenta come una fra le più interessanti sollevate dalla giurisprudenza di Strasburgo e dalla dottrina, portando tacitamente ad intendere il concetto di giusto processo quale meccanismo teso a pervenire ad una decisione accurata sui fatti di causa. Includendo in sé il diritto per le parti di provare i fatti rilevanti su un piede di effettiva parità, tale concetto, ci sembra consentire la ridiscussione di alcuni principi vigenti nel nostro ordinamento in tema di limiti di ammissibilità delle prove nel processo civile.<sup>55</sup>

È stato ancora detto che tale garanzia di parità delle parti, dovendo essere intesa in senso sostanziale e non meramente formale, imporrebbe di estendere il sistema di assistenza giudiziaria ai non abbienti anche al settore civile<sup>56</sup>. Tale garanzia di parità effettiva o sostanziale assicurata anche ai cittadini non abbienti è però già enunciata espressamente dall'art. 24 3° comma. della Costituzione. Ci sembra quindi che l'art. 111 non aggiunga nulla di nuovo sotto questo aspetto.

---

<sup>54</sup> TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 10 ponendo a confronto l'art. 6 della convenzione europea e l'art. 111 cost., sottolinea le implicazioni che sul concetto di giusto processo hanno le interpretazioni elaborate dalla giurisprudenza di Strasburgo del principio della parità delle armi nel processo. Con particolare riguardo al terreno del diritto delle prove si segnala la sentenza *Dombo Beheer c. Paesi Bassi* del 27 ottobre 1993, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 153, con nota di Tonolli.

<sup>55</sup> Su tale argomento vedi TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 10 e 11; TROCKER, *il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 36 il quale, a dimostrazione della chiusura della nostra corte costituzionale ai suggerimenti della giurisprudenza di Strasburgo in tema di giusto processo e testimonianza della parte e dei terzi interessati, rileva come la sentenza *Dombo beheer* non sia stata neppure presa in considerazione dalla nostra corte costituzionale chiamata a giudicare sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 246 c.p.c.; TONOLLI, *il principio di parità delle armi nell'equo processo e la regola nemo in propria causa testis esse debet*, in *Riv. Int. Dir. Dell'uomo* 1996, 307, ivi 309; in relazione al problema dell'inammissibilità dell'interrogatorio libero dei terzi interessati nel processo civile ordinario vedi C.Cost. ord. 10 dicembre 1987, n. 494, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 812, con nota critica di MONTESANO.

<sup>56</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 245; in questo senso anche PIVETTI, 65; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 502

## 6. La Terzietà e imparzialità del giudice

Proseguendo nell'analisi del nuovo art. 111 Cost. si giunge al dettato di due garanzie inerenti la persona del giudice che, è detto, deve essere terzo e imparziale.

Parte della dottrina ha rilevato come la formulazione espressa del principio di imparzialità del giudice sia una novità per la nostra Costituzione<sup>57</sup>. Dall'enunciazione di tali garanzie è stata desunta l'assoluta inderogabilità del principio della domanda, rinvenendo nel carattere della terzietà la necessaria

---

<sup>57</sup> TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in convegno elba, 36 ivi 45 mette in evidenza come prima dell'inserimento di tale garanzia con la modifica dell'art. 111 Cost. il legislatore costituzionale non aveva previsto tale garanzia fra quelle afferenti al processo, ma si era soprattutto preoccupato di garantire l'autonomia e l'indipendenza dei giudici dagli altri poteri dello Stato; riconosce un valore innovativo, volto "a correggere talune anomalie del nostro processo civile", all'inserimento di tale principio nella Costituzione SCARSELLI, *il nuovo art. 111 e l'imparzialità del giudice nel processo civile*, in *Questione giustizia*, 2000, 81, ivi 89; parzialmente in tal senso è anche ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 121, ivi 129 il quale, pur rilevando come l'introduzione dei principi di terzietà e imparzialità nell'art. 111 Cost. non introduca elementi di "dirompente novità" rispetto all'elaborazione operata dalla Corte Costituzionale, sostiene che la "riaffermazione di un principio, già desumibile dalla precedente normativa e continuamente ribadito dalla giurisprudenza, costituisce un'opportuna integrazione del catalogo delle garanzie afferenti al processo contenute nella nostra Carta costituzionale"; contrario a tale interpretazione è CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257 il quale evidenzia come tale garanzia fosse già ricavabile dalla soggezione del giudice soltanto alla legge, ex art. 101 Cost. nonché dal principio di indipendenza ed autonomia della magistratura ex art. 104 Cost.; CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73 e ss., rileva come per ricavare dalla Costituzione la garanzia di imparzialità del giudice, fosse necessario, prima della riforma, intraprendere un'interpretazione sistematica dell'art. 101 cost. affermando quindi come non ci fosse alcuna lacuna "per chi sapesse intendere il testo costituzionale". tale autore individua però un'utilità nell'enfasi che caratterizza l'enunciazione di tale garanzia: essa dovrebbe richiamare la giurisprudenza all'applicazione di tale principio con continuità; analogamente si esprime ZAGREBELSKY, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 171, ivi 173 il quale sostiene come l'enfatizzazione dei valori di terzietà e imparzialità potrà operare come stimolo a mutare l'indirizzo giurisprudenziale della Corte costituzionale e l'indirizzo legislativo del legislatore; SABATO, *L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Elba, 167, ivi 168 afferma che il valore dell'imparzialità del giudice era già desumibile dagli art. 3, 24 e 25 Cost. e dalle Convenzioni internazionali sui diritti umani, ma l'introduzione di tale principio nell'art. 111 ha acceso il dibattito in relazione al livello di tale garanzia; in senso analogo BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 506

distinzione tra chi è giudice, e rende giustizia, e chi è parte, e chiede giustizia.<sup>58</sup> In tale ottica, da parte della dottrina, è posta in dubbio la costituzionalità di quelle ipotesi residue in cui ancora si deroga al principio della domanda di parte.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 246; CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 17, sottolinea come “la prima ricaduta del precetto costituzionale può apprezzarsi in relazione al principio della domanda ed al connesso principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato”, precisando però come tali principi, pur strettamente connessi ad esso, non si identificano con quello dell'imparzialità del giudice civile, definito dall'Autore “come un cerchio concentrico dal raggio più ampio, rispetto a quello tracciato dall'art. 99 in collegamento con l'art. 112 c.p.c.”

<sup>59</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 246 critica la disposizione del processo del fallimento in cui si prevede il potere del giudice di iniziare d'ufficio il procedimento di dichiarazione del fallimento. A tale proposito va rilevato come la disposizione di cui si tratta, l'art. 6 l.fall., concernente i soggetti che hanno il potere di iniziativa, è stata modificata dall'art. 4, d.lgs., 9 gennaio 2006, il quale ha abrogato il potere d'iniziativa d'ufficio. Le altre ipotesi di deroga al principio della domanda riportate sono l'art. 146 l.fall. e l'art. 336 c.c.; in questo senso anche CIVININI, 277; DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 103, ivi 120 si augura che l'enfasi della riaffermazione dei valori di terzietà e imparzialità del giudice contenuta nell'art. 111 riformato funga da metro interpretativo, per la Corte costituzionale, per eliminare quelle norme della legge fallimentare in vistoso contrasto con quei principi, da sempre vigenti nel nostro ordinamento costituzionale; in tal senso anche SCARSELLI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 161, 162; BOVE, *Art. 111 Cost. e “giusto processo civile”*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 507; CONTE, *Considerazioni sui riflessi della riforma dell'art. 111 Costituzione nel processo civile*, in *Quest. Giustizia*, 2001, 426; contro tale interpretazione è CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257, ivi 259 il quale nega che le ipotesi ex art. 6 e art. 146 l.fall. di iniziativa d'ufficio (oggi riformate), nei suoi risvolti concreti, siano tali da inficiare l'imparzialità del giudice; RUSSO, *Appunti sul tema “terzietà del giudice e principio della domanda nelle procedure concorsuali”*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 157, ivi 158 rileva come le peculiari attribuzioni del giudice delegato e l'impulso officioso che domina tali procedure rispondono all'esigenza di assicurare un'adeguata tutela all'interesse pubblico di eliminare dal mercato le imprese insolventi; similmente CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il “Giusto processo” in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 18 e 19, sostiene che tali limitazioni del principio della domanda (l.fall.) siano giustificati dalla natura pubblica degli interessi in gioco, perciò è difficilmente sostenibile che la nuova norma costituzionale possa incidere su tali eccezioni al principio della domanda. Egli sostiene come l'enunciazione di tale regola potrà valere come regola di organizzazione tecnica del processo, in particolare in quelle occasioni in cui la terzietà ed imparzialità impongono che non possa essere lo stesso giudice a pronunciarsi più di una volta sulla medesima materia controversa (tra cui individua il caso dell'art. 186 quater c.p.c.) o a pronunciarsi come giudice dell'opposizione di un proprio provvedimento a contenuto decisorio (il caso più evidente sembra essere quello dell'opposizione agli atti esecutivi). Egli esclude però, come la maggior parte della dottrina, da tali ipotesi il caso dell'opposizione a decreto ingiuntivo, stante il carattere sommario e unilaterale della fase monitoria; ORIANI, *L'imparzialità del giudice...*, 137 esclude l'illegittimità costituzionale per incompatibilità nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, poiché “la cognizione del giudice dell'opposizione si realizza su un materiale

Da tali garanzie discenderebbe inoltre, secondo alcuni<sup>60</sup>, il principio del divieto per il giudice di utilizzare il suo sapere privato nel processo, sia riguardo ai fatti principali o secondari, sia riguardo alle fonti materiali di prova<sup>61</sup>.

Connessa al valore dell'imparzialità del giudice sarebbe anche, secondo alcuni autori, la delicata questione relativa alla c.d. "incompatibilità da prevenzione" sul quale la giurisprudenza costituzionale si è espressa dapprima in relazione al processo penale, per poi trasferire le sue considerazioni nell'ambito del processo civile<sup>62</sup>.

A questo proposito ci pare utile riportare le considerazioni di parte della dottrina che, identificando il concetto di imparzialità con la necessaria estraneità e indifferenza del giudice rispetto alle parti della controversia, critica l'impostazione della corte costituzionale che ampliando e banalizzando il concetto di imparzialità del giudice, riconduce ad esso anche l'incompatibilità da

---

normalmente diverso da quello sottoposto all'esame del giudice nella fase senza contraddittorio"; così anche PROTO PISANI, *Foro it.*, 2000, V, 241, ivi 247; CONTE, *Considerazioni sui riflessi della riforma dell'art. 111 Costituzione nel processo civile*, in *Quest. Giustizia*, 2001, 426, ivi 428

<sup>60</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 246

<sup>61</sup> a tal riguardo è stato sostenuto che il divieto di utilizzare il sapere privato per il giudice sussisterebbe anche in tema di massime di esperienza specialistiche, CIVININI, in questione giustizia)

<sup>62</sup> su tale tema vedi PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 247 che ritiene che nel processo civile l'incompatibilità da prevenzione determinata dall'emanazione di provvedimenti cautelari ante causam non sussiste poiché il reclamo ex art. 669 terdecies, proponibile innanzi ad un giudice diverso, costituisce garanzia sufficiente a controbilanciare la c.d. forza della prevenzione. Tale Autore sostiene, però, che l'incompatibilità da prevenzione possa avere un ruolo importante nei giudizi oppositorii; così anche BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 509 e ss. il quale afferma che "non è la semplice coincidenza tra giudice della cautela e giudice del merito a destare problemi sul piano della garanzia di imparzialità, ma semmai il modo in cui si è giunti a pronunciare il provvedimento cautelare: se questo si fonda su una cognizione ampia della situazione sostanziale tutelata, allora il rischio che il giudizio cautelare finisca per rappresentare un pregiudizio nella fase di merito è forte e va evitato; TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"* in convegno elba, 36 ivi 47 pur riconoscendo con favore la derivazione del principio di incompatibilità del giudice dalla garanzia di imparzialità pone l'attenzione sulla necessità di "evitare un'eccessiva espansione delle incompatibilità soggettive del giudicante ed a far sì che la garanzia dell'imparzialità quale criterio di organizzazione preventiva dell'esercizio delle funzioni giurisdizionali non crei difficoltà operative pregiudizievoli per il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia"; sostanzialmente nello stesso senso si esprime CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73, ivi 80

prevenzione, che andrebbe invece, quando effettivamente rilevante, ricondotta ad altri valori, quale ad esempio la garanzia dell'impugnazione.<sup>63</sup>

La riaffermazione enfatica del principio di imparzialità è parsa ad alcuni un'occasione utile per ripensare, in maniera diversa (più rispettosa di tale valore), alcuni aspetti degli istituti di astensione della ricusazione del giudice civile. In particolare andrebbe riconsiderata la competenza a pronunciare sull'istanza di ricusazione, che dovrebbe essere collegata ad una "sfera totalmente estranea a quella del giudice che procede"<sup>64</sup>.

Riguardo alle ipotesi di astensione previste dall'art. 51, rilevata l'inadeguata e rigida formulazione della norma e l'insufficiente applicazione di tale istituto da parte degli interpreti, l'enunciazione espressa della garanzia di imparzialità è parsa ad alcuni un'esortazione ad un'interpretazione estensiva delle ipotesi che dovrebbero indurre il giudice ad astenersi<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> PIVETTI, 76 analizzando la giurisprudenza costituzionale in tema di incompatibilità (si tratta delle sentenze n. 131 e 155 del 1996), mette in luce le contraddizioni della corte laddove essa afferma che le precedenti valutazioni e decisioni rilevanti al fine di determinare l'incompatibilità del giudice sono soltanto quelle avvenute in una diversa fase del processo, poiché nell'ambito della stessa fase processuale vi è l'esigenza, per motivi di ragionevolezza, di evitare un'assurda frammentazione del procedimento e di salvaguardarne la continuità e la globalità. Da tali argomenti deriverebbe allora una pericolosa relativizzazione e duttilità del principio di imparzialità, temperabile, secondo la Corte in funzione di esigenze di ragionevolezza, continuità e globalità; critico rispetto alla distinzione operata dalla Corte Costituzionale tra provvedimento cautelare emesso *ante causam* e provvedimento emesso durante lo svolgimento del processo ed ai diversi effetti che questi avrebbero sull'imparzialità del giudice è anche CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257, 263

<sup>64</sup> CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73, ivi 77. Tale autore, a pag. 83 riflettendo anche sul delicato problema dell'incompatibilità da prevenzione e della necessità di trovare un rimedio che consenta di non "aprire il processo nel processo", propone, come soluzione per questo tipo di "incidenti", la previsione di un Collegio, scelto magari secondo un criterio rotatorio competente a giudicare in materia di ricusazione, auspicando che in caso di dubbio, la tendenza sia nel senso di accogliere l'istanza piuttosto che respingerla, come ora avviene.

<sup>65</sup> CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73, ivi 78 rileva come l'articolo 51 c.p.c. sia stato sempre interpretato in maniera asfittica dalla giurisprudenza, che ha sempre rifiutato di operare un'interpretazione estensiva o analogica delle ipotesi previste dalla norma, fatta eccezione per il n.1 di tale disposizione, relativa all'interesse diretto del giudice nella causa; in tal senso anche VALLE, *Procedimenti speciali, giusto processo, imparzialità del giudice e problemi degli uffici giudiziari*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 165, ivi 170.

Parte della dottrina ha anche sottolineato come il valore dell'imparzialità non sia collegato con il problema dell'intensità dei poteri attribuiti al giudice, per questo motivo il modello di processo dispositivo non può essere considerato l'unico compatibile con il rispetto di tale garanzia.<sup>66</sup>

## 7. La ragionevole durata del processo

Il 2° comma dell'art. 111 si chiude con l'enunciazione della ragionevole durata del processo. Su tale tema il dibattito è stato ricco di riflessioni.

Alcuni autori hanno sottolineato la valenza oggettiva dell'enunciazione di tale principio nella Costituzione in contrapposizione alla funzione di garanzia soggettiva che esso riveste nell'art. 6 della CEDH<sup>67</sup>

Unanime è la considerazione per cui il diritto alla ragionevole durata, pur già riconosciuto dalla Convenzione Europea dei diritti umani del 1950 e dal Trattato di Amsterdam<sup>68</sup>, abbia, con la riforma, acquistato una diversa e maggiore valenza, potendosi ora sollevare questioni di costituzionalità in relazione a norme che allungano i tempi del processo senza trovare giustificazione nel rispetto di altre garanzie processuali.<sup>69</sup>

---

<sup>66</sup> TROCKER, *il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 48; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 512

<sup>67</sup> TROCKER, *il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in Capponi verde, 27, ivi 49; VIGNERA, *le garanzie costituzionali....*, 1225 "facendo del legislatore ordinario il destinatario diretto del dovere di assicurare la ragionevole durata del processo, l'art. 111, comma 2°, ultima parte, concepisce quella in discorso più che come una garanzia soggettiva quale garanzia oggettiva, destinata ad incidere sulla organizzazione tecnica e sul funzionamento dell'amministrazione giudiziaria"; per una breve panoramica dei principi enucleati dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di ragionevole durata del processo vedi TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 17.

<sup>68</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in Elba, 113

<sup>69</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in Elba, 113; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 514 e 519 che assegna all'enunciazione esplicita di tale garanzia una triplice valenza: in primo luogo essa funge da parametro di legittimità per le norme legislative; in secondo luogo tale principio imporrebbe

Importante è anche riflettere sul rapporto di tale principio e le altre garanzie del processo sancite dall'art. 111 cost.; a questo proposito è doveroso rilevare come diversa sia la valenza del principio in esame nell'ambito del processo penale. Qui la durata ragionevole del processo, che come è stato giustamente sottolineato non vuol dire necessariamente brevità, si pone come la massima delle garanzie per l'imputato, che trascorso un certo lasso di tempo non può più essere perseguito<sup>70</sup>. Nel processo civile invece, il rapporto tra durata ragionevole del processo e garanzie processuali è un rapporto conflittuale, dove la soluzione si presenta come un compromesso tra esigenze di efficienza e rispetto di altri valori<sup>71</sup>.

Sul piano dell'organizzazione giudiziaria le questioni più sentite sono quelle relative all'insufficienza delle risorse dedicate alla giustizia (insufficienza di giudici e di personale ausiliario)<sup>72</sup>, alla necessità di aumentare la competenza dei giudici di pace e di rivedere l'organizzazione degli uffici giudiziari distinguendo tra dirigenza tecnica e dirigenza amministrativa<sup>73</sup>, senza dimenticare

---

all'interprete di scegliere, nella ricostruzione degli istituti, quella che più si adegua alla ragionevole durata, salvo la necessità di salvaguardare valori prevalenti; in terzo luogo tale norma dovrebbe impegnare lo stato ad adeguare gli strumenti organizzativi e sanzionatori alla garanzia della ragionevole durata. Tale Autore infine opera alcune riflessioni sull'opportunità di adottare strumenti di tutela anticipata di carattere generale, per ogni tipo di diritto, in presenza di certe condizioni, addossando il rischio tempo su chi resiste in giudizio.

<sup>70</sup> SASSANI, *la durata ragionevole del processo civile*, in *Capponi verde*, 85, ivi 86

<sup>71</sup> SASSANI, *la durata ragionevole del processo civile*, in *Capponi verde*, 85, ivi 88, spiega come a seguito della consacrazione della durata ragionevole del processo nella Carta costituzionale, la legge impone come metro di giudizio la prospettiva della effettività. Ciò comporta che non è più possibile valutare le norme processuali soltanto sul piano della coerenza logica, ma bisogna vedere quali sono i loro effetti; in senso analogo si esprime BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479, ivi 503 il quale individua nella garanzia della ragionevole durata, ora valore costituzionale, un'ulteriore argomento per legittimare costituzionalmente forme di tutela cd. Differenziata.

<sup>72</sup> TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 1, ivi 22; VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Elba*, 113, ivi 117 a tal proposito suggerisce un "riordinamento degli strumenti conoscitivi del contenzioso civile" ed un monitoraggio continuo degli uffici distinguendo, nell'elaborazione delle statistiche, le diverse tipologie dei procedimenti ed elaborando indici di complessità misurati sulle diverse qualità del contenzioso. Con tali strumenti, afferma tale Autore consentirebbe una rapida risposta "sul piano dell'erogazione delle risorse, alle esigenze dei singoli uffici"

i benefici apportati da una maggiore specializzazione sul piano della professionalità dei magistrati<sup>74</sup>.

Ulteriori proposte riguardano la revisione delle circoscrizioni giudiziarie e l'accorpamento di alcuni uffici del giudice di pace. Di rilievo poi il progetto di costituire l'ufficio del giudice, ripensando il rapporto tra il giudice e le cancellerie e il personale amministrativo.<sup>75</sup>

Le prospettive, sempre più attuali, di informatizzazione del processo civile sono da tutti salutate con approvazione<sup>76</sup>.

Sul piano delle regole processuali, oltre alle diverse proposte di riforma relative a modelli semplificati di processo e ad un allargamento della previsione, quale condizione di procedibilità, di un tentativo obbligatorio di conciliazione ad un maggior numero di controversie su diritti disponibili<sup>77</sup>, le riflessioni più interessanti, con l'occhio rivolto alle esperienze di *case management* degli ordinamenti di *common Law*, fondatamente sostengono come un maggior controllo dello svolgimento delle attività processuali da parte del giudice porterebbe giovamento anche ai tempi del processo. Certo le recenti inclinazioni del legislatore nostrano, soprattutto nel rito societario, vanno in tutt'altre direzioni<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 248

<sup>74</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Elba*, 113, ivi 120

<sup>75</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Elba*, 113, ivi 119

<sup>76</sup> VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Elba*, 113, ivi 120

<sup>77</sup> PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241, ivi 249

<sup>78</sup> per una critica delle recenti tendenze del Legislatore anche alla luce delle recenti esperienze di riforma degli ordinamenti di *common law* orientati al *case management* vedi CIVININI, *Verso un processo senza giudice? (ovvero, la durata dei processi e il ruolo del giudice civile)*, in *Questione Giustizia* 2001, 631, ivi 635. e DE CECCO in *civinini verardi*

## 8. Conclusioni

Provando a trarre delle conclusioni dal dibattito vario e profondo che si è misurato sul concetto di giusto processo si possono sviluppare due tipi di considerazioni.

Da un lato ci si può formare una propria opinione riguardo alla portata delle singole garanzie esaminate ed alle conseguenze che queste producono sulla legittimità di norme ordinarie che, senza trovar ragione nella protezione di altri valori costituzionali fondamentali, non le rispettino. Ed in questo caso la nostra riflessione si inserirebbe, senza grande utilità, in un confronto di idee i cui termini sono già stati autorevolmente e minuziosamente individuati. Le garanzie processuali introdotte dall'art. 111 cost. riformato, sono state infatti esplorate in maniera esaustiva, cogliendone, ci sembra, ogni possibile implicazione sull'ordinamento.

D'altra parte si può (non per desiderio di originalità, bensì di completezza) portare oltre la nostra analisi, senza paura di lasciare una strada battuta, per percorrere un sentiero di indagine talmente evidente da essere stato, o quasi, dimenticato. Il riferimento è alle implicazioni che il concetto di giusto processo produce sul valore della giustizia della decisione.

Non si può negare che con l'art. 111 ci si trovi di fronte alla formulazione di quattro garanzie e, come autorevolmente affermato, garanzia<sup>79</sup> è la protezione del cittadino a fronte del potere<sup>80</sup>. Però parlare di garanzie del processo senza considerare quale sia il fine cui esse sono strumentali, rischia di diventare un discorso auto-referenziale. Come ben evidenziato da Ferrajoli nei suoi studi sul

---

<sup>79</sup> FERRUA, *Garanzie sostanziali e garanzie formali*, in *Questione giustizia*

<sup>80</sup> ANDREA PROTO PISANI *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V 241 afferma "Garanzia significa protezione del cittadino a fronte del potere, significa disciplina delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena"

garantismo, le garanzie processuali, oltre che garanzie di libertà (protezione dal potere, per riprendere l'espressione già utilizzata), sono garanzie di verità<sup>81</sup>.

Nella generale indifferenza degli studiosi, i pochi che hanno colto l'importanza di questa relazione (tra la garanzia del giusto processo e il valore della giusta decisione) non hanno poi approfondito la loro indagine, con il rischio di far erroneamente apparire tali riflessioni vaghe e poco pregnanti da un punto di vista scientifico.

Per arrivare a sostenere che il principio di giusto processo contiene in sé, ed è imprescindibile, dalla garanzia di giustizia della decisione è necessario, però, operare alcune precisazioni.

Si tratta di vedere se questa garanzia di giustizia della decisione sia un'implicazione necessaria del concetto di giusto processo, oppure se si possa parlare di giustizia del processo anche senza fare riferimento alla qualità della decisione. In quest'ultimo caso le nostre riflessioni sarebbero poco utilizzabili sul terreno del diritto positivo.

Ma se, invece, come crediamo, il principio del "giusto processo" non può prescindere dal valore della giustizia della decisione, ovvero non può prescindere dall'accertamento dei fatti oggetto del giudizio<sup>82</sup>, essendo la verità delle premesse fattuali la maggior garanzia di giustizia per il cittadino di veder tutelati i propri diritti, allora i risultati cui saremo arrivati saranno utilizzabili *de jure condito* per valutare la legittimità costituzionale di alcune norme ordinarie del processo civile che, senza trovar giustificazione nel rispetto di altri valori costituzionali, sacrificano tale valore<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> FERRAJOLI, *l'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia* 1999, 483, ivi 489 afferma che le garanzie (penali) e processuali "sono perciò garanzie di verità, oltre che d'immunità del cittadino contro l'arbitrio"

<sup>82</sup> Cfr. TARUFFO, *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in *Le ragioni del garantismo* a cura di Gianformaggio, 340, ivi 369 afferma "ci si ritrova a dover riconoscere che l'accertamento veritiero dei fatti è una condizione necessaria di ogni soluzione giusta di un conflitto. Da questo punto di vista si può dire che il principio di verità dei fatti non individua una specifica ideologia del processo, e rappresenta invece una sorta di dato costante che riemerge in tutte le ideologie che configurano qualche tipo di decisione giusta come scopo del processo."

Per poter adeguatamente rispondere a questo interrogativo è, però, opportuno munirsi degli strumenti concettuali che ne sono il presupposto.

Il concetto di giusto processo intuitivamente richiama il concetto di giustizia della procedura. La nostra ricerca perciò, spostandosi momentaneamente sul piano della teoria e della filosofia giuridica, avrà ad oggetto, nella prima parte del lavoro, le diverse teorie della giustizia procedurale, al fine di indagare le diverse relazioni che possono intercorrere tra la giustizia di una procedura e la giustizia del suo risultato. Ciò al fine di indagare quali sono i valori che una procedura deve rispettare, guardando alla funzione che essa è chiamata a servire ed al risultato cui essa deve tendere.

Per poter poi utilmente applicare i risultati della precedente analisi teorica sul rapporto tra giustizia della procedura e giustizia del risultato al contesto che qui ci interessa, sarà allora necessario comprendere quale sia la funzione della procedura nel contesto giurisdizionale.

Il tentativo di rispondere a questo interrogativo sposterà, la nostra attenzione sulla funzione legittimante delle procedure e sul conseguente problema della giustificazione delle decisioni giudiziarie.

Come vedremo l'analisi teorica del concetto di decisione giudiziale ne evidenzia due aspetti: la decisione come atto formale dotato di autorità, e la decisione come norma del caso concreto. Ognuno di questi due aspetti implica un diverso tipo di giustificazione: una giustificazione interna, o formale, che deriva dalla correttezza o regolarità formale della procedura, ed una giustificazione esterna, che trova il suo fondamento su un criterio generale ed intersoggettivo (il diritto sostanziale) che costituisce il requisito minimo di razionalità della decisione stessa<sup>84</sup>. Con questo non si può non essere d'accordo a meno di voler

---

<sup>83</sup> TARUFFO, op cit., 373, afferma come sembri assai difficile rompere il nesso che lega verità dei fatti e giustizia della decisione a meno di porsi al di fuori delle concezioni razionali e democratiche della giustizia che caratterizzano l'attuale cultura giuridica occidentale.

<sup>84</sup>FERRAJOLI, *l'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia* 1999, 483, ivi 486 "le altre decisioni giuridiche – le leggi, i regolamenti, i provvedimenti amministrativi e i negozi privati – sono atti esclusivamente precettivi, né veri né falsi, la cui validità giuridica dipende soltanto dal rispetto delle procedure previste dalle norme sulla loro produzione la cui legittimazione politica dipende, nella sfera privata, dall'autonomia dei loro autori e, in quella pubblica, dalla loro

negare che la funzione della giurisdizione come istituzione sociale sia di attuare il diritto sostanziale.<sup>85</sup>

Il problema della giustificazione interna, attenendo a questioni di regolarità formale, è di più immediata individuazione quale elemento della giustizia della procedura e della sua funzione legittimante<sup>86</sup>.

Volendo invece porre l'accento sulla giustificazione esterna della decisione intesa come norma, si può dire che in questo caso giustificare consiste nel mostrare che la decisione è “il risultato dell'applicazione di una norma generale ad un fatto (che può venire sussunto nella fattispecie della stessa norma generale). Ed è possibile applicare una norma generale ad un fatto solo se questo si è realmente verificato e, pertanto, se la premessa fattuale che lo descrive è vera.”<sup>87</sup>

L'esigenza di una giustificazione esterna della decisione giudiziale ci porterà quindi a considerare essenziale che una procedura giurisdizionale, per poter svolgere la sua funzione legittimante, sia disegnata in modo da consentire il passaggio dalla norma generale alla verifica empirica della fattispecie concreta<sup>88</sup>.

---

opportunità e dalla loro aderenza agli interessi rappresentati. Le sentenze invece, grazie alla tassativa predeterminazione da parte della legge dei fatti che esse devono accertare quali loro presupposti, sono atti fondati su argomenti cognitivi in fatto e riognitivi in diritto, la cui verità, sia pure nel senso relativo e approssimativo che più oltre preciserò, rappresenta l'unica fonte della loro legittimazione, sia giuridica che etica”

<sup>85</sup> FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149 e 152 afferma “si converrà che non si apporta nulla di nuovo alla cultura giuridica comune affermando che la funzione principale del processo giurisdizionale è l'accertamento di determinati fatti a cui il diritto vincola determinate conseguenze giuridiche e l'imposizione di tali conseguenze ai soggetti previsti dal diritto medesimo. In altri termini, la funzione del processo è l'applicazione del diritto”

<sup>86</sup> FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi 162 “la decisione giudiziale, nel senso dell'atto di adottare una determinata risoluzione, sarà giustificata se la sua adozione è consentita o resa obbligatoria dalle norme che regolano questa operazione.”

<sup>87</sup> FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi 162; TARUFFO, op.cit., 371 “tutte le volte che una norma fa dipendere un effetto giuridico da una premessa di fatto, essa non viene correttamente applicata se il fatto non si è verificato, ossia se non si dispone di un accertamento veritiero delle circostanze empiriche che integrano ‘il fatto’ previsto dalla norma”

Questo tipo di considerazioni che, collegando la funzione giurisdizionale all'attuazione del diritto sostanziale, evidenziano l'importanza dell'accertamento dei fatti nel processo, si presentano, come vedremo, strettamente connesse con quella teoria descritta da Ferrajoli nella sua opera sul garantismo, come cognitivismo processuale<sup>89</sup>, teoria che individua la verità giudiziale dei fatti quale fondamento per l'attuazione delle garanzie attinenti al processo e alla legalità<sup>90</sup>.

Questo approccio cognitivista alla funzione del processo giurisdizionale individua la verità come un ideale regolativo che garantisce i cittadini contro la potenziale arbitrarietà delle decisioni giudiziali. Vedremo quindi, come accennato all'inizio di questo capitolo, che fra le garanzie processuali deve essere inclusa anche la garanzia di verità, quale elemento di giustizia della decisione.

Naturalmente il significato del concetto di verità nel contesto processuale dovrà essere definito con precisione poiché la confusione su di esso ha dato adito ad una distinzione fuorviante tra verità materiale e verità processuale che, fondandosi sull'assunto per cui la verità materiale non è raggiungibile in questo mondo, è stata il pretesto per negare l'ingresso di tale valore nel processo<sup>91</sup>. Approfondendo la nostra ricerca vedremo che questa concezione della verità come perfetta corrispondenza si presenta inadeguata alla funzione giurisdizionale. Più adatto alle esigenze di un'istituzione sociale, si presenta, invece, il concetto di verità come approssimazione, o meglio, come ideale regolativo (e non assoluto) cui tendere nella ricerca del miglior grado di verità possibile.

Se, quindi, la verità delle premesse fattuali poste a fondamento della decisione, costituisce un elemento essenziale di giustificazione, quindi di giustizia<sup>92</sup> della decisione, ne deriva che, la procedura potrà svolgere la sua

---

<sup>88</sup> cfr. FERRAJOLI, *l'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia* 1999, 483, ivi 486

<sup>89</sup> riassunta nel brocardo *Veritas non auctoritas facit iudicium* (in contrapposizione alla teoria decisionista espressa dal principio *auctoritas non veritas facit iudicium*).

<sup>90</sup> FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, 44; sul punto vedi anche TARUFFO, op. cit., 373

<sup>91</sup> Cfr. TWINING, *Some scepticism about some scepticisms* in *Rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 96; TARUFFO, op. cit., 359

funzione legittimante<sup>93</sup>, e quindi essere giusta, in relazione alla sua capacità di giungere ad una giusta decisione.

Le conclusioni cui siamo giunti sul piano della teoria saranno quindi il punto di partenza, nella seconda parte del lavoro, per le riflessioni intorno al concetto di giusto processo da cui eravamo partiti

Come abbiamo visto però il principio di giusto processo è stato tradizionalmente inteso<sup>94</sup> dagli studiosi come principio di garanzia. Sarà quindi nostra intenzione, dopo aver analizzato il significato del concetto di garanzia processuale, verificare se questo parametro di giustizia della procedura che abbiamo chiamato “capacità di arrivare a decisioni accurate nel merito” possa essere anch’esso inteso come una garanzia procedurale.

Utile si rivelerà a tal fine, anche il confronto con le matrici storiche e culturali del principio del giusto processo, che come abbiamo visto sono individuate nel principio di Due process of Law degli ordinamenti anglo americani, e nell’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti Umani.

Constatato come la garanzia ad una giusta decisione debba ritenersi inclusa fra le garanzie del giusto processo, il nostro obiettivo, nella terza parte del lavoro, sarà appurare se, ed in che misura, il nostro sistema processuale sia effettivamente strutturato in modo da rispettare tale principio. A tal fine si procederà all’analisi di alcuni istituti del processo civile che sembrano tendere in direzione opposta, per comprendere quali sono i valori, configgenti con la garanzia di accuratezza della decisione, che li giustificano. In particolare la questione sarà verificare se il valore che li giustifica sia un principio di rango costituzionale. In caso contrario dovrà

---

<sup>92</sup> se assumiamo, come ci sembra intuitivo, che nel contesto giuridico, giustificazione sia sinonimo di giustizia. Devo rivedere questa nota VECA, Filosofia politica, Roma-Bari, 1998 “con l’etichetta di teorie della giustizia, la filosofia politica contrassegna le teorie della giustificazione, ove per giustificazione s’intende l’offerta di ragioni a sostegno di qualcosa. Cosa giustificano, dunque, le teorie della giustizia? In termini generali possiamo affermare che esse forniscono ragioni a sostegno di determinate istituzioni tramite l’elaborazione di principi di giustizia, che definiscono, a loro volta, cosa è giusto”

<sup>93</sup> in accordo con la teoria cognitivista

<sup>94</sup> E così appare dal dibattito dottrinale intorno a tale concetto che si è limitato ad esplorarne la portata in relazione alle singole garanzie in esso menzionate.

concludersi per l'illegittimità costituzionali di tali istituti per violazione della garanzia costituzionale del giusto processo.

Ulteriore sentiero di indagine sarà costituito dal confronto tra il sistema processuale italiano ed il sistema processuale inglese, allo scopo di mettere in luce come l'idea di fondo che sta alla base del dibattito che coinvolge gli studiosi di diritto comparato sulla diversa tensione dei due sistemi verso la ricerca della verità dei fatti sia frutto di un equivoco.

## **Capitolo II**

### **Il concetto di giustizia procedurale**

**Sommario:** 1. Analisi del concetto di giustizia procedurale; 2. Giustizia procedurale e filosofia politica; 3. Le teorie procedurali della giustizia: gli esempi di Rawls e Habermas; 4. La Teoria espressiva della giustizia procedurale; 5. La funzione euristica delle procedure; 6. La teoria strumentale; 7. Criteri minimi per una giustizia procedurale “locale”; 8. Conclusioni

## 1. Analisi del concetto di giustizia procedurale

Il concetto di giusto processo intuitivamente richiama il concetto di giustizia della procedura. La nostra ricerca perciò, spostandosi momentaneamente sul piano della teoria e della filosofia giuridica, avrà ad oggetto, l’analisi del concetto di giustizia procedurale, in quanto distinto da quello di giustizia sostanziale<sup>1</sup>.

La giustizia procedurale è la corretta applicazione di una procedura idonea ad incrementare le possibilità che il risultato sia giusto<sup>2</sup>. La giustizia sostanziale, invece, è la giustizia materiale del risultato in sé stesso, non rilevando il modo in cui tale risultato sia stato raggiunto.<sup>3</sup>

La prima domanda che bisogna porsi è: per quale motivo abbiamo bisogno delle procedure? Cosa sono e a cosa servono le procedure.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> SOLUM, *Procedural Justice*, in *Southern California Law Review*, 2004, 181, 238

<sup>2</sup> questo tipo di prospettiva è quella adottata dalle teorie strumentali della giustizia procedurale, di cui si dirà fra breve.

<sup>3</sup> TSCHENTSCHER, *The Function of Procedural Justice in Theories of Justice*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, p.105; BAYLES, *Procedural justice: allocating to individuals*, 3; WELSH, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do with It?*, in *Wash. U. L. Q.*, 2001, 787, 817

<sup>4</sup> ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 1 sottolinea la difficoltà di rispondere ad una simile domanda, dato il rischio di perdersi in una discussione senza fine sul concetto di forma e di sostanza.

Una risposta può venire dal fatto che esse permettono, anche in una situazione di aspro conflitto, di mantenere aperta la comunicazione fra le parti che si muovono all'interno delle regole disegnate dalla procedura stessa.<sup>5</sup>

Esse regolano il conflitto fra pretese e interessi, evitando il conflitto distruttivo<sup>6</sup>, e svolgono una funzione di legittimazione, permettendo una migliore accettazione dei risultati<sup>7</sup>, collocandosi *super partes*, in una posizione neutrale rispetto alle divergenti concezioni sostanziali sul bene e sul giusto<sup>8</sup>. È però importante, perché ci sia accettazione della decisione, che le procedure siano “giuste” o “corrette”<sup>9</sup>.

Elemento essenziale del concetto di procedura sembra anche essere la strutturazione secondo un modello preordinato e non spontaneo<sup>10</sup>.

Vi è poi la tesi di chi sostiene che le procedure diventano necessarie solo quando la distribuzione di un qualche tipo di risorsa è in discussione<sup>11</sup>.

---

<sup>5</sup> MACHURA, *Introduction: Procedural Justice, Law and Policy*, in *Law & Policy*, 1988, 1, ivi 2

<sup>6</sup> ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, 1

<sup>7</sup> questa è la prospettiva adottata dalle prospettive non strumentali, euristiche o espressive, della giustizia procedurale, di cui parleremo successivamente in questo capitolo.

<sup>8</sup> PINTORE, *Problemi di etica procedurale*, in [http://www.cirfid.unibo.it/murst4097/4097/SezioneII/Partell/2.1/Pintore2\\_new.doc](http://www.cirfid.unibo.it/murst4097/4097/SezioneII/Partell/2.1/Pintore2_new.doc)

<sup>9</sup> ROHL - MACHURA, *Preface in Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, IX, il quale osserva come sembri esistere un'idea comune riguardo ai requisiti minimi che deve avere una procedura. Egli individua tali standard minimi nell'opportunità per le parti di presentare le proprie ragioni, nell'imparzialità dell'organo decidente, nella capacità della procedura di conseguire decisioni ragionevoli.

<sup>10</sup> ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, 2, rileva, in riferimento alle procedure nel contesto legale, che se l'arbitrato può considerarsi un'aprocedura, mediazione e negoziazione, invece possono essere considerate tali soltanto se sono sviluppate in un contesto formale e preordinato; PINTORE, *Problemi di etica procedurale* [http://www.cirfid.unibo.it/murst4097/4097/SezioneII/Partell/2.1/Pintore2\\_new.doc](http://www.cirfid.unibo.it/murst4097/4097/SezioneII/Partell/2.1/Pintore2_new.doc), osserva come nei contesti giuridici “viene considerata intrinseca all'idea della procedura quella di *ordine* (si è parlato di “costitutiva vocazione della procedura giudiziaria per la categoria dell'*ordine*”), ordine che traduce la procedura in “*une collection de formalités*”. In proposito vedi GIULIANI, *La procedura: tra logica, etica ed istituzioni*. In *Laws and Rights*. Ed. V. Ferrari. Milano, 1991, Secondo tale autore questa è l'idea moderna della procedura giuridica.

<sup>11</sup> THIBAUT – WALKER, *Procedural justice: A psychologica analysis*. Hillsdale, N.J. Laurence Erlbaum, 1975.

Questo limite è parso però fuori luogo poiché, è stato osservato, non sempre le procedure sono reattive rispetto ad un conflitto. Talvolta esse operano in maniera attiva, essendo orientate a determinare, nel futuro, l'assetto di qualche cosa<sup>12</sup>. In questo gruppo di procedure attive, vengono incluse, per esempio, le procedure di legislazione nelle assemblee parlamentari<sup>13</sup>.

Un ulteriore elemento di identificazione sembra essere il fatto che la procedura, per essere tale, debba necessariamente portare ad una decisione. Tale precisazione porterebbe quindi ad escludere da tale ambito le procedure tecniche, le operazioni simboliche (quali le procedure meramente rituali, o religiose), e le discussioni<sup>14</sup>. Il fatto di non considerare procedure quei processi che non portano all'adozione di alcuna decisione è fortemente criticata da parte di alcuni studiosi che ritengono che tale limite ponga restrizioni forzate allo studio dei fenomeni di giustizia procedurale<sup>15</sup>. L'inclusione di tali processi nell'ambito delle "procedure", porta in evidenza come nel campo della psicologia la concezione della giustizia procedurale sia più estesa, includendo fattori quali il rispetto, l'educazione, la dignità, poco, o nulla, rilevanti in altri contesti<sup>16</sup>.

Riguardo alle investigazioni ed alle inchieste, è dubbio se esse possano essere considerate procedure, dovendosi, forse, concludere in senso affermativo per quei casi in cui un'indagine sia regolata in modo formale come nei casi di indagini giudiziarie e commissioni parlamentari di inchiesta<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> in quest'ottica si pongono le teorie procedurali della giustizia che servono ad individuare principi di giustizia sostanziali che non esistono *ex ante*

<sup>13</sup> Cfr. ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, 2

<sup>14</sup> ROHL, op. cit., 2

<sup>15</sup> LIND – TYLER *The social psychology of procedural justice*. New York, 1988 affermano come in recenti studi sia stato dimostrato che "judgements of procedural justice arise in contexts in which no real decision is made and that procedural judgements are stimulated by factors such as respect or politeness, which have nothing really to do with decision making"; ROHL, *Introduction and overview*, 2

<sup>16</sup> non la pensano così gli studiosi della teoria espressiva od euristica, che, come vedremo, assegnano a tali valori grande importanza nella legittimazione delle procedure e nella accettazione delle decisioni anche in contesti formalizzati come quelli giuridici.

La definizione del concetto di procedura si dimostra dunque piuttosto insidiosa, risultando legata in maniera indissolubile a valutazioni relative al contesto di applicazione.

## 2. Giustizia procedurale e filosofia politica

La questione della giustizia delle procedure è stata, negli ultimi decenni, fra le più dibattute, nel campo della filosofia politica e giuridica<sup>18</sup>. Il problema del conflitto tra diverse concezioni della giustizia sostanziale ha, infatti, spostato l'attenzione degli studiosi sul tentativo di risolvere la questione del pluralismo attraverso il raggiungimento di un più facile consenso sulle procedure appropriate per definire i criteri di giustizia sostanziale.

La questione del pluralismo morale, unito al fatto che non esiste un criterio, riconosciuto come assoluto, di giustizia, fa sì che sia nel maggior interesse di tutti, spostarsi su un terreno neutrale, attraverso la costruzione di procedure eque che consentano di trovare principi di giustizia sostanziale condivisi<sup>19</sup>, piuttosto che puntare ad una soluzione definitiva del conflitto, magari molto svantaggiosa<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, 2

<sup>18</sup> di svolta proceduralista nella teoria filosofico-politica contemporanea, attestata dal successo delle concezioni di filosofi come Habermas, Rawls, Ackerman parla PINTORE, *Problemi di etica procedurale*; ROHL - MACHURA ,*Preface*, IX rileva come per lungo tempo il concetto di giustizia procedurale sia stato poco considerato dagli studiosi delle scienze sociali, concentrati invece sui problemi di giustizia distributiva, o “outcome justice”. Egli però osserva come facciano eccezione a questa tendenza le teorie filosofico liberali sulla democrazia in cui la questione delle procedure appropriate è stata al centro del dibattito sul contratto sociale e sulle libere elezioni. Nella corrente filosofica liberale si inserisce infatti il pensiero di Rawls che con la sua opera *A Theory of Justice* a portato l'attenzione sul concetto di giustizia procedurale quale metodo per individuare i principi che devono guidare le politiche pubbliche in una società giusta.

<sup>19</sup> ROSENFELD, *Can Rights, Democracy, and Justice be Reconciled through Discourse Theory - Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law*, in *Cardozo Law Rev.*, 1996, 791, ivi 792

<sup>20</sup> SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law , Ashgate Pub.Co., Dartmouth,1997, 161, ivi 162;

Così, a partire dall'opera di Rawls, il concetto di giustizia procedurale ha suscitato l'attenzione di giuristi, filosofi, politici, sociologi e psicologi diventando un soggetto di ricerca multi disciplinare.

L'approccio procedurale al problema della determinazione dei criteri di giustizia sostanziale o distributiva non è però del tutto originale, esso costituisce infatti una costante della tradizione liberale<sup>21</sup>.

Prima del nascere di questa discussione però, già Luhmann, in Germania, con il suo lavoro *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale* (1969) aveva analizzato le procedure nel contesto dei sistemi sociali, individuandole come lo strumento che meglio traduce in termini istituzionali la logica del potere e più efficacemente predispone all'accettazione delle decisioni pubbliche da parte degli individui. Nel sistema di pensiero di tale autore le procedure sono viste come quello spazio isolato in cui ciascuno assume il proprio ruolo e si dispone all'accettazione della decisione, anche se sfavorevole<sup>22</sup>.

Comune a queste riflessioni è l'idea che le procedure possano svolgere una funzione di legittimazione o di giustificazione degli esiti nell'ambito delle istituzioni sociali e delle pratiche sociali, quando non vi sia il consenso in ordine ai principi di giustizia sostanziale che devono caratterizzare tali esiti.

A questo tipo di esigenza rispondono le cosiddette teorie procedurali della giustizia<sup>23</sup>, ovvero quelle teorie che hanno come obiettivo di fondare su criteri universalmente condivisi i principi di giustizia sostanziale che regolano le società

---

<sup>21</sup> OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, in *Ragion pratica*, 1996, 99, 100 “quello che tutte queste dottrine hanno in comune è l'insistenza sul valore delle procedure e delle regole, e sulla loro priorità assiologica nei confronti di principi o criteri sostanziali di giustizia”.

<sup>22</sup> LUHMANN, *Legitimation Durch Verfahren*, trad. It. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995; cfr. altresì LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 1998, 365, ivi 375

<sup>23</sup> come osserva OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, cit. 100 il variegato panorama delle dottrine che giustificano i criteri di giustizia distributiva attraverso la nozione di giustizia procedurale, vanno anche sotto il nome di “teorie della neutralità liberale”. In proposito WALDRON, *Legislation and Morla neutrality*, in Goodin – Reeve (eds.) *Liberal Neutrality*, London, 1989; NELSON, *The very idea of pure procedural justice*, in *Ethics*, 1980, 502

democratiche. Sembra infatti più semplice fondare il consenso sulla procedura che sui principi di una giusta distribuzione delle risorse<sup>24</sup>.

### 3. Le teorie procedurali della giustizia: gli esempi di Rawls e Habermas

Iniziare dal pensiero di Rawls, può essere utile per due motivi. In primo luogo perché tale autore ha avuto il merito di far nascere un profondo dibattito intorno al concetto di giustizia procedurale<sup>25</sup>. Inoltre egli, inserendosi nella corrente filosofica del neo contrattualismo<sup>26</sup>, ha fondato la sua “Theory of justice” sulla cosiddetta giustizia procedurale pura<sup>27</sup>, introducendo la distinzione fra questa, la giustizia procedurale perfetta e la giustizia procedurale imperfetta<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, 1

<sup>25</sup> OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, 99

<sup>26</sup> Rawls è considerato un neocontrattualista, anche lui fonda la società su una sorta di accordo. Ma mentre nei moderni tale accordo era considerato un fatto storico che aveva effettivamente segnato il passaggio dallo stato di natura alla società in Rawls tale accordo è solo di base ipotetica. Egli stesso in *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli Editore, Milano, 1997, 27, afferma di voler fornire “una concezione della giustizia, che generalizza e porta a un più alto livello di astrazione la nota teoria del contratto sociale”; su tale argomento cfr. BEETHAM, *Legitimacy*, in E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 1998, retrieved February 05, 2007, from <http://www.rep.routledge.com/article/S034SECT3> ; D'Agostino, “*Contemporary Approaches to the Social Contract*”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2003 Edition), Edward N. Zalta (ed.) <http://plato.stanford.edu/archives/sum2003/entries/contractarianism-contemporary> (vedi comanducci, contrattualismo utilitarismo e garanzie). Per utili riferimenti relativi alle teorie del contratto sociale dei moderni, e per la distinzione tra coloro che fondano il contratto sociale sulla base dell'egoismo dell'uomo e chi invece lo basa su scelte razionali vedi CUDD, “Contractarianism”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2003 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/contractarianism>.; sul punto vedi anche VECA, sull'idea di giustizia procedurale, in rivista di filosofia, 2001, 219, ivi 223; ID., *Questioni di giustizia*, in *Riv.Trim. di scienza dell'amministrazione*, 1984, 4, ivi 18; Per i riferimenti relativi al pensiero, definito neo-contrattualista, di Rawls cfr. V.VITALE, *Purezza o imperfezione? Critica ad un'idea di giustizia procedurale pura*, in *Sociologia del diritto*, 1988, 21 e ss;.

<sup>27</sup> RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli Editore, Milano, 1997, 27

<sup>28</sup> In proposito vedi BAYLES, *Procedural justice, allocating to individuals*, Dordrecht, 1990, 5; CELANO-OTTONELLI, *Presentazione*, numero monografico *Giustizia e procedure in Ragion Pratica* a cura di B.Celano e V.Ottonelli, 1997, 12;

L'obiettivo che induce Rawls a formulare la propria teoria è la volontà di fornire le basi morali per una società democratica giusta, dove tutti condividano gli stessi principi di giustizia sostanziale e dove le istituzioni soddisfino tali principi<sup>29</sup>.

Partendo da una concezione degli individui come persone libere, razionali e dotate di una sorta di predisposizione morale al senso di giustizia<sup>30</sup>, Rawls presuppone che tali individui, data la differente posizione che essi rivestono nella società, sviluppino diverse concezioni di ciò che è giusto e ciò che non lo è. Da questa diversità di concezioni del giusto deriva il conflitto in relazione alla distribuzione delle risorse (ovvero i criteri di giustizia distributiva). Ciò induce Rawls a ritenere che l'unica base possibile per formulare dei principi di giustizia distributiva condivisi in una società democratica sia cercare di ipotizzare su quali principi di giustizia le persone troverebbero un accordo per regolare le istituzioni sociali.

L'unico modo, però, per assicurare che questa procedura di accordo sia giusta e che, quindi, qualunque siano i principi su cui ci si accorda, essi saranno giusti, è fare in modo che i partecipanti all'accordo assumano una posizione

---

<sup>29</sup> RAWLS, *Una teoria della giustizia*, introduzione; cfr. WELSH, *Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theory*, in *Journal of Legal Education*, 2004, 49, ivi 55 e 56, suggerisce che il modello di teoria procedurale della giustizia delineato da Rawls può servire a comprendere, insieme al fondamento morale dei principi di giustizia sociale in una società democratica, anche la natura delle critiche rivolte al sistema statale di risoluzione dei conflitti

<sup>30</sup> VECA, *sull'idea di giustizia procedurale*, in *Rivista di filosofia*, 2001, 219, ivi 225 e ss. mette in discussione il fatto che la teoria della giustizia di Rawls sia fondata sul principio di giustizia procedurale pura. Egli infatti osserva come in *A Theory of Justice* "ciò che deve essere presupposto perché possa mettersi in moto la procedura di deliberazione è una particolare interpretazione sostanziale del senso di giustizia delle persone. È infatti quest'ultima a rendere conto delle caratteristiche della situazione iniziale di scelta e a rendere così sufficientemente determinato il problema della selezione dei principi di giustizia. Si potrebbe dire, paradossalmente, che la teoria sembra basarsi su un'idea di giustizia procedurale perfetta piuttosto che pura: il criterio indipendente ex ante è dato non dalla teoria, ma alla teoria da un'interpretazione del senso di giustizia". Veca osserva quindi la grande importanza che nella teoria di Rawls riveste la dimensione individuale del senso di giustizia, osservando come nel pensiero di tale autore sia affermata la priorità della *Psyche* rispetto alla *Polis*.

originaria, attraverso lo stratagemma del velo d'ignoranza, astraendosi dalla loro posizione nella società<sup>31</sup>.

L'effetto di queste restrizioni riguardo alla conoscenza della loro posizione nella società è di rendere le persone completamente uguali. Questo permette a Rawls di utilizzare l'idea che sta alla base della tradizione democratica del contratto sociale secondo cui la giustizia è ciò che sarebbe convenuto fra persone libere in posizione di eguaglianza<sup>32</sup>.

La procedura del velo d'ignoranza che riporta tutti alla posizione originaria, secondo Rawls, permette, quindi, la formulazione dei principi di giustizia distributiva che fondano una società democratica giusta.

La loro natura razionale (ed il loro senso di giustizia individuale) porterà gli individui, date le condizioni di incertezza che derivano dal velo di ignoranza, a preferire due principi di giustizia distributiva.

Il primo principio riguarda le libertà fondamentali dei cittadini, la libertà della persona, la libertà di pensiero e di espressione, la libertà politica, la libertà di coscienza, di riunione, nonché il diritto di avere delle proprietà. Esso stabilisce che "ogni persona ha un eguale diritto alla più estesa libertà fondamentale, compatibilmente con una simile libertà per gli altri."<sup>33</sup>

Il secondo principio riguarda, invece, la distribuzione del reddito e della ricchezza" e stabilisce che "le ineguaglianze sociali ed economiche devono [infatti] essere combinate in modo da essere ragionevolmente previste a vantaggio di ciascuno e collegate a cariche e posizioni aperte a tutti."<sup>34</sup>, ed inoltre esse

---

<sup>31</sup>RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Feltrinelli Editore, Milano, 1997, pag 28. I principi proposti risultano, in tale condizione, come il prodotto di "un accordo o contrattazione equa (...). Si potrebbe, quindi, dire che la posizione originaria è il corretto status quo iniziale e, perciò, che gli accordi fondamentali stipulati in essa sono equi."

<sup>32</sup> FREEMAN, *Rawls, John*. In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, (1998, 2002), Retrieved January 26, 2007, <http://www.rep.routledge.com>

<sup>33</sup> RAWLS, 66, in proposito vedi anche MASHAW, *Administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, in *Boston University Law Rev.*, 1981, 885, ivi 917

<sup>34</sup> RAWLS, 66; MASHAW, *Administrative due process*, 918

devono far parte di uno schema, che migliora le aspettative dei membri meno avvantaggiati della società<sup>35</sup>

L'idea della posizione originaria di Rawls è quindi quella di stabilire una procedura equa in modo che, qualunque siano i principi di giustizia distributiva (o sostanziale) su cui ci si accorda, essi saranno comunque giusti. L'obiettivo, come afferma lo stesso Autore "è usare la nozione di giustizia procedurale pura come base della teoria".<sup>36</sup>

Rawls, quindi, fondando la sua teoria della giustizia sulla nozione di giustizia procedurale pura introduce, distinguendoli da questa, i concetti di giustizia procedurale perfetta e giustizia procedurale imperfetta<sup>37</sup>.

### *Giustizia procedurale perfetta*

Quando si parla di giustizia procedurale perfetta, si dispone di un criterio di giustizia sostanziale del risultato che è stabilito anteriormente e indipendentemente rispetto all'attuazione delle procedure che devono condurre al suo raggiungimento. Inoltre si presuppone che sia possibile formulare la procedura in maniera tale che essa conduca sicuramente al risultato considerato giusto<sup>38</sup>. Nell'esempio della divisione della torta fatto da Rawls, "un'eguale

---

<sup>35</sup> RAWLS, 67 o 77

<sup>36</sup> RAWLS, 125; per una messa in discussione del fondamento della Teoria di Rawls sulla giustizia procedurale pura vedi VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Rivista di filosofia*, 2001, 219, ivi 228, che ritiene che essa invece si fondi sull'idea di giustizia procedurale perfetta; così anche CEVA, *Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, in RICCIARDI - DEL BÒ (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2004 che ritiene che la teoria di Rawls rappresenti un caso di giustizia procedurale perfetta "poiché la sua elaborazione appare essere di fatto uno strumento per giustificare a posteriori i due principi sostantivi di giustizia che sono proposti e sostenuti dalla teoria nel suo insieme"

<sup>37</sup> CELANO-OTTONELLI, *Presentazione*, numero monografico *Giustizia e procedure in Ragion Pratica* a cura di B.Celano e V.Ottonelli, 1997, 11; su tale distinzione vedi anche SOLUM, *Procedural Justice*, in *Southern California Law Review*, 2004, 181, ivi 239; NELSON, *The very idea of pure procedural justice*, in *Ethics*, 1980, 502; TSCHENTSCHER, *The function of procedural justice in theories of justice*, 105, ivi 107; GUSTAFSSON, *On Rawls's Distinction between Perfect and Imperfect Procedural Justice*, in *Philosophy of the Social Sciences*, 2004, 300

porzione per ciascuno” è il criterio di giustizia distributiva (sostanziale) indipendente e stabilito *ex ante*. La regola del “chi divide è l’ultimo a scegliere” è la procedura considerata attendibile per produrre tale risultato<sup>39</sup>.

### *Giustizia procedurale imperfetta*

La nozione di giustizia procedurale imperfetta presuppone, come quella perfetta, un criterio indipendente e stabilito *ex ante* per la definizione del giusto risultato. In questo caso, però, non vi sono garanzie che una specifica procedura per il raggiungimento di un simile risultato possa davvero essere costruita (come invece avviene nel caso della divisione della torta e negli altri casi di giustizia procedurale perfetta). Rawls porta come esempio di questa concezione di giustizia il processo penale: “Il risultato desiderato è che l’accusato sia dichiarato colpevole se e solo se ha commesso il crimine di cui è accusato. La procedura processuale è strutturata in modo da ricercare e stabilire la verità al riguardo. Sembra però impossibile concepire norme giuridiche in modo che esse forniscano sempre un risultato corretto”<sup>40</sup>.

### *Giustizia procedurale pura*

“Si parla di giustizia procedurale pura, quando, invece, non esiste un criterio indipendente, stabilito *ex ante*, per definire la giustizia di un risultato:

---

<sup>38</sup> RAWLS, 85 spiega l’idea di giustizia procedurale perfetta con un esempio “Un certo numero di uomini deve dividere una torta: assumendo che una divisione in parti uguali è equa, che tipo di procedura può dare questo risultato? Lasciando da parte i particolari tecnici, la soluzione più ovvia è quella di far sì che un uomo divida la torta e prenda l’ultima fetta, lasciando che gli altri la scelgano prima di lui. Egli dividerà in parti eguali la torta, perché in questo modo può garantirsi la parte più grande possibile”

<sup>39</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 51

<sup>40</sup> RAWLS, 85; la relazione tra “procedure processuali” e “giustizia procedurale imperfetta” è accuratamente analizzata da SOLUM, *Procedural justice*, 52 e ss., il quale chiarisce “Thus, imperfect procedural justice incorporates the notion of an independent criterion for accuracy but adds the notion of “other ends of the law,” or considerations of cost that may be balanced against accuracy”. Di tale argomento si tratterà ampiamente nel proseguio del lavoro.

esiste invece una procedura equa o corretta tale da dare un risultato similmente equo o corretto, qualunque esso sia, a condizione di seguire appropriatamente la procedura”<sup>41</sup>. La giustizia del risultato è in questo caso un criterio ricavabile ex post grazie all’applicazione corretta della procedura<sup>42</sup>.

Come esempio Rawls porta i risultati derivanti da una lotteria<sup>43</sup>, per cui qualunque sia il risultato cui si pervenga a seguito del corretto espletamento della procedura, esso deve essere considerato giusto, indipendentemente da ogni valutazione relativa a criteri sostanziali di giustizia riferiti al risultato.

Vi è poi il caso della giustizia procedurale quasi pura. Il riferimento qui è ad un criterio di giustizia derivante appunto dalla corretta applicazione di una procedura, ma non del tutto indipendente rispetto a valutazioni relative a dei criteri di giustizia sostanziale. È il caso della legittimazione procedurale della democrazia, che non può in ultimo, neppure rispettando la procedura corretta, rinnegare sé stessa<sup>44</sup>. La concezione pura o meramente procedurale della giustizia non è dunque accettabile, nella sua assoluta autosufficienza etica, neppure come fondamento ultimo del sistema democratico<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> RAWLS, *una teoria della giustizia*, 86

<sup>42</sup> come precisa CEVA, *Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, in M. RICCIARDI, C. DEL BÒ (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2004, prima dell’attuazione completa della procedura nessun tipo di criterio di giustizia dell’esito è individuabile.

<sup>43</sup> per un’analisi del senso di giustizia in relazione ai criteri di distribuzione fondati sulle lotterie cfr. R. BOUDON, *Il vero e il giusto*, Il mulino, Bologna, 1997 (1995), 270

<sup>44</sup> J. RAWLS, 175.

<sup>45</sup> PINTORE, *Problemi di etica procedurale*, 16 [http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteII/2.1/Pintore2\\_new.doc](http://www.cirfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteII/2.1/Pintore2_new.doc) afferma che la stessa procedura democratica deve essere protetta “contro il rischio che si autodistrugga con i suoi propri mezzi (è il classico caso dell’abolizione della democrazia con mezzi democratici)”; CARE, *Participation and policy*, in *Ethics*, 1978, 316, 320 utilizza l’idea di giustizia procedurale pura per difendere la democrazia partecipativa sostenendo che la procedura di decisione democratica ne è un esempio; COHEN, *Pluralism and Proceduralism*, in *Chicago-Kent Law Review* 1994, 589 ivi 610 “Democracy, in short, is a procedure that institutionalizes an idea of citizens as equals. Agreement on the democratic process -- a constitutional consensus -- must also, then, constraint what can count as an acceptable reason within that process.”

La ripartizione disegnata da Rawls<sup>46</sup> ci consente quindi di individuare due categorie distinte di teorie in relazione ai diversi metodi forniti per la definizione delle procedure di giustizia<sup>47</sup>. La giustizia procedurale perfetta ed imperfetta appartengono alla stessa famiglia di teorie per la quale le procedure di giustizia vengono definite e fondate alla luce di un risultato desiderato che viene previsto e sostenuto prima della definizione delle procedure e indipendentemente da esse<sup>48</sup>.

La giustizia procedurale pura, invece, prevede come unico criterio di definizione di un esito giusto la corretta applicazione di una procedura di giustizia, definita indipendentemente dal riferimento alla giustizia sostanziale di tale esito<sup>49</sup>

Come prima accennato, l'idea, utilizzata da Rawls, che una distribuzione giusta degli oneri e dei benefici in una società possa essere intesa come il risultato di una procedura, e che i criteri di correttezza di tale procedura siano indipendenti rispetto alla predeterminazione dei risultati, risponde ad un'esigenza sempre sentita nell'ambito delle ideologie liberali. In questo modo infatti è possibile superare il dilemma relativo alla parzialità della giustizia, fornendone una visione neutra, capace di svolgere il ruolo di arbitro imparziale rispetto a concezioni individuali, controverse e, quindi, confliggenti, del bene.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> NELSON, *The very idea of pure procedural justice, in Ethics, 1980, 502*, ivi 503 ritiene che la distinzione operata da Rawls tra le tre tipologie di giustizia procedurale, non permette di individuare una nozione generale di giustizia procedurale all'interno della quale distinguere tre sottocategorie. Nell'opera di Rawls mancherebbe infatti una definizione di giustizia procedurale. Secondo Nelson le riflessioni elaborate in *A Theory of Justice* portano soltanto a concludere che "a 'case' of procedural justice is a situation in which justice is a matter of importance and it is desirable from the point of view of justice that we establish or comply with some procedure"

<sup>47</sup> CEVA, *Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, in M. RICCIARDI, C. DEL BÒ (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2004

<sup>48</sup> GUSTAFSSON, *On Rawls's Distinction between Perfect and Imperfect Procedural Justice*, in *Philosophy of the Social Sciences*, 2004, giugno, 300, ivi 302, mette in discussione la distinzione operata da Rawls tra giustizia procedurale perfetta ed imperfetta sostenendo che esse in realtà sono la stessa cosa, poiché la garanzia, fornita dalla giustizia procedurale perfetta, di giungere al risultato desiderato è in realtà resa possibile dal grado di specificazione della procedura da seguire.

<sup>49</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 51 e ss

La nozione di giustizia procedurale pura, anche associata, nei suoi elementi minimi ed essenziali, con la nozione generalissima di giustizia formale<sup>51</sup>, è stata spesso criticata per la sua ambiguità<sup>52</sup>, costituendo il fondamento ideologico di teorie che hanno dato luogo a conclusioni anche molto diverse fra loro<sup>53</sup>.

Le procedure che rientrano nella nozione di giustizia procedurale pura di Rawls sono indipendenti da qualsiasi fine sostanziale o da qualsiasi criterio di giustizia riguardo al risultato da raggiungere. Esse generano la giustizia del risultato anziché esserne strumento<sup>54</sup>. Il fatto di seguire la procedura è quindi, secondo Rawls, condizione sufficiente a determinare la qualità di giustizia del risultato<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> CELANO-OTTONELLI, *Presentazione*, numero monografico *Giustizia e procedure in Ragion Pratica* a cura di B.Celano e V.Ottonelli, 1997, 12; OTTONELLI, *due tipi di giustizia procedurale pura*, in *Ragion pratica*, 1997, 35

<sup>51</sup> in proposito NELSON, *The very idea of pure procedural justice*, in *Ethics*, 1980, 502, ivi 503 osserva come Rawls operi una distinzione tra la nozione di giustizia procedurale pura e la nozione di giustizia formale chiarendo che quest'ultima è "a kind of minimal justice that is secured whenever like cases are treated alike. Since it requires only this, it results whenever rules or procedures are consistently followed and impartially applied"

<sup>52</sup> OTTONELLI, *Due tipi di giustizia procedurale pura*, in *Ragion pratica*, 1997, 35

<sup>53</sup> riguardo alle dottrine che si fondano sul concetto di giustizia procedurale pura cfr. OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, in *Ragion pratica*, 1996, 99; GIANFORMAGGIO, *La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione*, in *Comanducci – Guastini* (a cura di) *Ricerche di giurisprudenza analitica, Analisi e diritto*, Torino, 1994, 153

<sup>54</sup> OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, 103; ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, 1, ivi 12; NELSON, *The very idea of pure procedural justice*, 504 ha messo in dubbio questa capacità della giustizia procedurale pura di trasferire sul risultato la giustizia che la caratterizza. Secondo tale autore gli esempi forniti da Rawls, quali le scommesse, la lotteria possono essere spiegate attraverso il volontario esercizio dei propri diritti da parte delle persone che partecipano alla procedura stessa; contro quest'impostazione è BAYLES, *Procedural justice, allocating to individuals*, 5

<sup>55</sup> TSCHENTSCHER, *The function of procedural justice in theories of justice*, 107; NELSON, *The very idea of pure procedural justice*, 504 rileva come per Rawls, nei casi di giustizia procedurale pura, il fatto di rispettare la procedura, sia una condizione sufficiente per la giustizia del risultato, mentre secondo altri autori che invocano il concetto di giustizia procedurale pura, il rispetto della procedura è una condizione *necessaria*, ma non sufficiente per la giustizia del risultato. Cfr. in proposito RESNICK, *Due process and Procedural Justice*, in *Nomos XVIII: Due Process*, Pennock – Chapman (eds.), New York, 1977, 206, ivi 213 e ss. In realtà Resnick definisce il rispetto della procedura come condizione necessaria, ma non sufficiente per la giustizia del risultato, poiché, riferendosi al principio del *Due process of Law*, ritiene che esso, pur

La teoria contrattualista di Rawls è stata però criticata da alcuni autori. In particolare si afferma che lo stratagemma del velo d'ignoranza, insieme all'idea che gli individui siano dotati tutti dello stesso senso di giustizia<sup>56</sup>, sottovaluta il valore delle differenze, riducendo il contratto sociale ad un meccanismo monologico anziché dialogico<sup>57</sup>.

La sua teoria è stata criticata anche poiché fallirebbe nello spiegare le differenti concezioni della giustizia esistenti in società diverse, e nel negare ogni tipo di legittimità a concezioni di giustizia contrastanti con la sua.<sup>58</sup>

I limiti sopra evidenziati sono, ad alcuni, parsi superati da un'altra teoria procedurale della giustizia<sup>59</sup>, quella di Habermas<sup>60</sup> elaborata con l'obiettivo di fondare la legittimità delle leggi in uno stato democratico<sup>61</sup>.

Habermas affronta i conflitti, giuridici, politici o morali, che possono caratterizzare una società, facendo appello alla teoria del discorso<sup>62</sup>. Egli immagina una procedura imparziale<sup>63</sup> che prevede per tutti i membri della

---

costituendo un caso di giustizia procedurale pura, non possa prescindere da alcuni aspetti che caratterizzano la giustizia procedurale imperfetta.

<sup>56</sup> ROSENFELD, *Per una critica pluralista del proceduralismo contrattualista*, in *Analisi e Diritto*, 1997, 145, 156, afferma che "Rawls infonde nelle parti del contratto sociale un universalismo morale di tipo Kantiano"; simile è la posizione di VECA, *sull'idea di giustizia procedurale*, in *rivista di filosofia*, 2001, 219, ivi 225.

<sup>57</sup> ROSENFELD, *Per una critica pluralista* 156

<sup>58</sup> KAUFMAN, *The nature of justice: john Rawls and pure procedural justice*, in *Washburn L.J.* 1979, 197

<sup>59</sup> in proposito vedi SOLUM, *Procedural justice*, 77; ROSENFELD, *Can Rights, Democracy, and Justice Be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law*, in *Cardozo Law Rev.*, 1996, 791, ivi 793

<sup>60</sup> In proposito vedi MCCARTHY, *The critical theory of Jürgen Habermas*, 1978, 291-310

<sup>61</sup> BERNSTEIN, *The retrieval of the democratic ethos*, in *Cardozo Law Rev.* 1996, 1127, ivi 1129 afferma che l'obiettivo della teoria di Habermas è "to provide a rational basis for justifying a theory of deliberative procedural democracy; per un ampio dibattito su tale teoria vedi i saggi pubblicati su *Cardozo Law Review*, 1996, 767 e ss.

<sup>62</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 267; MCCARTHY, *The critical theory of Jürgen Habermas*, 1978, 303, afferma che nella teoria del discorso di habermas "ultimately there can be no separation of the criteria for truth from the criteria for the argumentative settlement of truth claims."

comunità: “accesso universale, pari diritto di partecipazione e pari opportunità di contribuire” e nello stesso tempo presupponga “la volontà dei partecipanti di raggiungere un’intesa e la libertà dalle costruzioni strutturali”<sup>64</sup>

I principi di giustizia distributiva nelle teorie di Rawls e di Habermas trovano origine nella giustizia procedurale, ma hanno punti di partenza molto diversi. Mentre in Rawls la procedura, (il velo di ignoranza) che fonda i principi di giustizia sostanziale non è reale, ma è un esperimento mentale<sup>65</sup>, in Habermas la validità dei principi di giustizia distributiva dei risultati di una procedura deriva dalla comune e cooperativa ricerca della verità in un discorso comunicativo razionale, dove il mezzo di creazione del consenso è “l’agire comunicativo”<sup>66</sup>. Anche questa è inizialmente un’idea regolativa, ma diventa, in un contesto giuridico, una procedura reale.<sup>67</sup>

Le teorie procedurali della giustizia, come quelle di Rawls e Habermas derivano dal tentativo di trovare una risposta alla mancanza, nelle società moderne di standards oggettivi e universalmente condivisi di giustizia distributiva<sup>68</sup>.

Tentando di evitare prese di posizione in ordine a questioni di giustizia sostanziale queste teorie della giustizia utilizzano il concetto di giustizia procedurale limitatamente alla sua funzione definitoria<sup>69</sup>, relativa alla attitudine

<sup>63</sup> HABERMAS, *Morale Diritto Politica*, Torino Einaudi 1992 ivi p.30 “Solo teorie morali e giuridiche impostate in senso procedurale possono promettere un procedimento imparziale per la fondazione e il confronto critico di principi diversi”; in proposito vedi anche ROSENFELD, *Per una critica pluralista*, 159

<sup>64</sup> HABERMAS, *Reply to Symposium Participants, Benjamin Cardozo School of Law Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, in *Cardozo Law Review*, 1996, 1477, ivi 1506

<sup>65</sup> DI ROBILANT, *Un esperimento mentale*, in AAVV, *Le ragioni della giustizia*, in *Biblioteca della libertà*, 1977, 167

<sup>66</sup> ovvero l’agire in vista del raggiungimento di un’intesa. Cfr. ROSENFELD, *Per una critica pluralista*, 158; HABERMAS, *Teoria dell’agire comunicativo*, Bologna, 1981

<sup>67</sup> ROHL, *Procedural justice, introduction*, 23; e alexy, 1978, 1981; kaufmann 1989

<sup>68</sup> ROHL, *Procedural justice, introduction*, 1

<sup>69</sup> TSCHENTSCHER, *The function of procedural justice in theories of justice*, 105, ivi 109 e 114 riconduce la giustizia procedurale perfetta ed imperfetta alla funzione strumentale, mentre riconduce la giustizia procedurale pura e quasi pura alla funzione definitoria. Secondo, tale Autore, per poter credere nella funzione definitoria della giustizia procedurale è necessario che i tre

della procedura a definire giusto un risultato<sup>70</sup> soltanto sulla base della procedura stessa .

Sono definite teorie procedurali della giustizia proprio perché la procedura, in qualche modo è considerata prioritaria rispetto al risultato di giustizia sostanziale.

Questa priorità assiologica della procedura rispetto al risultato non caratterizza però tutti i modelli di giustizia procedurale, ma soltanto i modelli di giustizia procedurale pura dove non sono disponibili criteri di giustizia sostanziale condivisi.

Appare quindi evidente come questo tipo di teorie possano servire a legittimare come giusto un risultato solo nel caso in cui non si disponga ex ante di un principio di giustizia sostanziale<sup>71</sup>.

La funzione legittimante della procedura, in questi casi, è stata anche spiegata con la teoria della sostituzione<sup>72</sup>, perché la giustizia procedurale “sostituisce” la giustizia sostanziale.

---

elementi da cui essa è composta siano presenti: egli li individua nella corretta applicazione della procedura, nella presenza delle necessarie circostanze di applicazione (background fairness), e nella correttezza della procedura in se stessa. Per illustrare questa terminologia egli utilizza come metafora una partita di tennis. La giustizia sostanziale è soddisfatta se vince il giocatore migliore. La giustizia procedurale è l'applicazione delle regole del gioco se tale applicazione permette di dichiarare vincitore il miglior giocatore. La correttezza procedurale richiede che entrambi i giocatori rispettino le regole e segnino correttamente i punti. Le circostanze di applicazione (Background fairness) della procedura richiedono che tutte le condizioni per un gioco corretto siano presenti, per esempio che ogni giocatore possa usare la sua racchetta migliore. La correttezza della procedura in sé stessa richiede, fra le altre cose, che le regole del gioco prevedano un cambio di campo (altrimenti il giocatore migliore potrebbe perdere a causa dello svantaggio di giocare contro il sole.

Secondo tale autore, infatti, dire che una procedura definisce un risultato come giusto non libera una teoria dalla necessità di provare che anche gli altri elementi di cui essa è composta siano stati applicati, altrimenti, egli afferma, la defining function della giustizia procedurale entra in discussione, e non risulta convincente. Così nella teoria di Habermas egli avverte la mancanza della “background fairness” nel momento in cui dal discorso teorico si passa a quello pratico che avviene nelle corti e nelle assemblee parlamentari, dove presupposti quali la “la volontà dei partecipanti di raggiungere un’intesa e la libertà dalle costruzioni strutturali” possono mancare.

<sup>70</sup> TSCHENTSCHER, *The function of procedural justice in theories of justice*, 105 afferma che le teorie procedurali della giustizia incorporano il concetto di giustizia procedurale come elemento costruttivo

<sup>71</sup> TSCHENTSCHER, *The function of procedural justice in theories of justice*, 114 “relying on the justice defining function includes the assumption that no outside criterion for substantive justice is available. If this antimetaphysical assumption proved to be wrong, the defining function of procedural justice would not apply”

Contrapposta a questo tipo di teorie è la Teoria strumentale della giustizia procedurale, dove la funzione legittimante della procedura deriva dal fatto che essa è strutturata in maniera adeguata per giungere a decisioni giuste nella sostanza<sup>73</sup>. A questa funzione sono riconducibili i modelli di giustizia procedurale perfetta ed imperfetta delineati da Rawls<sup>74</sup>. A metà strada tra queste due prospettive si colloca la teoria espressiva.

#### 4. La Teoria espressiva della giustizia procedurale

Nella prospettiva assunta dalla teoria espressiva le procedure vengono valutate come mezzi per esprimere, o promuovere valori considerati importanti e non solo per la loro capacità di giungere ad un risultato giusto<sup>75</sup>. Esse sono considerate come fenomeni fini a sé stessi, per l'immediata soddisfazione che producono in ordine all'espressione di certi valori che incorporano<sup>76</sup>.

Si tratta in particolare di valori quali la partecipazione, il rispetto e la dignità dei partecipanti<sup>77</sup>, che assumono, nella procedura intesa come rituale

<sup>72</sup> ROHL, *Procedural justice, introduction*, 12

<sup>73</sup> ROHL, *Procedural justice, introduction*, 12

<sup>74</sup> TSCHENTSCHER, *The function of procedural justice in theories of justice*, 108

<sup>75</sup> sia nel caso in cui il criterio di giustizia sostanziale esista ex ante, sia nel caso in cui sia la procedura stessa a determinarlo.

<sup>76</sup> BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, 509 definisce questo approccio alla giustizia procedurale come "process-based" in contrapposizione alle teorie "outcome-based"; SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, in *Wisconsin Law Review*, 1978, 29 ivi 91 definisce come "ritualista" quell'approccio che afferma che le procedure possono essere viste come mezzo e fine insieme. La procedura infatti, secondo questa visione, può essere diretta a perseguire dei fini, ma li persegue meno realizzandoli che non rappresentandoli in sé stessa.

<sup>77</sup> SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for 'Process Values*, in *Cornell Law Rev.*, 1974, 13, afferma "a process that is procedurally rational, humane, and respectful of individual dignity and personal privacy, is good in those respects as a process, quite apart from whether it is also an efficacious means to good results. ...for procedural rationality, humanity, and regard for dignity and privacy are process values".

simbolico<sup>78</sup>, importanza per la loro rappresentazione, più che per la loro realizzazione. Secondo questa interpretazione il diniego di tali valori può provocare, nei partecipanti alla procedura, un senso di ingiustizia a prescindere dal risultato raggiunto<sup>79</sup>.

A tal riguardo è stato, però, anche osservato che, se è vero che le procedure possono essere valutate in sé stesse per il merito che hanno di incorporare certi valori considerati positivi, in certi casi esse sono, per i soggetti coinvolti, così opprimenti da avere l'effetto di una punizione, a prescindere dal risultato sostanziale cui giungono<sup>80</sup>.

Appare evidente, in questo tipo di interpretazioni del concetto di giustizia procedurale, il contrasto che esiste tra il promuovere (al fine di attuarlo) e l'esprimere un valore morale<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> SIMON, *The Ideology of Advocacy*, 91; LLEWELLYN, *On reading and using the newer Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 1940, 581, ivi 610, afferma “an impressive ceremonial has a value in making people *feel* that something is being done; this holds, whether the result is right or wrong; and there is some value in an institution which makes men content with fate, whatever that fate may be”

<sup>79</sup> SIMON, *The Ideology of Advocacy*, 92 in riferimento a tale visione simbolica delle procedure e delle istituzioni, riportando il pensiero di alcuni realisti americani, e particolarmente di Thurman Arnold, scrive “by allowing these values to be symbolically enacted in its public forums, the society reassures its members that the values has not been forgotten and are still part of their lives. But by confining them to the realm of drama, it guarantees that they do not get in the way of the official fulfilment of material needs”; ROHL, 12 e ss. afferma “procedures are not only about profits and losses but also about participation and self-representation. Participation as such may assume the character of a reward, whereas its denial can be experienced as a punishment.”

<sup>80</sup> SIMON, *The Ideology of Advocacy*, cfr. di seguito nel testo nota 82; ROHL, *Procedural justice, introduction*, 14, vedi anche VIDMAR, *Procedural justice and alternative dispute resolution*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 121, ivi 129

<sup>81</sup> questo tipo di contrasto è limpidamente delineato da WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 37, 40, in riferimento al dibattito sulla “exclusionary rule” nel processo penale americano. Egli spiega come sarebbe desiderabile che le autorità trattassero gli imputati, o i sospetti, con dignità, controllo e rispetto, ma la sola effettiva maniera per distoglierli dal trattare i sospetti in maniera non dignitosa è eliminare ogni prova ottenuta in seguito a comportamenti che non rispettino tali valori. Anche se l'obiettivo della regola è proteggere il valore della dignità, può esserci una importante questione di indegnità nella sua applicazione, nel momento in cui essa può portare le corti a invalidare degli arresti e ribaltare condanne per ragioni che hanno poco o nulla a vedere con l'innocenza dell'imputato o la debolezza delle prove contro di lui. Proprio per questo motivo, come evidenzia Wasserman, i critici della “exclusionary rule”, lamentano che essa tratta la

In quest'ottica, per esempio, la dignità degli individui viene affermata non, o non soltanto, attribuendo loro determinati beni sostanziali, ma adottando procedure che li trattano con dignità e rispetto<sup>82</sup>.

L'esagerata devozione nei confronti della procedura alle spese di quei valori che essa è intesa ad esprimere, rischia però, talvolta, di diventare una sorta di fanatismo. Sembra, infatti, davvero incoerente l'idea che sia possibile onorare un valore, esprimendolo in una procedura, ponendo poi dei vincoli a quegli aspetti della procedura che ne dovrebbero favorire l'effettiva attuazione<sup>83</sup>. Viene allora il sospetto che la procedura, se intesa come rito, non faccia altro che coprire intenti nascosti di potere dietro logiche procedurali discorsive<sup>84</sup>.

---

causa, e l'imputato, come uno strumento per perseguire altri obiettivi. Le procedure associate alla exclusionary rule, devono essere, quindi, valutate in maniera complessiva, ma anche strumentalmente per il loro effetto a lungo termine nel promuovere il rispetto del IV emendamento della Costituzione Americana da parte della polizia.

<sup>82</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 40; per un'analisi di tali teorie cfr. SOLUM, *Procedural Justice*, 262; in quest'ottica si pone MASHAW, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, Boston University Law Rev., 1981, 885, ivi 887; SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, in *Wisconsin Law Review*, 1978, 29 ivi 96 e 99, parlando delle procedure giudiziarie, critica duramente la tesi "ritualista", che in accordo con la teoria espressiva, sostiene che la procedura possa essere valutata positivamente per i valori che esprime, quali la dignità la partecipazione ed il rispetto delle parti litiganti. "the source of the ritualist error is evident. In a limited sense, the trial is a ritual in which ideals are affirmed and celebrated. But it is not the ordinary citizen who participates in the celebration or who experiences the affirmation of trust, equality, and individual dignity. The litigants are not the subject of the ceremony, but rather the pretext for it." Egli infatti afferma "the litigant will be an alien spectator at his own trial. The language of the trial will be largely foreign for him....It cannot be denied that the Ritualist interpretation of the judicial proceedings has some social foundation. Indeed, ritualism is a symptom of an important phenomenon: for many people, the judicial proceedings is the only meaningful ceremony which remains in contemporary society...But ritualism errs in attributing this attitude either to vast majorities of the population or to the litigants. ...the litigant is not the beneficiary of the trial, but the victim of it. His dignity and autonomy are sacrificed in order that his lawyer's may be celebrated".

<sup>83</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 41; SIMON, *The Ideology of Advocacy*, 100 in riferimento alla procedura adversary che caratterizza il sistema angloamericano della giustizia, afferma come l'approccio ritualistico, o espressivo, semplicemente ignora che alla fine del processo una delle parti può imprigionare o obbligare l'altra, o privarla della proprietà di un bene. Ignorare questo aspetto, egli afferma, significa sacrificare il risultato in favore del processo

<sup>84</sup> RESTA, *Le verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 2004, 369, ivi 388 afferma, riferendosi al rito, come esso ci mostri "il tentativo dei nostri sistemi sociali di ingannare la propria violenza sostituendo alla cattiva infinità della vendetta o al rischioso arbitrio di un sovrano il procedere discorsivo"

Il problema, come vedremo, non è che le procedure non possano essere viste come fenomeni espressivi<sup>85</sup>, ma piuttosto che i risultati che sono prodotti dalle procedure devono anch'essi essere visti come parte di ciò che è espresso.<sup>86</sup>

## 5. La funzione euristica delle procedure

Di analogo tenore sembrano essere quelle teorie che assegnano alle procedure una funzione euristica<sup>87</sup>.

Rifiutando come unico strumento di valutazione della giustizia della procedura la sua idoneità ad ottenere un risultato giusto<sup>88</sup>, esse affermano che il conflitto e l'incertezza riguardo alla giustizia dei risultati può, ai fini dell'accettazione del risultato<sup>89</sup>, aumentare l'importanza alcuni aspetti della

---

<sup>85</sup> come osserva WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 41, non potrebbe essere accettabile una procedura penale che, pur con l'obiettivo di portare a risultati corretti e conformi ai criteri di giustizia sostanziale delineati dalle leggi penali, promuova tecniche lesive della dignità e del rispetto della persona umana, quali la tortura; cfr SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for 'Process Values*, 23

<sup>86</sup> SIMON, *The Ideology of Advocacy*, 100; in quest'ottica si pone anche GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996

<sup>87</sup> le euristiche sono semplici ed efficienti regole per spiegare come le persone risolvono problemi, danno giudizi, prendono decisioni in maniera intuitiva di fronte a problemi complessi o informazioni incomplete.

<sup>88</sup> La funzione euristica è individuata fra i valori non strumentali della procedura nell'accurata analisi operata da ALLISON, *Ideology, prejudice, and process values*, in *New England Law Review*, 1994 657, ivi 680; cfr. altresì MASHAW, *Administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, 885; MICHAELMAN, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in *Nomos: Due Process*, Pennock & Chapman, eds., New York, 1977, 126

<sup>89</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 38 rileva come secondo KAHNEMAN-SLOVIC-TVERSKY (eds.) *Judgement under uncertainty: heuristic and Biases*, New York, 1982, "social heuristics serve as shortcuts for making outcome judgements that really require a more demanding calculus"; SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 161 ivi 173 osserva anche come le irregolarità nella procedura possono rendere i risultati sfavorevoli maggiormente nocivi, poiché la loro scoperta può indurre i partecipanti a immaginare "the possibility that a more favourable outcome might have ensued if only more favourable practices have been followed".

procedura, quali la neutralità, il rispetto, e la considerazione delle ragioni dei partecipanti<sup>90</sup>.

Ne consegue che anche risultati sfavorevoli sono maggiormente accettati se derivano dall'adozione di una procedura che è percepita come giusta e corretta.<sup>91</sup>

In particolare, si afferma, certi valori procedurali possono svolgere una funzione euristica sotto due aspetti. In primo luogo essi possono essere presi come indicatori del fatto che le autorità stanno utilizzando procedure affidabili per risolvere il conflitto, in modo che il risultato sia probabilmente giusto o corretto<sup>92</sup>. Secondo tale interpretazione, quindi, i partecipanti utilizzano la loro percezione della giustizia procedurale come scorciatoia mentale<sup>93</sup>, per determinare se è probabile che la procedura porti ad un risultato sostanzialmente giusto<sup>94</sup>.

In un altro senso le procedure possono mostrare che le istituzioni, o le autorità, sono ben disposte verso i litiganti, rispettandoli, al di là dei meriti strumentali della procedura impiegata nel caso specifico<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 37

<sup>91</sup> WELSH, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do with It?*, in *Wash. U. L. Q.*, 2001, 787, 819; SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, 173; questa è anche la prospettiva adottata da THIBAUT e WALKERS, *Procedural justice: a Psychological analysis*, Hillsdale, 1975; in proposito vedi anche VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, in *Law & social Inquiry*, 1990, 877, ivi 880 e 882 il quale riporta la tesi di LIND – TYLER *The social psychology of procedural justice*. New York, 1988, 71 secondo cui “the use of fair procedures does indeed provide a cushion for authorities when the outcomes they have provided are unfavourable”; RENNIG, *Subjective procedural justice and civil procedure*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 207

<sup>92</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 38 riporta le riflessioni di Lind

<sup>93</sup> proprio in questo consiste la funzione euristica della procedura

<sup>94</sup> WELSH, *Making deals*, 819; ID., *Remembering the role of justice*, 53; LIND, *Procedural justice, disputing and reactions to legal authorities*, in *Everyday practices and trouble cases*, (Sarat et alt. Eds.), 1988 177; TYLER - LIND, *Procedural justice*, 77

<sup>95</sup> si potrebbe parlare in tal caso di euristica espressiva

In entrambi i casi, va però detto, l'impressione dedotta dai partecipanti può essere sbagliata, e la fiducia che deriva dalla impressione di affidabilità della procedura, mal riposta<sup>96</sup>.

In relazione a tali prospettive si è sviluppato quell'indirizzo di ricerca sperimentale che ha dato origine alle teorie della giustizia procedurale dette "soggettive"<sup>97</sup>, in cui la giustizia della procedura è considerata da un punto di vista delle percezioni dei partecipanti riguardo alla procedura stessa.<sup>98</sup>

Questo tipo di ricerche ha rivelato quattro elementi procedurali che in maniera attendibile portano le persone a concludere che una procedura di risoluzione di un conflitto è proceduralmente giusta: essa deve fornire ai litiganti un'opportunità di esprimere le proprie ragioni; il terzo che decide la disputa deve mostrare di tenere in considerazione ciò che le parti hanno detto; egli deve, inoltre, trattare i litiganti in maniera equilibrata e corretta; in ultimo egli deve trattare le parti con dignità e rispetto<sup>99</sup>.

Ne deriva una distinzione tra giustizia procedurale oggettiva e giustizia procedurale soggettiva, dove la prima consiste in una valutazione della procedura in relazione a determinati standard normativi, e la seconda in una valutazione che riguarda la percezione della sua correttezza, o giustizia<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 38

<sup>97</sup> VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, in *Law & social Inquiry*, 1990, 877, in proposito parla di "reazioni soggettive alle procedure" e riporta le ricerche fatte da THIBAUT e WALKERS, *Procedural justice: a Psychological analysis*, Hillsdale, 1975; critico rispetto a questa interpretazione "psicologica della giustizia procedurale è BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, 505 e ss che afferma "This approach has a fatal defect. Fairness is not the same as subjective feelings and cannot be reduced to psychological states"; per ampi riferimenti bibliografici vedi SOLUM, *Procedural Justice*, 265, nota 213

<sup>98</sup> cfr. A tal proposito WELSH, *Remembering the role of justice in resolution: Insights from procedural and social justice theories*, in *Journal of legal education*, 2004, 49, ivi 52 che riporta alcuni esempi di studi psicologici sulla giustizia procedurale, tra cui WALKERS e altri, *Reactions of participants and observers to modes of adjudication*, in *Journal of applied soc. psychology*, 1974; LIND-TYLER, *The social psychology of procedural justice*, New York 1988, 26-40

<sup>99</sup> WELSH, *Remembering the role of justice in resolution*, 52; ID., *Making deals*, 817 e ss.

<sup>100</sup> VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, in *Law & social Inquiry*, 1990, 877, ivi 879 il quale continua osservando come le due valutazioni siano indipendenti l'una

Diversi ed importanti effetti sono stati riconosciuti alla concezione soggettiva della giustizia procedurale. I valori procedurali sopra descritti non hanno, infatti, la sola funzione di soddisfare i partecipanti<sup>101</sup>.

Dagli studi sperimentali effettuati è emerso che i soggetti coinvolti in una procedura ritengono più facilmente di aver ottenuto giustizia sostanziale nella misura in cui hanno la percezione di essere stati trattati in una maniera proceduralmente giusta<sup>102</sup>, ne consegue che essi si conformeranno più probabilmente al risultato se avranno la percezione di essere stati trattati correttamente<sup>103</sup>. Inoltre, tale percezione della giustizia della procedura avrebbe come effetto di legittimare l'istituzione sociale da cui scaturisce la decisione<sup>104</sup>.

Nell'ambito di questa corrente di pensiero diverse interpretazioni sono state date alle ragioni per cui le persone tengono in così gran conto le questioni di giustizia procedurale.

Walker e Thibaut<sup>105</sup> hanno teorizzato che per i partecipanti la giustizia procedurale è molto rilevante poiché ciò dà loro la sicurezza di aver avuto l'opportunità di influenzare il risultato della procedura<sup>106</sup>.

---

dall'altra, infatti "a procedure that is objectively fair may be perceived as unfair, and one that is objectively unfair may be perceived as fair.

<sup>101</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 181, 264, parla al riguardo di "satisfaction interpretation" della giustizia procedurale, osservando come secondo tale teoria "A process that provides participants an opportunity to tell their stories and make litigation decisions may be most satisfactory to participants, even if the process is less accurate or more costly than alternatives that afford less opportunity for participation". Tale autore inoltre osserva come tale interpretazione si riveli inapplicabile alle procedure giurisdizionali; TYLER, *What is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, in *Law & Soc'y Rev.*, 1988, 103, 106 o 301?; WALKER-LIND -THIBAUT, *The Relation Between Procedural and Distributive Justice*, in *Va. L. Rev.*, 1979, 1401

<sup>102</sup> LIND-TYLER, *The social psychology of procedural justice*, 1988, 205; WELSH, *Remembering the role of justice*, 53; ID., *Making deals*, 818

<sup>103</sup> WELSH, *Making deals*, 819

<sup>104</sup> LIND-TYLER, *The social psychology of procedural justice*, 1988, 242; WELSH, *Remembering the role of justice*, 53; ID., *Making Deals*, 787, ivi 818; VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, 877 afferma "if disputants do not see procedures as fair, they will not accord them legitimacy, will avoid them if possible, and if forced to use them, will not readily accept the outcomes." Egli rileva altresì come questo genere di questioni siano rilevanti nell'ambito del dibattito sui mezzi alternativi di risoluzione delle dispute in ambito legale.

In contrasto con questa visione strumentale<sup>107</sup>, che pone l'accento sull'interesse individuale dei partecipanti ad ottenere un risultato favorevole, ricerche più recenti, adottando una prospettiva definita espressiva<sup>108</sup>, affermano come l'opportunità di far sentire la propria voce sia sentita dai partecipanti come importante in sé stessa, anche se essi hanno la consapevolezza di non poter influenzare il risultato<sup>109</sup>. Va osservato che non necessariamente queste due prospettive devono essere viste in contrapposizione tra loro<sup>110</sup>.

---

<sup>105</sup> Per un'interessante resoconto dell'origine intellettuale delle ricerche di THIBAUT e WALKERS cfr. VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, 882 dove egli rileva come dai risultati condotti dalle ricerche di questi due studiosi, risulta che i litiganti preferiscono quelle procedure che danno un maggior controllo della procedura alle parti; tali autori hanno poi esteso il campo d'indagine da cui avevano trovato origine le loro prime ricerche (riguardanti il confronto tra procedure inquisitorie e adversary), per analizzare la questione della giustizia procedurale in altri ambiti, a tal riguardo vedi THIBAUT – WALKERS, *A theory of procedure*, in *California Law review*, 1978, 541

<sup>106</sup> THIBAUT-WALKER, *A theory of procedure*, 541; in proposito cfr. VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, 883; WELSH, *Remembering the role of justice*, 53 la quale osserva come la giurisprudenza della suprema corte americana in tema di due process rifletta questo tipo di teoria strumentale come mezzo per comprendere il significato della giustizia procedurale. Inoltre rileva come per la Corte, le garanzie procedurali hanno rilevanza solo nella misura in cui esse contribuiscono a raggiungere una decisione giusta e ragionevolmente accurata. Al proposito vedi anche MASHAW, *The supreme court's due process calculus for administrative adjudication in Mathews v. Elridge: Three factors in search of a Theory of value*, in *University of Chicago Law Review*, 1976, 46

<sup>107</sup> strumentale in un senso soggettivo, poiché ciò che rileva in questo caso non è l'oggettiva capacità della procedura di arrivare ad un risultato giusto, ma semplicemente l'impressione che hanno i partecipanti di tale sua capacità.

<sup>108</sup> VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, 883 sostiene che questa teoria espressiva dell'importanza della giustizia procedurale mette in evidenza come un'importante funzione delle procedure sia quella simbolica. Anche qui ci pare importante specificare che si tratta di un significato "soggettivo" di teoria espressiva", dovendosi fare riferimento alla percezione dei partecipanti rispetto alla capacità della procedura di esprimere certi valori, e non alla sua effettiva capacità di esprimerli.

<sup>109</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 181, ivi 264; VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, 883; WELSH, 53; LIND, *Procedural justice, disputing and reactions to legal authorities, in everyday practices and trouble cases*, Austin sarat et al. (eds), 1998, New York, 177, ivi 180; TYLER – RASINSKI – SPODICK, *The influence of voice on satisfaction with leaders: exploring the meaning of process control*, in *Journal Personality & social Psychology*, 1985, 72 affermano che "the process control is important because it allows disputants to have they heard"

<sup>110</sup> VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, 883 e 884

Proseguendo le ricerche in questo ambito Lind e Tyler<sup>111</sup> hanno poi sviluppato la “groupe value” theory, la quale spiega che le persone percepiscono la giustizia procedurale anche in relazione alla considerazione che ricevono dall’autorità in relazione alla loro posizione nella società<sup>112</sup>. Certe caratteristiche della procedura servirebbero quindi come occasione per l’individuo di affermare il suo status sociale e percepire le attitudini della autorità nei suoi confronti<sup>113</sup>. L’importanza della procedura quindi non risiede tanto nei risultati favorevoli che promette, ma piuttosto nei valori di interazione sociale che afferma<sup>114</sup>.

Le alternative al modello strumentale che abbiamo esaminato sembrano condurre necessariamente ad una concezione della giustizia procedurale che, considerando prioritaria la procedura, prescinde dalla giustizia del risultato, e dai valori procedurali che attengono alla sua realizzazione. Sembra quindi che esse si fondino sul concetto di giustizia procedurale pura dove ogni risultato prodotto dalla procedura è, di per sé stesso, giusto o corretto.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> LIND-TYLER, *The social psychology of procedural justice*, 1988, 228; BORA, *Procedural justice as a contested concept: sociological remarks on the group value model*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 81

<sup>112</sup> WELSH, *Remembering the role of justice*, 53; su questi autori vedi anche WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 51; VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, 890, in relazione alla group value theory afferma che secondo tale teoria le persone adottano giudizi di giustizia procedurale che trascendono i loro interessi personali.

<sup>113</sup> WELSH, *Making deals*, 824, spiega come ciò “demonstrates to citizens that authorities recognize their own role as that of “public servants and the role of citizens as clients who have a legitimate right to certain services”, ed inoltre rileva come per i membri delle minoranze, il riconoscimento della loro appartenenza al gruppo (con i diritti che ne derivano) sia particolarmente percepito come elemento di giustizia procedurale; WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 51 “certain characteristics of the procedure serve as indicators of broader social attitudes;

<sup>114</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 52

<sup>115</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 39; alla stessa conclusione giunge SOLUM, *Procedural justice*, 55 che parla di giustizia procedurale pura in riferimento al *participation model* (che considera il valore della partecipazione al processo in sé stesso e non in relazione al risultato). Egli inoltre considera questo modello inapplicabile al contesto giurisdizionale affermando “because the participation model excludes all consideration of accuracy and cost as criteria for procedural fairness, it purchases conceptual purity at the price of plausibility”

Esse, quindi, ci pare di dover concludere, si mostrano più adeguate e sostenibili in tutti quei casi in cui i criteri di giustizia del risultato sono oscuri o incerti<sup>116</sup>, e, forse, meno rilevanti. Prima di rendere definitive le nostre conclusioni è però opportuno chiarire il significato della teoria strumentale della giustizia procedurale.

## 6. La teoria strumentale

Il modello strumentale fornisce un'ulteriore risposta alla questione del perché le procedure sono importanti. Esse sono strumenti per raggiungere dei fini, che per quanto complessi, sono individuabili a prescindere dal mezzo con cui sono raggiunti<sup>117</sup>.

Secondo la *teoria strumentale* il potere legittimante delle procedure deriva dal fatto che esse sono specificatamente adatte per arrivare a decisioni sostanzialmente giuste.

Appare evidente che perché questo modello di giustizia procedurale sia applicabile è necessario disporre di criteri di giustizia del risultato che siano indipendenti dalla procedura utilizzata.

Portando all'estremo questo modello, possiamo dire che se intese in senso puramente strumentale, le procedure sono soltanto un mezzo per giungere ad un fine: essa sono giuste *solo* nella misura in cui producono decisioni giuste<sup>118</sup>.

Questa interpretazione è riconducibile al modello di giustizia procedurale perfetta delineato da Rawls: non ha nessuna importanza che tipo di procedura viene utilizzata, l'importante è che essa conduca sicuramente a risultati giusti<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, , 41

<sup>117</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 39

<sup>118</sup> ALLISON, Ideology, prejudice, and process values, in *New England Law Review*, 1994 657, ivi 671

<sup>119</sup> SOLUM, *Procedural Justice*, 55

La concezione strumentale della giustizia procedurale, intesa nella sua forma estrema<sup>120</sup>, è stata criticata per diverse ragioni.

In primo luogo, è stato osservato, come questo modello procedurale sia difficilmente giustificabile poiché il più piccolo guadagno marginale in termini di correttezza del risultato avrebbe come conseguenza di imporre, sui litiganti, e sulla società nel suo insieme, enormi costi<sup>121</sup>. Se infatti è solo il fatto di arrivare a decisioni giuste che sarà considerato rilevante per la giustizia procedurale, non si terranno in conto altri aspetti della procedura, quali la sua durata o i suoi costi.

Un ulteriore problema che tale modello ideale porta con sé riguarda l'ambiguità della nozione stessa di giustizia del risultato (intesa come accuratezza in riferimento agli standard di giustizia sostanziale), laddove si verifichi una contrapposizione tra giustizia nel caso singolo e giustizia "sistemica" (che si verifica nella maggior parte dei casi). Può infatti accadere che procedure che possono massimizzare la giustizia del risultato nella generalità dei casi non abbiano lo stesso effetto nel caso concreto<sup>122</sup>, senza la possibilità di distinguere a priori i casi in cui la procedura funziona e quelli no<sup>123</sup>.

Tali osservazioni, che rendono evidente il carattere ideale ed astratto di questa interpretazione della giustizia procedurale, non devono, però, portare alla

---

<sup>120</sup> SOLUM, *Procedural Justice*, 55

<sup>121</sup> SOLUM, *Procedural Justice*, 59 to make perfect accuracy our highest commitment, we would find that as we got closer and closer to our goal, the cost of reducing the marginal rate of error would become higher and higher. We will reach a point where society would be required to invest enormous resources for the most infinitesimal gain in accuracy

<sup>122</sup> SOLUM, *Procedural Justice*, 59 parla di Systemic Accuracy versus Case Accuracy

<sup>123</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 53, in nota 1; SOLUM, *Procedural justice*, 60 fornisce un chiaro esempio del potenziale conflitto che può esistere tra systemic accuracy e case accuracy in riferimento agli effetti che le regole sulla prescrizione possono avere sulla accuratezza delle decisioni nel processo civile statunitense. In riferimento a tali regole egli afferma che esse hanno la funzione di "protect defendants and the courts from having to deal with cases in which the search for truth may be seriously impaired by the loss of evidence, whether by death or disappearance of witnesses, fading memories, disappearance of documents, or otherwise."; considerazioni analoghe sono svolte da DWORKIN, *Principle, policy, procedure*, in *A matter of principle*, 72, ivi 77 e ss. In relazione alla regola della presunzione di innocenza ed alle sue implicazioni sulla "case accuracy".

conclusione che una concezione strumentale della giustizia procedurale sia, in assoluto, poco desiderabile o concepibile nella realtà.

La contrapposizione tra concezioni strumentali e non strumentali della procedura può portare a risultati fuorvianti. Le procedure, come fenomeni sociali, non possono infatti prescindere dalla loro capacità di giungere a risultati giusti, questo non significa, però, che per valutare la giustizia procedurale, altri valori non debbano essere considerati.<sup>124</sup> Una procedura giusta quindi, deve cercare di ottimizzare entrambi gli ordini di valori.<sup>125</sup>

Va anche osservato che modelli di giustizia procedurale perfetta sono difficili da immaginare nella realtà<sup>126</sup>, modelli di giustizia procedurale imperfetta invece si rivelano più adeguati ai diversi esempi di procedure del mondo reale, fra cui, forse il più importante è il processo giurisdizionale.

Ciò a cui dobbiamo riferirci nel costruire una teoria strumentale accettabile è, quindi, la concezione di giustizia procedurale imperfetta di Rawls, dove, pur esistendo un criterio di giustizia sostanziale, non sempre la procedura può garantire la giustizia del risultato poiché, per varie ragioni, deve rispettare altri valori oppure fare i conti con risorse economiche o temporali scarse (o con ostacoli di altro genere).

Il modello strumentale, allora, se inteso in maniera elastica, non fa altro che considerare che ciò che è valutabile (e quindi indice di giustizia) di una procedura, sono le conseguenze che essa concretamente produce, fra cui la

---

<sup>124</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 63 “accuracy is a plausible candidate as a component of an ideal of procedural justice, but it is not a plausible candidate for a complete account of procedural justice. If taken alone, the accuracy model fail”

<sup>125</sup> REDISH-L.C.MARSHALL, REDISH - MARSHALL, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, in *Yale Law Journal*, 1986, 455, ivi 475; ALLISON, *Ideology, Prejudgment, and Process Values*, in *New England Law Review*, 1994, 657, ivi 659 “Process values, that is, the goals and positive contributions of good procedure, are of both the instrumental and the noninstrumental variety. Instrumental values are those associated with the quality of the decision that emerges from the process. Noninstrumental values are those inherent in the procedure itself. A well-designed procedure is one that optimizes both general kinds of process value.”

<sup>126</sup> BAYLES, *Procedural justice, allocating to individuals*, 7

giustizia del suo risultato<sup>127</sup>, ed altri obiettivi indipendenti da esso, e non, come sostenuto dalle teorie espressive od euristiche, le impressioni che essa genera nei suoi partecipanti.

Rimane il fatto che nella prospettiva strumentale il valore primario per individuare la giustizia procedurale è la capacità della procedura di arrivare a decisioni giuste, mentre la presenza di altri valori, che potrebbero portare a limitare quello, deve essere giustificata da ragioni davvero chiare ed irrinunciabili<sup>128</sup>.

È stato, infatti, osservato che più i criteri per valutare la giustizia di una procedura si allontanano dalla sua capacità di arrivare a decisioni giuste, più ci si avvicina al modello di giustizia procedurale pura disegnato da Rawls<sup>129</sup>, che, come abbiamo prima messo in evidenza, si rivela adatto solo a quelle situazioni in cui non si dispone di criteri di giustizia sostanziale dei risultati.

La breve descrizione che si è voluta dare del modello strumentale di giustizia procedurale non ha la pretesa di esaurire le complesse questioni che esso solleva. Ci riserviamo di approfondire tale analisi successivamente, attraverso lo studio del concetto di giustizia procedurale applicato alle procedure giurisdizionali.

Prima di tirare delle conclusioni da questa panoramica delle diverse concezioni della giustizia procedurale, ci sembra opportuno dar conto di alcune riflessioni che partendo da “sfere di giustizia” locale hanno provato a individuare dei criteri minimi ed astratti che possano essere utilizzabili ad una grande varietà di contesti decisionali.

---

<sup>127</sup> WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, 39

<sup>128</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, 12 spiegando il rapporto che, nella concezione strumentale della giustizia procedurale, esiste tra l'obiettivo primario della accuratezza dei risultati, e gli altri obiettivi che possono concorrere con quello, afferma “what Bentham said about the criminal trial can be generalized to apply to other areas: although other values are important, and may even restrict the pursuit of primary goals, their place must be earned by clear and compelling reasons”. Tale autore riporta come nel pensiero di Bentham il solo valore concorrente con l'accuratezza delle decisioni che egli riteneva sorretto da un'adeguata ragione era il segreto del confessionale.

<sup>129</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, 35

## 7. Criteri minimi per una giustizia procedurale “locale”

Diverse teorie hanno cercato di dare una risposta alla questione del significato del concetto di giustizia procedurale in contesti anche molto vari tra loro. Spesso però tale concetto è stato analizzato per le sue implicazioni filosofiche e politiche sulla determinazione dei principi di giustizia sostanziale che dovrebbero caratterizzare la società nel suo insieme. Alcuni autori, ritenendo tali riflessioni altrettanto importanti di quelle relative a contesti “locali” di giustizia<sup>130</sup>, dove procedure di decisione avvengono a livelli minori<sup>131</sup>, ed in settori separati della società, hanno cercato di individuare dei criteri di giustizia procedurale applicabili in maniera generale<sup>132</sup> a questa varietà di contesti, per distinguere procedure più o meno accettabili.

Poiché i problemi di giustizia nei diversi settori della società si presentano complessi ed eterogenei, la scelta dei criteri di giustizia procedurale applicabile si presenta difficile e contestabile<sup>133</sup>, di conseguenza è ammissibile soltanto la ricerca di criteri indicativi ed astratti la cui traduzione in precetti concreti sia lasciata alle pratiche locali. L'unico tentativo plausibile pare quindi essere la formulazione di alcuni criteri generali che ogni procedura di giustizia, per dirsi accettabile, deve rispettare.

Essi hanno l'obiettivo di schematizzare, ad un più alto grado di astrazione, i principi e gli standard valutativi comunemente citati dalla letteratura sulla

---

<sup>130</sup> SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, 164 afferma “the importance of the particular allocative decisions for those affected varies on a wide continuum, but in the aggregate their impact on citizens' life chances is probably no less significant than that of politics at the state level.” ; su tali questioni cfr. BAYLES, *Procedural justice, allocating to individuals*, Dordrecht, 1990, passim.

<sup>131</sup> SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, 165 si riferisce a contesti quali ad esempio le procedure di assegnazione degli organi per i trapianti, le ammissioni degli studenti nelle scuole, selezioni dei soldati da inviare in guerra

<sup>132</sup> SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, 169 riconosce comunque che le procedure locali di giustizia comprendono una grande varietà di elementi da tenere in considerazione

<sup>133</sup> SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, 174

giustizia procedurale<sup>134</sup>, affinché essi possano essere applicati alla più ampia varietà di contesti decisionali. Vediamo quali sono i criteri minimi di giustizia procedurale applicabili a contesti locali.

*La comprensività:* le regole della procedura devono essere tali da assicurare, o permettere, che tutte le questioni (normative e fattuali), relative ad un caso, possano essere considerate nella procedura e avere peso nella decisione. Le questioni irrilevanti non devono, invece, essere tenute in considerazione.

*La sensibilità alle informazioni:* simile, ma non identico al criterio precedente, richiede che la procedura sia disegnata in maniera tale da ottenere il maggior numero di informazioni pertinenti al caso.

*La partecipazione:* la procedura deve essere disegnata in modo tale da dare l'opportunità a coloro che sono direttamente o indirettamente coinvolti dalla decisione di essere sentiti, per permettere di porre il loro punto di vista, con una reale opportunità di influenzare il risultato.

*La trasparenza:* le regole della procedura devono essere sufficientemente precise, prevedibili, e conoscibili per evitare che esse siano adeguate al caso concreto per interessi opportunistici.

*La responsabilità:* gli organi decidenti devono essere considerati responsabili delle loro decisioni. In particolare essi devono essere indotti o obbligati a motivarle.

*La reversibilità:* devono essere previste regole di procedura che permettono la revisione o la correzione delle decisioni. In particolare devono essere previsti degli organi indipendenti che su richiesta, o a campione, esaminano le decisioni<sup>135</sup>

---

<sup>134</sup> SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, 174 individua tali principi nell'imparzialità, neutralità, coerenza, correttezza; nello stesso senso BAYLES, *Procedural justice, allocating to individuals*.

<sup>135</sup> SCHMIDT *Procedural aspects of procedural justice*, 175

## 8. Conclusioni

Attraverso l'analisi delle diverse teorie della giustizia procedurale, in questa parte del lavoro, ci siamo posti l'obiettivo di portare in luce i diversi aspetti e le diverse implicazioni che tale concetto porta con sé.

Da questo panorama, ci pare si possano ricavare tre modelli generali in base ai quali valutare la giustizia della procedura. In Ognuno di questi la procedura svolge una diversa funzione legittimante<sup>136</sup> del risultato cui giunge. In un primo caso, non esistendo un criterio di giustizia indipendente, la funzione legittimante della procedura consisterà nella sua semplice applicazione.

In un secondo caso, esistendo dei criteri esterni di giustizia del risultato, la funzione legittimante della procedura risiederà nella sua capacità di arrivare, o approssimarsi il più possibile, ad un risultato giusto; la considerazione di altri valori, in contrasto con tale obiettivo primario, deve essere giustificata in base a valide ragioni, ma non ne elimina la funzione strumentale.

In un terzo caso, pur esistendo dei criteri esterni di giustizia sostanziale, la funzione legittimante delle procedure risiede nell'espressione di valori indifferenti all'effettivo raggiungimento di un risultato giusto, e maggiormente incentrati, invece, sulla questione della accettazione individuale di tale risultato.

In realtà, pur partendo da concezioni molto diverse, il primo ed il terzo modello, hanno entrambi come conseguenza di considerare prioritaria la procedura rispetto al risultato.

Si tratta, nel seguente capitolo, di verificare quale, fra le diverse prospettive esaminate, sia la più adeguata, per analizzare il concetto di giustizia procedurale nel contesto delle procedure giurisdizionali.

---

<sup>136</sup> sul concetto di legittimità, in generale, vedi MAIESE, *Principles of Justice and Fairness, Beyond Intractability*. Eds. Guy Burgess and Heidi Burgess. Conflict Research Consortium, University of Colorado, Boulder. July 2003  
[http://www.beyondintractability.org/essay/principles\\_of\\_justice/](http://www.beyondintractability.org/essay/principles_of_justice/)

## **Capitolo III**

### **Procedure giurisdizionali: funzione legittimante e giustificazione delle decisioni giudiziarie**

**Sommario:** 1. Legittimazione e giustificazione; 2. Giustificazione interna ed esterna della decisione giudiziale; 3. Problemi di giustificazione: la decisione come atto e la decisione come norma (distinzione tra atto e contenuto); 4. Cognitivismo e decisionismo processuale; 5. La questione della verità nel processo: concezione semantica della verità come approssimazione;

## 1. Legittimazione e giustificazione

Per analizzare il concetto di giustizia procedurale nel contesto delle procedure giurisdizionali, sarà necessaria un'indagine preliminare intorno alla funzione legittimante svolta da tali procedure<sup>1</sup> nella giustificazione<sup>2</sup> delle decisioni giudiziarie<sup>3</sup>.

Poiché le decisioni giudiziarie, come parte del sistema del diritto, non possono prescindere dal requisito della razionalità<sup>4</sup>, ne deriva che la questione della giustificazione della decisione è strettamente collegata con quella della razionalità<sup>5</sup> del processo, che deve *preparare* la decisione finale<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Ha indagato tale tema LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto* (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia), in *Politica del diritto*, 1998, 265, ivi 376, dove afferma “il rapporto fra processo giudiziario e legittimazione...si radica nell’idea tradizionale dell’oggettività e impersonalità del comando legislativo, che esige una mediazione per essere portato ad effetto nei confronti dei singoli”

<sup>2</sup> SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Etica e diritto*, a cura di L.Gianformaggio e E. Le caldano, Roma, 1986, 3, ivi 17 afferma “Le procedure di decisione delle corti sono procedure di giustificazione”.

<sup>3</sup> WROBLEWSKY, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in *etica e diritto*, 204, 205, afferma che nel discorso giuridico la giustificazione deve essere intesa come il fornire argomenti o ragioni a sostegno di una decisione

<sup>4</sup> WROBLEWSKY, *Justification of legal decisions*, in *Meaning and truth in judicial decisions*, Helsinki, 1983, 49, afferma “the call for justification means that the decisions are neither evident nor arbitrary” facendo quindi riferimento alla concezione di PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, 237 secondo cui “doit être justifié par un esprit épris de rationalité, ce qui n’est ni evident ni arbitraire”; TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *Analisi e diritto, L’attività del giudice*, a cura di M.Bessone, 1997, 139, afferma, riportando il pensiero di Habermas, che il procedimento e la decisione giudiziaria formano il punto di fuga prospettico da cui analizzare il sistema di diritto. Egli inoltre afferma come “nessun sistema giuridico può definirsi come razionale se non è capace di produrre decisioni giudiziarie in qualche modo definibili come razionali”

Osserviamo che nel mondo del diritto, una decisione può essere ritenuta utile e accettabile, e quindi giustificata, anche a prescindere dalla verità delle sue premesse e perfino dalla loro suscettibilità di essere qualificate come vere o false. Conseguentemente i criteri di razionalità, nel senso di coerenza, e di accettabilità, nel senso di giustificazione, possono valere, in ambito giuridico, come criteri di decisione, non solo se sono basati sulla verità, ma anche, se si fondano su altri valori. L'attività legislativa per esempio (lasciando per un attimo da parte la questione del rispetto dei principi costituzionali) trova i suoi parametri di giustificazione razionale e di legittimazione nel mero criterio del consenso maggioritario, restando in essa secondario, il requisito della verità dei presupposti delle decisioni.<sup>7</sup>

Questo modello di giustificazione è però inaccettabile per le decisioni giurisdizionali<sup>8</sup>. Perché queste siano giustificate non è, infatti, sufficiente che abbiano successo, o che riscuotano il consenso della comunità<sup>9</sup>, o che garantiscano il successo di una certa politica.<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Etica e diritto*, a cura di L. Gianformaggio e E. Lecaldano, Roma, 1986, 3 afferma che con "giustificazione" si intende, sia pure in varie specifiche accezioni, "un discorso atto a far risultare mediante ragioni che qualcosa è giusto", intendendosi per "giusto" in senso lato, come ciò che, in via generale o in una data situazione, è da accettare, da preferire o da perseguire sulla base di ragioni.

<sup>6</sup> l'espressione è di TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 165

<sup>7</sup> FERRAJOLI, *diritto e ragione*, 42; GUASTINI, *Il giudice e la legge*, *Analisi e diritto*, 1995, Torino, 11 spiega come la legislazione sia un'attività libera nel fine, ovvero non è rivolta a scopi predeterminati (naturalmente nel nostro ordinamento ciò avviene nei limiti disegnati dalla costituzione).

<sup>8</sup> PASTORE B, *Giudizio prova ragion pratica*, milano 1996, 27

<sup>9</sup> LUCIANI, *giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto* (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia), in *Politica del diritto*, 1998, 265, ivi 375 porta come esempio di illegittimità di una decisione "giudiziaria" pronunciata in base al consenso del popolo il processo a Gesù; su tale argomento è doveroso il richiamo a ZAGREBELSKY, *Il crucifige! e la democrazia*, Torino, 1995.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, 43 afferma "non si può sacrificare la libertà di un uomo di cui non sia stata verificata la responsabilità penale, né all'interesse, né alla volontà di tutti....la sola giustificazione accettabile delle decisioni è quella rappresentata dalla verità dei loro presupposti giuridici e fattuali, intesa verità proprio nel senso di corrispondenza. Solo se riferiti alla verità come

## 2. Giustificazione interna ed esterna della decisione giudiziale

Nella cultura giuridica contemporanea, come abbiamo detto, la decisione giudiziale deve essere razionale, vale a dire giustificata<sup>11</sup> ed il fondamento di tale giustificazione è tradizionalmente individuato nel meccanismo logico del sillogismo giuridico o giudiziale<sup>12</sup>.

Premesso che non si intendono qui approfondire le questioni che hanno messo in dubbio la validità di questo modello logico deduttivo per la sua ingenuità e semplicità<sup>13</sup>, ci pare sia possibile assegnare a tale schema logico una funzione euristica, senza tener conto di tutte le complessità che caratterizzano nella realtà il ragionamento giudiziale, utilizzando tale modello come punto di partenza del nostro discorso. È sufficiente, a tal fine, essere consapevoli del fatto che il sillogismo giudiziale non costituisce una spiegazione esauriente del meccanismo di decisione del giudice<sup>14</sup>.

---

corrispondenza, i criteri della coerenza e della accettabilità giustificata possono impedire la prevaricazione (punitiva) sul singolo di interessi o volontà più o meno generali.

<sup>11</sup> BULYGIN, Sentenza giudiziaria e creazione del diritto, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, 309, ivi 310

<sup>12</sup> TARUFFO, voce "Giudizio" (Teoria generale), in *Enciclopedia giur.* Treccani, Roma, AAAA, 2 opera una descrizione storica delle origini e delle vicende di tale teoria e individua fra le ragioni che hanno portato a questa operazione concettuale "l'esigenza di razionalizzare l'attività decisoria secondo schemi logici che apparissero idonei a garantire l'oggettiva validità della decisione". Egli però ne mette in dubbio la validità osservando come essa si sia tradotta nella cristallizzazione di un modello formale quasi completamente privo di efficacia descrittiva della realtà del giudizio"; ID, *La prova dei fatti giuridici*, 46; MAZZARESE, *forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, in *analisi e diritto*, Torino, 1996, 27, "il sillogismo giudiziale individua lo schema inferenziale che consente di render conto della natura logico deduttiva dell'applicazione giudiziale del diritto"; vedi anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 12

<sup>13</sup> La validità di tale modello è stata posta in dubbio da una vastissima letteratura. Fra gli altri WROBLEWSKY, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, Torino, 1987, 277; MAZZARESE, *forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, in *analisi e diritto*, Torino, 1996; COMANDUCCI, *osservazioni in margine a "il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale"*, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, 306

<sup>14</sup> TARUFFO, *il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *Analisi e diritto*, *L'attività del giudice*, a cura di M.Bessone, 1997, 139, ivi 143

Tale meccanismo, in particolare, prevede che la norma espressa dal dispositivo della decisione sia il risultato di un'inferenza logica di cui la premessa maggiore è fornita dall'enunciazione del dato normativo, e la premessa minore dall'enunciato del dato fattuale. Ne deriva che la conclusione a cui giunge il giudice sarà giustificata solo se deriva dalle premesse, fattuali e normative, poste a base del ragionamento<sup>15</sup>

Questo tipo di giustificazione in forma sillogistica è stata anche definita “giustificazione interna”<sup>16</sup> della decisione, in quanto, ponendosi da un punto di vista logico-formale, non sottopone a prova la fondatezza delle premesse di tale meccanismo<sup>17</sup>. La giustificazione esterna invece va proprio ad indagare la fondatezza razionale delle premesse del sillogismo<sup>18</sup>. Ne deriva che una decisione è giustificata esternamente solo se le premesse su cui si fonda sono giuste (razionali)<sup>19</sup>.

La razionalità delle decisioni dipende, quindi, dal loro essere giustificate, ma la giustificazione interna può dimostrarne la coerenza e razionalità solo se le

---

<sup>15</sup> FERRER BELTRAN, diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali, in *Ragion pratica*, 2003, 144, ivi 162

<sup>16</sup> WROBLEWSKY, *Justification of legal decisions*, in *Meaning and truth...*, 49; ID., *The Legal Decision and its Justification*, in «*Logique et Analyse*», 1971, p. 412; COMANDUCCI, il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, metodi, modelli*, a cura di M.Bessone, Torino, 1999, 47; GIANFORMAGGIO, il gioco della giustificazione: osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica, in *materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, 475, ivi 487

<sup>17</sup> COMANDUCCI, “osservazioni in margine a “il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale”, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, 307, l'individuazione delle premesse, fra cui l'individuazione della fattispecie concreta, è infatti un'attività del giudice sottoposta a direttive che guidano le sue scelte, direttive espresse da norme giuridiche e altri canoni attinenti ad influenze culturali ed ideologiche.

<sup>18</sup> WROBLEWSKY, *Justification of légal decisions*, in *Meaning and truth*, 49, ivi 50 afferma “if we ask whether the premisses are rightly assumed we are speaking about external rationality of the decision”; Id., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, Torino, 1987, 277, ivi 296 e ss. (titolo originale *Legal syllogism and rationality of judicial decision*, in *Rechtstheorie*, 1974, 33 trad. It. Di P.Coamnducci)

<sup>19</sup> WROBLEWSKY, *Justification of légal decisions*, in *meaning and Truth*, 49, ivi 65

premesse della decisione sono anch'esse razionali e giustificate<sup>20</sup>. La vera questione della giustificabilità e razionalità della decisione riguarda, quindi, non la correttezza del ragionamento, ma il valore delle premesse che la fondano<sup>21</sup>.

Quindi si può dire che una decisione è giustificata<sup>22</sup> solo se le premesse fattuali su cui è fondata sono razionalmente giustificabili, e quindi vere<sup>23</sup>.

Verificare la razionalità delle premesse fattuali può quindi significare, fra le altre cose, verificare la razionalità delle norme giuridiche che regolano nel processo l'attività di accertamento della fattispecie concreta.<sup>24</sup>

Da questo punto di vista è stato osservato che, anche se in via di principio non esiste differenza fra la giustificazione di un enunciato dal punto di vista giuridico e da un punto di vista generale, in realtà ci sono alcune differenze

---

<sup>20</sup> in questa prospettiva si muove anche FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 193, ivi 210

<sup>21</sup> WROBLEWSKY, *Justification of legal decisions*, in meaning and Truth, 49, ivi 70; ID., *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di P.Comanducci e R.Guastini, Torino 1987, 277, ivi 297 sottolinea l'enorme importanza della giustificazione esterna della decisione osservando però come essa non attenga alla logica formale.

<sup>22</sup> Ci pare che PASTORE, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion pratica* 2003, 149, ivi 160 parli di giustificazione epistemica o razionale, in contrapposizione alla giustificazione normativa della decisione giudiziale caratterizzata dal rispetto delle regole legislative relative all'accertamento del fatto

<sup>23</sup> TARUFFO, *il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *Analisi e diritto, L'attività del giudice*, a cura di M.Bessone, 1997, 139, ivi 142 osserva come abbia senso parlare di giustificazione esterna della decisione quando le premesse della decisione del giudice abbiano bisogno di fondarsi su buone ragioni.; su questo problema VIOLA, *The judicial truth: the conception of truth in judicial decision*, in Gianformaggio Paulson *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, 203, ivi 208; a tal proposito vedi anche PASTORE B, *Giudizio prova ragion pratica*, milano 1996, da qualche parte tra pagina 26 e 33; per la concezione di Kelsen contrapposta a tale visione della razionalità della decisione come fondata sulle premesse fattuali corrispondenti alla realtà esterna vedi sempre PASTORE, 86 e 87

<sup>24</sup> COMANDUCCI, *il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, metodi, modelli*, a cura di M.Bessone, Torino, 1999, 47, ivi 55, osserva, riferendosi alle premesse della giustificazione interna della decisione, fra cui individua l'accertamento dei fatti del caso, "nel compimento di tutte queste attività il giudice impiega delle direttive che guidano le sue scelte, direttive che in parte possono essere espresse da norme giuridiche"

relative al modo in cui si usa il concetto di verità nelle decisioni giudiziarie<sup>25</sup> e la verità in senso empirico<sup>26</sup>

Le regole del processo possono influenzare in diversi modi la determinazione delle premesse fattuali su cui il giudice dovrà basare la sua decisione. Vi sono regole che, per esempio, determinano quali sono le prove ammissibili e quali no, quale deve essere, in relazione alle prove ammesse, il criterio di valutazione adottato dal giudice<sup>27</sup>, chi può introdurre le prove nel processo. Per questo motivo esiste, tradizionalmente, una distinzione tra verità processuale e verità materiale. Se non esistessero regole di questo tipo, e se ci trovassimo in un modello ideale, il concetto di verità processuale avrebbe come unica funzione di esprimere che si tratta di una verità pronunciata nel processo, ma essa non sarebbe differente dalla verità scientifica, o empirica, se non per ragioni accidentali. In ogni caso non esiste nella realtà, per ragioni varie, un siffatto modello ideale, come si avrà modo di spiegare affrontando il confronto tra concezione cognitivista e decisionista del giudizio.

Giustificare, allora, significa mostrare che la decisione è “il risultato dell’applicazione di una norma generale ad un fatto (che può venire sussunto nella fattispecie della stessa norma generale). Ed è possibile applicare una norma generale ad un fatto solo se questo si è realmente verificato e, pertanto, se la premessa fattuale che lo descrive è vera.”<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> WROBLEWSKY, *Justification of legal decisions*, in *meaning and Truth*, 49, ivi 68

<sup>26</sup> su questo problema WROBLEWSKY, *the problem of the so called judicial truth*, in *meaning and Truth*, 180; VIOLA, *The judicial truth: the conception of truth in judicial decision*, in Gianformaggio Paulson *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, 203; MAZZARESE, *Cognition and legal decisions remarks on Bulygin’s view*, in Gianformaggio Paulson *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, 155, ivi 166

<sup>27</sup> WROBLEWSKY, *the problem of the so called judicial truth*, in *meaning and Truth*, 180, ivi 190 che opera altresì una classificazione teorica delle regole di prova legali distinguendole in “contra-empirical rules of evidence”, “para-empirical rules of evidence”, ideological rules of evidence, “fixatory legal rules of evidence”

<sup>28</sup> TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 46; SCARPELLI, *La definizione nel diritto, Etica senza verità*, Bologna, 1982, 209; FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi 162; TARUFFO, *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in *Le ragioni del garantismo* a cura di Gianformaggio, 340, ivi op.cit., 371;

Nella prassi giuridica però può capitare che una decisione sia considerata giustificata, anche se in realtà l'enunciato fattuale su cui essa si fonda non corrisponde alla realtà.<sup>29</sup>

Come è possibile dire che una decisione è giustificata solo se si basa su premesse fattuali corrispondenti alla realtà e nello stesso tempo ammettere che una decisione possa essere giustificata anche se così non è? Sembra infatti difficile affermare che l'applicazione della legge al caso concreto possa avvenire sulla base di fatti non corrispondenti a verità.

A questo proposito sembra utile riportare le osservazioni di quella parte della dottrina che ha messo in luce due significati distinti di decisione giudiziaria chiarendo che con tale espressione si suole far riferimento sia all'atto del decidere che al contenuto della decisione<sup>30</sup>.

### **3. Problemi di giustificazione: la decisione come atto e la decisione come norma (distinzione tra atto e contenuto).**

Il primo significato di decisione giudiziale, fa riferimento all'atto con cui il giudice emana la decisione, esso allude al potere-dovere del giudice di pronunciare una norma giuridica individuale. La giustificazione della decisione in tal caso farà riferimento alle norme processuali che obbligano o permettono la realizzazione di tale atto.<sup>31</sup>

---

FERRER BELTRÁN, *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión*, in Ferrer Beltrán, Gascón Abellán, González Lagear, Taruffo, *Estudios sobre la prueba*, Città del messico, 2006, 1

<sup>29</sup> SANCHEZ BRIGIDO – SELEME, *Justificación sin verdad*, in *Analisi e diritto* 2001, 285; FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi 161

<sup>30</sup> SANCHEZ BRIGIDO – OMAR SELEME, *justificación sin verdad*, in *analisi e diritto*, 2001 a cura di Comanducci e Guastini, 285 che riporta il pensiero di CARACCIOLO, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, centro de estudios constitucionales, madrid, 1988, 74

<sup>31</sup> FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi 162 “la decisione giudiziale, nel senso dell'atto di adottare una determinata risoluzione, sarà giustificata se la sua adozione è consentita o resa obbligatoria dalle norme che regolano questa operazione

In questo senso si può dire che la procedura giudiziaria legittima e giustifica formalmente l'atto del decidere, prevedendo come esito finale l'emanazione da parte del giudice dell'atto sentenza. La decisione come atto trova quindi la sua giustificazione nel rispetto delle norme processuali più che in quelle sostanziali<sup>32</sup>

Se la decisione come atto è giustificata per essere stata emanata nel rispetto della procedura, allora potremo dire che è la procedura stessa che fornisce alla decisione la qualità dell'essere giustificata, e quindi giusta in riferimento ai criteri di giustizia forniti dalle norme processuali<sup>33</sup>.

Se il nostro discorso si fermasse qui potremmo osservare che il modello di giustizia procedurale pura, secondo cui un risultato è giusto (o giustificato) per il solo fatto che la procedura è stata correttamente applicata e rispettata, sia adeguato a definire la giustizia del processo giurisdizionale. Non potremmo infatti disporre di nessun criterio esterno al processo per decidere sulla giustizia del risultato ottenuto<sup>34</sup>.

Il secondo significato di decisione giudiziale attiene, invece, al contenuto dell'atto, facendo quindi riferimento alla norma individuale emanata dal giudice.

Se intesa in questo secondo senso, la decisione potrà dirsi giustificata solo se la norma generale sarà stata applicata a dei fatti che si sono realmente verificati<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi, 163

<sup>33</sup> analogamente si esprime SOLUM, *Procedural Justice*, in *Southern California Law Review*, 2004, 181, ivi 213

<sup>34</sup> FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, 68

<sup>35</sup> FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi, 162 afferma a tal proposito che la decisione come norma individuale sarà giustificata solo se deriva dalle premesse, fattuali e normative, poste a base del ragionamento, a condizione però che il ragionamento sia solido, cioè che le premesse utilizzate siano veritiere. Il che, nell'insieme, sembra corrispondere al concetto di giustificazione esterna della decisione di cui parla WROBLEWSKY, *Justification of légal decisions*, in *Meaning and truth*, 49, ivi 50; a questo tipo di distinzione fa riferimento anche FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 193, ivi 217 il quale afferma che solo se l'assunto storico è vero si può affermare che il diritto è stato applicato.

Non è infatti possibile applicare una norma generale ad una fattispecie concreta se in realtà questa non si è verificata<sup>36</sup>.

La giustificazione della decisione, avendo riguardo al suo contenuto di norma individuale, utilizza quindi come criterio di riferimento le norme di diritto sostanziale, e non le norme processuali su cui poggia, invece, la giustificazione della decisione intesa come atto<sup>37</sup>. Questi diversi livelli di giustificazione della decisione producono effetti non indifferenti in relazione alla funzione del diritto di guidare la condotta dei suoi destinatari<sup>38</sup>.

Tornando alla distinzione vista in precedenza tra giustificazione interna ed esterna della decisione, possiamo osservare come solo la seconda, richiedendo la razionalità delle premesse del ragionamento e non accontentandosi di una mera

---

Egli inoltre riconosce a tale condizione, della corrispondenza delle premesse fattuali della decisione alla verità storica, la funzione di far riconoscere la sentenza all'imputato come atto di accertamento e non di violenza.

<sup>36</sup> FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi 162; TARUFFO, op.cit., 371 "tutte le volte che una norma fa dipendere un effetto giuridico da una premessa di fatto, essa non viene correttamente applicata se il fatto non si è verificato, ossia se non si dispone di un accertamento veritiero delle circostanze empiriche che integrano 'il fatto' previsto dalla norma"

<sup>37</sup> Su tale argomento si è espresso limpidamente FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, giugno, 149, ivi 163, "se prendiamo in considerazione la giustificazione della decisione come norma individuale, le norme generali implicate saranno, fondamentalmente, quelle sostanziali. Vale a dire, quelle norme che stabiliscono la conseguenza giuridica per l'ipotesi di fatto, che si tratta di giudicare, e che entrano a far parte del ragionamento come premesse. Di converso, la giustificazione della decisione giudiziale come atto dipende dall'applicazione delle norme che ne regolano l'adozione, cioè, principalmente, dall'applicazione di norme processuali. Questa ricostruzione consente di rispondere ad una domanda ricorrente: il diritto prescrive la condanna di coloro che abbiano commesso un delitto o solo di coloro il cui delitto sia stato provato? Credo che la risposta debba essere doppia: le norme sostanziali vincolano la conseguenza giuridica-sanzione alla commissione di un delitto e solo in questi casi sarà giustificata la norma individuale che la applichi. Le norme processuali sulla prova indicano che solo nei casi in cui sia provata la commissione del delitto sarà giustificata la decisione-atto il cui contenuto consista nell'imposizione della sanzione;

<sup>38</sup> FERRER, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, 149; NESSON, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, in *Harvard Law Review*, 1985, 1357 sottolinea come la differenza tra questi aspetti della giustificazione della decisione abbia degli effetti di non poco conto sulla funzione delle decisioni di modificare i comportamenti futuri dei consociati "the verdict can articulate a legal rule: 'you did the thing enjoined by the law; therefore you will pay the penalty'. This message encourage each of us to conform our conduct to the behavioral norms embodied in the substantive law. Alternatively, the verdict can emphasize a proof rule: 'we will convict and punish you only if your violation is proved by due process of law'. This message invites people to act not according to what they know as lawful, but according to what they think can be proved against them"; così anche FERRUA, *Il giudizio penale*, 204

coerenza logico- formale interna al processo, riguardi il contenuto della decisione come norma individuale.

Per rispondere all'interrogativo che ci siamo posti riguardo alla giustizia della procedura giurisdizionale, dobbiamo allora chiederci se la funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento consista nell'emanare decisioni, razionali e giustificabili solo in riferimento alle regole processuali, oppure se essa richieda che anche i contenuti<sup>39</sup> di tali decisioni siano giustificati, ed ancorati a dei criteri di razionalità esterni al processo, individuabili nel diritto sostanziale.

Ammettendo che la finalità della giurisdizione, e di conseguenza del processo, sia di attuare o tutelare il diritto sostanziale, ci sembra di dover ritenere corretta quest'ultima prospettiva.

Di conseguenza sarà giusto quel processo strutturato in maniera strumentale al raggiungimento di una giusta decisione, il cui criterio esterno di giustizia sia riferibile al diritto sostanziale, e dove la verifica empirica della fattispecie costituisca una condizione necessaria per la giustificazione razionale della decisione stessa<sup>40</sup>.

Quest'ultima affermazione, per essere compresa, e difesa, in tutta la sua portata, deve però essere posta a confronto con la realtà del fenomeno giurisdizionale. La necessità di scendere a patti con la realtà costituisce infatti l'origine della contrapposizione, consapevole o inconsapevole, dichiarata o inespressa, che esiste tra concezione decisionista e cognitivista della giurisdizione, in relazione al problema della ricerca della verità dei fatti nel processo e della giustificazione razionale della decisione.

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 16 rileva come il tratto distintivo della giurisdizione, a differenza di ogni altra attività pubblica, consista nel fatto che delle sue pronunce la legge "aspira a predeterminare non solo le forme, ma anche i contenuti"

<sup>40</sup> TARUFFO, *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in *Le ragioni del garantismo* a cura di Gianformaggio, 340, ivi 369; FERRAJOLI, *l'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia* 1999, 483, ivi 486; nello stesso senso PASTORE, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion pratica* 2003, 149, ivi 161; sull'argomento anche SANCHEZ BRIGIDO – SELEME, *Justificacion sin verdad*, in *Analisi e diritto* 2001, 285; FERRUA, *il giusto processo*, Bologna, 2005, 69

#### 4. Cognitivismo e decisionismo processuale

In questa contrapposizione si traduce l'antitesi che caratterizza i due concetti generali di legislazione e giurisdizione, di sapere e di potere, espresse da due massime tanto sintetiche quanto efficaci: *Auctoritas non veritas facit legem*<sup>41</sup>, e *Veritas non auctoritas facit iudicium*<sup>42</sup> su cui Ferrajoli ha costruito la sua Teoria del garantismo<sup>43</sup>.

“la giurisdizione, secondo le parole di Francesco Bacone, è, o almeno aspira ad essere – *ius dicere* e non *ius dare*: è cioè un'attività normativa che si distingue da ogni altra – non solo dalla legis-lazione, ma anche dall'amministrazione e dall'attività negoziale – in quanto è motivata da asserzioni supposte vere e non solo da prescrizioni, non è quindi meramente potestativa e neppure discrezionale, ma è vincolata all'applicazione della legge ai fatti giudicati, tramite ricognizione della prima e cognizione dei secondi”<sup>44</sup>.

Partendo da questa concezione ideale di giurisdizione, Ferrajoli individua nel modello<sup>45</sup> epistemologico garantista, il metodo che assicura al giudizio il massimo grado di attendibilità e razionalità, assicurando la limitazione

---

<sup>41</sup> come ha ben spiegato SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in Rivista di filosofia, 1984, 29, ivi 34 questa massima corrisponde alla visione giuspositivista del diritto, che rifiuta l'idea che possa esservi un diritto “vero”, in quanto corrispondente alla natura delle cose. Tale autore osserva inoltre come tale concezione, pur storicamente feconda, non incontri i favori della filosofia giuridica contemporanea

<sup>42</sup> BOBBIO, *Prefazione* a Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 2000 (1989), X

<sup>43</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*; cfr. i numerosi contributi contenuti in *le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di Gianformaggio, Torino, 1993

<sup>44</sup> FERRAJOLI, *diritto e ragione*, 9; su questa concezione, propria dell'ideologia illuminista, della giurisdizione cfr. SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in Rivista di filosofia, 1984, 29, ivi 30

<sup>45</sup> FERRAJOLI, 6 esprime chiaramente la consapevolezza che il modello ideale da lui offerto, “presenta numerose aporie logiche e teoriche, che ne fanno un modello ideologico e che ne hanno provocato a più riprese la squalificazione politica e scientifica presso la cultura giuridica, con esiti immancabilmente antigarantistici”

dell'arbitrio nell'esercizio del potere giurisdizionale<sup>46</sup>, poiché, come egli afferma, una giustizia, nel senso di giurisdizione, senza verità, diventa una giustizia arbitraria<sup>47</sup>.

L'elemento essenziale di tale schema ideale è, quindi, insieme al convenzionalismo penale<sup>48</sup>, il cognitivismo processuale, corrispondente all'insieme delle garanzie processuali del sistema giurisdizionale, da cui emerge un modello teorico di processo giurisdizionale come processo di cognizione o di accertamento<sup>49</sup>.

Il problema sorge nel momento in cui questo modello teorico si scontra con la realtà, essendo evidente che lì, esso risulta impraticabile ed irrealizzabile. È lo stesso teorico del garantismo ad ammettere che lo schema di un perfetto sillogismo giudiziario che consente la verifica assoluta dei fatti costituisce un "illusione metafisica"<sup>50</sup>. Bisogna però distinguere il caso in cui l'impossibilità di attuare tale modello nella realtà sia dovuta a limiti intrinseci<sup>51</sup>, oppure a "spazi normativi di arbitrio, evitabili e riducibili" che si traducono in "lesioni di fatto sul terreno del diritto giudiziario"<sup>52</sup>. Sono infatti le debolezze intrinseche della

---

<sup>46</sup> FERRAJOLI, 6. Ci pare opportuno precisare che, seppur la teoria del garantismo di ferrajoli sia stata costruita prendendo come riferimento il sistema penale, siamo convinti che gli strumenti concettuali che essa fornisce siano in molti casi, con gli opportuni accorgimenti, più che appropriati in riferimento al processo civile.

<sup>47</sup> ferr, 10; vedi anche SCARPELLI, L'etica senza verità, bologna, 1982

<sup>48</sup> che ai fini del presente lavoro può essere sostituito con *convenzionalismo del diritto sostanziale*, nel senso di predeterminabilità del diritto nella forma di regole generali ed astratte, regolatrici di fatti (intesi come accadimenti e comportamenti), uguali per tutti i cittadini e non riferibili a elementi discriminatori soggettivi. Esso in buona sostanza costituisce il fondamento dello stato di diritto dove è la legge, e solo la legge, a fornire la descrizione delle fattispecie giuridiche rilevanti, in due parole si tratta del principio di legalità

<sup>49</sup> FERRAJOLI, 9

<sup>50</sup> FERRAJOLI, Diritto e ragione, 10, tale autore rileva come "le condizioni di uso del termine vero e i criteri di accettazione della verità nel processo, richiedono inevitabilmente decisioni dotate di margini più o meno estesi di discrezionalità".

<sup>51</sup> FERRAJOLI, 12 individua tali limiti intrinseci nei "margini insopprimibili di opinabilità nell'interpretazione della legge, nell'argomentazione delle prove e nella valutazione della specificità dei fatti"

versione classica del cognitivismo processuale, fondata sull'idea del giudice come bocca della legge<sup>53</sup>, che hanno portato gli scettici<sup>54</sup> a rinnegare anche i fondamenti assiologici di tale modello della giurisdizione, squalificando anche a livello teorico l'obiettivo di far coincidere la verità storica con la verità processuale.<sup>55</sup>

In questo modo, però, come mostreremo, si corre il rischio di buttar via il bambino con l'acqua sporca. L'impossibilità di raggiungere una assoluta corrispondenza tra la realtà dei fatti e quanto provato nel processo, non deve portare a rinnegare che la verità possa costituire un ideale regolativo<sup>56</sup>, ignorando il fatto che si può tendere ad un modello ideale, nel tentativo di costruire, attraverso tecniche legislative e giudiziarie, un modello di giustizia<sup>57</sup> del processo più o meno soddisfacente<sup>58</sup>.

In netta contrapposizione alla concezione cognitivista del processo si pone la teoria decisionista che afferma il carattere potestativo e non cognitivo del giudizio<sup>59</sup>, che diventa, così, senza verità<sup>60</sup>.

---

<sup>52</sup> FERRAJOLI, 12; in senso analogo SOLUM, *Procedural justice*, 213 “procedural rules may have the unintended consequence of affecting conduct to the extent that they may produce inaccurate results that can be systematically predicted”

<sup>53</sup> FERRAJOLI, *diritto e ragione*, roma 2000 (1989), XVII

<sup>54</sup> FERRAJOLI, *diritto e ragione*, roma 2000 (1989), XVIII, spiega come il modello, tracciato dal pensiero Illuminista, dell'epistemologia garantista, fondato sulla concezione cognitivista della giurisdizione, abbia un'intrinseca debolezza dovuta alla sua impraticabilità giuridica. Per questo motivo esso è stato messo in discussione e squalificato sul piano teorico a tal punto da rinnegarne il fondamento assiologico.

<sup>55</sup> in argomento vedi RESTA, *Le verità e il processo*, in *politica del diritto*, 2004, 369, ivi 373

<sup>56</sup> cfr. FERRUA, *il giudizio penale*, 210, 213 e 218 dove afferma “nondimeno, è proprio la nozione metateorica di giustizia (e di verità) che funge da ideale regolativo a vari livelli; per il legislatore, nell'individuazione del metodo di accertamento...; per il cittadino, nella critica di procedure e decisioni ritenute ingiuste.”

<sup>57</sup> FERRUA, *il giusto processo*, 70 osserva come tutti gli ordinamenti danno rilevanza ad un concetto di giustizia che trascende quello di legalità, portando come esempio l'istituto della revisione.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, 12 e 13 afferma come il modello del cognitivismo processuale debba fungere da parametro di razionalità. Inoltre, essendo esso in gran parte sancito dalla nostra costituzione, esso può essere utilizzato come criterio di valutazione del grado di validità e legittimità, o inversamente di invalidità o illeggittimità costituzionale degli istituti processuali e del loro concreto funzionamento

Riferendoci all'antitesi prima evidenziata tra potere e sapere, va osservato come, nella realtà, ogni attività giudiziaria sia connotata da una combinazione conoscenza (*veritas*) e di decisione (*auctoritas*), dove tanto è maggiore il secondo tanto minore è la prima<sup>61</sup>.

Anche immaginando l'assenza di ogni vincolo da parte del legislatore a quell'attività di accertamento dei fatti compiuta dal giudice nel processo, ad un certo punto comunque l'autorità, deve intervenire e fissare la verità una volta per tutte<sup>62</sup> con la forza del giudicato della sentenza definitiva.

Ma allora quando affermiamo che il processo per esser giusto deve pervenire ad una sentenza giusta, ovvero fondata sulla verità dei fatti, di quale verità stiamo parlando? Se infatti riteniamo illusoria una concezione assoluta della verità come perfetta corrispondenza, sostenuta dalle teorie illuministe del giudice bocca della legge, nello stesso non possiamo condividere le opinioni di coloro che, sostenendo che la mancanza di criteri assoluti ed oggettivi per verificare la corrispondenza tra verità storica e processuale rende il concetto stesso di verità processuale inservibile<sup>63</sup>, ritengono che l'accertamento dei fatti nel processo non sia possibile, o addirittura opportuno.

Il problema di definire con precisione a quale verità vogliamo fare riferimento diventa importante, se intendiamo adottare come punto di riferimento, seppur ideale, per una teoria della giustizia del processo inteso come meccanismo volto a produrre decisioni giuste, l'accertamento della verità dei fatti posti a fondamento delle decisioni.

---

<sup>59</sup> FERRAJOLI, 15

<sup>60</sup> SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in rivista di filosofia 1984, 29 ivi 31 osserva come nelle tradizioni giuridiche dove maggiormente si confondevano diritto e morale, quale la santa inquisizione, lo scopo dell'indagine andasse ben oltre la pura e semplice verità del fatto, mirando, attraverso la tortura, alla confessione della verità. Ma questa verità, egli afferma "è l'autorità stessa che indossa la maschera della verità"

<sup>61</sup> FERRAJOLI, *diritto e ragione*, 18

<sup>62</sup> SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in rivista di filosofia 1984, 29 ivi 34

<sup>63</sup> FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, 72; FERRAJOLI, *diritto e ragione*, 20

## 5. La questione della verità nel processo: concezione semantica della verità come approssimazione

Poiché molte sono le teorie che sostengono che sia impossibile parlare di verità nel processo, è necessario chiarire quali sono i presupposti per parlare di accertamento della verità dei fatti nel processo civile.

coloro i quali sostengono che non è possibile parlare di verità dei fatti nel processo muovono di solito da due tipi di considerazioni coinvolgenti questioni filosofiche ed epistemologiche generali, dove non rileva la distinzione tra verità nel processo e verità materiale<sup>64</sup>. La questione è quindi vedere se, in linea generale, fuori del processo, è possibile parlare di accertamento della verità, di conoscenza della realtà<sup>65</sup>.

alcuni, partendo da posizioni antirazionali, sostengono che non è possibile parlare di conoscenza razionale dei fatti, poichè la conoscenza della realtà è soltanto una costruzione mentale priva di legami con i fenomeni del mondo reale<sup>66</sup>. Non esisterebbe quindi una conoscenza oggettiva della realtà ma solo versioni soggettive della stessa.

Altri, muovendo da un ideale di verità assoluta, e constatata l'impossibilità di raggiungerla, si rifugiano all'estremo opposto, sostenendo l'impossibilità di qualunque tipo di conoscenza razionale<sup>67</sup>.

Naturalmente le teorie giuridiche che si fondano su tali premesse filosofiche, negano ogni possibilità di conoscenza razionale dei fatti nel processo<sup>68</sup> e ogni fondamento razionale della decisione giudiziaria<sup>69</sup>, che risulta

---

<sup>64</sup> TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, 3

<sup>65</sup> TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, 8

<sup>66</sup> taruffo, 11; cita ad esempio le teorie di Dummet e di Rorty, egli invece nega che Quine possa annoverarsi fra gli idealisti ; in argomento vedi VILLA, la coerenza normativa ed i presupposti epistemologici della giustificazione, in Riv int fil dir, 1988, 585

<sup>67</sup> TARUFFO, 10 parla di perfezionisti delusi; vedi anche TWINING, *Some scepticism about some scepticisms in Rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 96, ivi 97

invece fondata a valutazioni soggettive ed individuali<sup>70</sup>, basate sull'intuizione e non su criteri razionali<sup>71</sup>.

Queste premesse epistemologiche irrazionali ed idealiste non sono però ragioni sufficienti per eliminare a priori dal processo la questione dell'accertamento della verità. Come autorevole dottrina ha mostrato, è possibile avvalersi del concetto di verità nel processo a condizione di definire con precisione i termini e le condizioni del suo utilizzo.

Il primo problema riguarda l'asserita impossibilità di far coincidere il mondo materiale dei fatti, con quello delle parole e del linguaggio. Effettivamente sembra ontologicamente impossibile parlare di corrispondenza tra un enunciato e la realtà che essa predica vera<sup>72</sup>. È però possibile superare il problema senza mettere in discussione questo assunto metafisico, utilizzando la concezione semantica della verità descritta da Tarsky<sup>73</sup>, che individua il significato del

---

<sup>68</sup> TARUFFO, la prova dei fatti giuridici, 5 afferma "da questo punto di vista, il problema della verità dei fatti nel processo non è che una variante specifica di questo problema più generale"

<sup>69</sup> TARUFFO, l'approva dei fatti, 9; TWINING, *The rationalist tradition of evidence scholarship*, in , *Rethinking evidence, exploratory essays*, oxford 1990, 71

<sup>70</sup> TARUFFO 12; cita come esponenti di questa teoria in campo giuridico, SINGER, *The player and the card: nihilism and légal theory*, in *Yale law rev.* 1984, 1; secondo Taruffo queste teorie sostenendo che non ci sono criteri oggettivi e razionali per conoscere la realtà si riducono ad una visione soggettiva individuale. A questo tipo di teorie che vanno sotto il nome di *critical légal studies*, vengono associati alcuni esponenti del realismo giuridico americano che pongono la loro attenzione sui meccanismi psicologici di colui che decide, arrivando ad affermare un fondamento irrazionale della decisione. Su questa corrente, vedi TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, milano, 1962, 151 e 165. va osservato, cfr. taruffo, 14 come quest'impostazione commetta l'errore di confondere i processi psicologici con la validità di un'epistemologia.

<sup>71</sup> TARUFFO, la prova dei fatti, 9 osserva come nella dottrina italiana questa sia la prospettiva assunta da CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*; CARNELUTTI, *teoria generale del diritto*, III ed. Roma 1951, 364 e ss; taruffo evidenzia come l'errore di metodo di queste teorie stia nel confondere i processi psicologici di decisione con i fondamenti razionali dei ragionamenti che portano alle decisioni. Esse derivano dall'imprecisione, fallibilità, variabilità delle attività cognitive la conclusione per cui non si può avere conoscenza veritiera dei fatti.

<sup>72</sup> FERRAJOLI, 22

<sup>73</sup> TARUFFO, la prova dei fatti , 145; TARSKY, *la concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, tr. It. In *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di Linsky, Milano, 1969, 25,

termine vero come “predicato metalinguistico di un enunciato” ovvero come relazione tra il mondo e le parole per descriverlo<sup>74</sup>

La teoria di tarsky riguarda quindi la definizione semantica della verità, lasciando aperto il problema dei criteri epistemologici da adottare per determinare la verità<sup>75</sup>. Non essendo possibile fornire un criterio oggettivo o realistico in base al quale accettare una proposizione come vera questa teoria, si presenta come la meglio adeguata al contesto giudiziario<sup>76</sup>, permettendoci di utilizzare il significato di verità in senso nominale, inteso come conformità tra proposizioni giuridiche e proposizioni fattuali<sup>77</sup> rendendo possibile parlare del processo come il luogo della ricerca della verità dei fatti.

In questo senso la verità, è il *criterio di verifica*<sup>78</sup> della conformità, tra gli enunciati fattuali che devono essere provati e gli enunciati probatori<sup>79</sup>.

In secondo luogo è necessario superare i problemi posti dal riferimento ad un concetto di verità ideale, ma irraggiungibile, intesa come perfetta corrispondenza con lo stato di cose del mondo reale. È infatti evidente che nella realtà le attività di accertamento, scoperta, ricerca (sia in campo giuridico che in qualunque altro campo dove si pone il problema della conoscenza della realtà, presente o passata) si pongono rispetto alla verità come ad un limite teorico cui approssimarsi il più possibile, ma mai perfettamente<sup>80</sup>. Lo scopo dell'attività di

<sup>74</sup> ANCONA, il giusto processo, “Essa, infatti, senza necessariamente comportare implicazioni ontologiche o metafisiche, sembra ben capace di esprimere l'eventuale conformità tra asserzioni decisorie fattuali e asserzioni probatorie fattuali”

<sup>75</sup> taruffo, 146

<sup>76</sup> TARUFFO, la provadei fatti, 146; ferrajoli, diritto e ragione, 40; UBERTIS, la ricerca della verità giudiziale, in la conoscenza del fatto nel processo penale, a cura di Ubertis, milano, 1992, 11

<sup>77</sup> su questo tema vedi ampiamente anche per la bibliografia ANCONA, sul giusto processo, FERRAJOLI, 22; UBERTIS, la ricerca dell averità giudiziale, in la conoscenza del fatto nel processo penale, a cura di ubertis, milano, 1992, 1

<sup>78</sup> sapendo che di verifica assoluta non potrà mai trattarsi, ma solo di conferma o confutazione di un'ipotesi

<sup>79</sup> ANCONA, Sul “giusto processo” ovvero della giustizia e della verità nel processo, in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it)

accertamento della verità dei fatti sta quindi nell'avvicinarsi il più possibile a questo limite ideale, rendendo più plausibile, o più approssimativamente vera una tesi. Naturalmente una tesi sarà tanto più plausibile e approssimativamente vera tante più saranno le informazioni a nostra conoscenza che la confermano<sup>81</sup>.

Se quindi la verità di qualunque proposizione non può mai dirsi definitivamente inconfutabile, e sarà sempre comunque relativa allo stato di conoscenze disponibili in quel momento, così anche nel processo la verità è sempre una verità approssimativa; essa deve però fungere da principio regolativo della giurisdizione così come la verità oggettiva è un ideale nella scienza<sup>82</sup>.

La verità, intesa come corrispondenza<sup>83</sup>, semantica e non ontologica con la realtà, può essere quindi utilizzata come criterio di riferimento per valutare l'adeguatezza e la razionalità dei metodi di accertamento del fatto nel processo, in relazione alla loro capacità di approssimarsi a tale valore ideale<sup>84</sup>. Il valore cui tendere non è la verità, ma la migliore verità possibile, la verità più probabile e plausibile.

Fatte le opportune precisazioni, ed appurato che è possibile parlare di accertamento della verità dei fatti nel processo, possiamo quindi tornare sui nostri passi ed analizzare il concetto di giustizia del processo in relazione alla sua capacità di produrre decisioni giuste e razionali, in quanto fondate su un accertamento veritiero dei fatti.

---

<sup>80</sup>TARUFFO, la prova dei fatti, 155 “in un procedimento conoscitivo di qualunque genere la verità assoluta può funzionare come...limite al quale le conoscenze concrete tendono ad approssimarsi...in altri termini: “la verità come corrispondenza assoluta di una descrizione allo stato di cose del mondo reale non è conseguibile con procedimenti conoscitivi concreti, perché è soltanto il valore limite teorico della verità come descrizione

<sup>81</sup> TARUFFO, 156

<sup>82</sup> FERRAJOLI, 24

<sup>83</sup> di teoria corrispondentista della verità come ideale cui approssimarsi parla SOLUM – MARZEN, *Truth and uncertainty: legal control of the destruction of evidence*, in *Emory Law Journal*, 1987, 1085, ivi, 1164, in contrapposizione alla teoria discorsiva della verità sostenuta da Habermas

<sup>84</sup> TARUFFO, 156

## **Capitolo IV**

### **Giustizia del processo e giustizia della decisione**

**Sommario:** 1. Processo civile e giustizia procedurale; 2. Limiti intrinseci alla concezione strumentale della giustizia del processo civile: l'esigenza di certezza 3. Giustizia della singola decisione o regole che rendano più probabili decisioni giuste?; 4. Limiti intrinseci della procedura dovuti ai Pericoli di distorsione soggettiva della verità da parte del giudice; 5. Contraddittorio e partecipazione delle parti; 6. Imperfezione della concezione strumentale della giustizia del processo civile; 7. Altre concezioni della giustizia procedurale del processo civile; 8. La contrapposizione tra Outcome-based values e process-based values; 9. Critica alla contrapposizione tra *process values* e *outcome values*; 10. Il valore della giustizia della decisione come garanzia individuale; 11. Ulteriori implicazione di una concezione del giusto processo che include in sé il valore della giustizia della decisione sulla struttura del processo civile: il problema della completezza del materiale probatorio

## 1. Processo civile e giustizia procedurale

Come abbiamo evidenziato nel capitolo precedente, l'accertamento veritiero dei fatti nel processo costituisce il fondamento di una giustificazione razionale di una decisione giusta<sup>1</sup> e conforme alle norme del diritto sostanziale<sup>2</sup>.

Abbiamo anche affermato che se disponiamo di un criterio esterno di giustizia della decisione, che deriva dall'applicazione del diritto sostanziale a dei fatti accertati come veri, il modello di giustizia procedurale che si rivela più adatto a descrivere la giustizia del processo giurisdizionale è il modello strumentale, secondo cui la giustizia del processo è valutata in funzione della sua capacità di pervenire a decisioni giuste<sup>3</sup>. Dopo aver chiarito qual è il significato di verità che

---

<sup>1</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 144; per la tesi secondo cui scopo del processo è l'attuazione della legge vedi CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 65; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933, I, 32

<sup>2</sup> SOLUM, *Procedural justice*, in *Southern California Law Review*, 2004, 181, ivi 189; ALLISON, *Ideology, prejudgement and process values*, in *New England law review*, 657, ivi 674 afferma in relazione ad una concezione strumentale della giustizia procedurale "the immediate end is consistent application of the rule to the type of conduct to which it was intended to apply"

<sup>3</sup> ALLISON, *Ideology, prejudgement and process values*, 671 afferma "when viewed from a purely instrumental perspective, procedure is merely a means to an end. Good procedure is

utilizziamo per definire la giustizia delle decisioni giudiziarie, è ora necessario analizzare in profondità le implicazioni di una concezione strumentale della giustizia procedurale del processo civile, e soprattutto verificare se essa rappresenti un modello adeguato per rappresentare il concetto di giusto processo nel nostro ordinamento.

Come mostreremo, la giustizia della procedura nel processo civile non può essere ricondotto ad una prospettiva perfettamente strumentale<sup>4</sup>. Utilizzare come unico metro di giustizia del processo la capacità di produrre decisioni accurate può infatti presentare alcuni inconvenienti.

Vediamo allora di analizzare i problemi che si presentano quando l'obiettivo di giungere a decisioni giuste si confronta con la realtà e le esigenze del processo civile. Gli ostacoli su questo cammino si distinguono sostanzialmente in due categorie.

Da un lato troviamo delle ragioni intrinseche alla natura del processo civile, ed ineliminabili, che in qualche modo attenuano la corrispondenza al modello di giustizia procedurale perfetta<sup>5</sup>, senza però farci allontanare da una concezione strumentale della giustizia del processo.

Come spiega Rawls nella sua *Teoria della giustizia* il processo giurisdizionale è un fenomeno riconducibile al concetto di giustizia procedurale

---

important because it produces better decisions"; DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, 251 associa il modello dello Stato attivo con l'idea secondo cui la procedura è funzionale al diritto sostanziale

<sup>4</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, 42. Adeguato a questa concezione utilitaristica sarebbe un sistema giuridico caratterizzato dalla completa libertà delle prove, in proposito cfr., TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 334, egli evidenzia come il modello di bentham che teorizza una completa libertà di prova sia un modello teorico che non è realizzabile nella pratica; TWINING, *What is the law of evidence?*, in *Rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 195; in Italia a favore del modello opposto per un rafforzamento delle regole legali di prova sarebbe CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, 686

<sup>5</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 244; BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, ivi 514 afferma "Perfect accuracy can never be achieved, and recognizing a right to it would lead to the absurd result that no conceivable procedural system could ever be fair"

imperfetta, in cui la procedura non garantisce la certezza di giungere ad una decisione giusta<sup>6</sup>.

Dall'altro lato emerge la necessità di rispettare altri valori considerati fondamentali ed irrinunciabili da parte dell'ordinamento anche se non direttamente dipendenti dal valore di perseguire giuste decisioni<sup>7</sup>.

In questa prospettiva allora, considerato l'accertamento della verità dei fatti nel processo come ideale regolativo cui approssimarsi, vedremo che la giustizia del processo sarà da valutarsi non in relazione alla sua capacità di perseguire giuste decisioni, ma in relazione alla capacità di massimizzare<sup>8</sup> la accuratezza delle stesse, in un tempo ragionevole, nel rispetto di alcuni diritti fondamentali (costituzionalmente garantiti)<sup>9</sup>.

Solo se effettivamente la procedura è strutturata in maniera da massimizzare la possibilità di decisioni giuste, sarà infatti possibile dare legittimità e autorità anche ad una decisione ingiusta<sup>10</sup>, attribuendo il fallimento al

<sup>6</sup>SOLUM, *Procedural justice*, 186 osserva a tal proposito “ This is a fact about procedure in the actual world, which we might call the fact of irreducible procedural error.”; ALLISON, *Ideology, prejudgement and process values*, in *New England law review*, 657, ivi 673 rileva l'imperfezione intrinseca nella capacità del processo civile di perseguire decisioni giuste “accuracy infact-finding is achieved when the decision maker's inferences are as close as possible to actual events. Of course, a fact-finder...can never know with certainty whether he has fully captured the relevant reality”

<sup>7</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 311 afferma “The first proviso to the Accuracy Principle permits a departure from accuracy where an accuracy enhancing procedure would lead to the violation of another fundamental right. This proviso allows for departures from accuracy that ensure that the process of adjudication does not unfairly infringe on the substantive rights guaranteed by basic liberties, such as the rights of privacy and freedom of speech. This proviso is reflected in the structure of current doctrine in a variety of ways...it allows a trial court judge to limit discovery by entering a protective order; one reason for granting such an order is to protect substantive rights, such as the right to privacy. Similarly, various privileges protect substantive rights when the search for truth collides with confidentiality”.

<sup>8</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 246 “ perfect procedural justice can be the animating principle of procedure doctrine, even though a residue of inaccuracy exists, despite the system's best efforts.”; ALLISON, *Ideology, prejudgement and process values*, 673

<sup>9</sup> in senso analogo SOLUM, *Procedural justice*, 240 afferma “imperfect procedural justice incorporates the notion of an independent criterion for accuracy but adds the notion of "other ends of the law," or considerations of cost that may be balanced against accuracy.”

<sup>10</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 190 afferma “Procedural justice is the route to reconciliation with substantive error”

limite intrinseco di errore proprio, ed inevitabile, di ogni procedura di accertamento che operi nel mondo reale<sup>11</sup>.

L'individuazione di questi limiti intrinseci, e degli altri valori il cui rispetto è considerato imprescindibile nel nostro ordinamento, ci permetterà di valutare in termini concreti la giustizia del processo civile e l'eventuale illegittimità di alcuni istituti processuali che violino il precetto costituzionale del giusto processo così delineato.

## **2. Limiti intrinseci alla concezione strumentale della giustizia del processo civile: l'esigenza di certezza**

La prima categoria con la quale si deve declinare il problema di arrivare ad un decisione giusta, è quella del tempo, traducibile anche in termini di costi.

Il fatto che nel contesto processuale la perfezione non sia raggiungibile si ricava anche solo dalla ovvia considerazione per cui un sistema processuale che garantisse la massima accuratezza dei fatti sarebbe enormemente costoso in termini di risorse e di tempo sia per la società nel suo complesso che per i litiganti<sup>12</sup>.

D'altronde si può osservare come neanche nel campo della ricerca scientifica o storica<sup>13</sup> si arrivi mai ad una verità inconfutabile<sup>14</sup> con la differenza

<sup>11</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 190

<sup>12</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 185, "A dispute resolution system that achieved 100% accuracy would be viewed as monstrously unfair if it required each disputant to devote her entire life to a painstaking process of fact-finding and consumed the great bulk of the social product to finance the enterprise"

<sup>13</sup> il paragone tra l'opera del giudice e quella dello storico è utilizzato da CALAMANDREI, *il giudice e lo storico*, in *Riv Dir e Proc. Civ.* 1939, I, 105 e ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 393; CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, 504, ivi 505

<sup>14</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 304 evidenzia come, a seconda dell'ideologia sottostante caratterizzante gli scopi del processo civile, il paragone tra giudice e scienziato sia stato spesso analizzato in maniera da evidenziarne le differenze, al fine di negare l'applicabilità di qualunque metodologia scientifica al problema dell'accertamento dei fatti nel processo; cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 2000 (1989), 37; VILLA, *teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*,

che la scienza può, e deve, andare avanti liberamente alla ricerca dell'ipotesi più probabile, che può essere sempre superata da prove ed ipotesi posteriori.

L'indagine giudiziaria deve invece ad un certo punto concludersi, fissando con l'autorità del giudicato una verità, sostituendo, per utilizzare le parole del teorico del garantismo, il sapere con il potere<sup>15</sup>.

L'istituto della res judicata esprime, infatti, l'incapacità intrinseca della procedura di raggiungere con certezza assoluta un risultato giusto, fissando ad un certo punto una verità, che si presenta come la più plausibile, in relazione alle prove disponibili in quel dato momento<sup>16</sup>. Ed anche se può avere l'effetto di produrre decisioni non giuste l'istituto del giudicato è necessario<sup>17</sup>, in primo luogo perché non servirebbero a nessuno risultati giusti in tempo non utile<sup>18</sup>, in secondo luogo perché nel mondo del diritto c'è bisogno di certezza.<sup>19</sup>

L'errore si presenta allora come un prezzo necessario, e razionale, da pagare<sup>20</sup>, ma ad una condizione. Solo se la procedura è strutturata in maniera da massimizzare, in un tempo ragionevole, la possibilità di giungere a decisioni

Milano, 1984, 220 e ss; MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali, in analisi e diritto*, 1996, Torino, 126 e ss

<sup>15</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 2000 (1989), 27

<sup>16</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 62, in nota, afferma “Nella presunzione legale di verità della cosa giudicata si rivela il carattere normativo dell'accertamento giudiziario, la cui “certezza” è autoritativamente tutelata anche a costo della sua possibile falsità, salvo i casi tassativamente previsti dalla revisione della sentenza. In questo modo la *certezza legale* si sovrappone alla *certezza empirica* che è propria di ogni asserzione, e quindi di ogni ipotesi giudiziaria, intervenendo a supplire la fallibilità dei giudici”; CHIARLONI, *Processo civile e verità*, 514

<sup>17</sup> SOLUM, *Procedural justice*, in *Southern California Law Review*, 2004, 181, ivi 243 “Although a concern for truth-seeking and accuracy does characterize some procedure doctrines, there are a variety of doctrines that cannot be explained on the model of perfect procedural justice. Examples include res judicata and other rules that protect the finality of judicial decisions

<sup>18</sup> SUMMERS, *Formal légal truth and substantive truth in judicial fact – finding*, in *essays in légal theory*, Kluwer, 2000, 285, 291 esprime come questo istituto corrisponda all'esigenza, comunque innegabile del processo di risolvere le dispute in maniera definitiva.

<sup>19</sup> Sul rapporto tra tempo e verità vedi RESTA, *Le verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 2004, 369, ivi 370

<sup>20</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 246 “it has been said that res judicata makes black white and crooked straight. In some cases its application produces a demonstrably incorrect result. The principle that litigation must come to an end, however, is a very important one, and the fact that some decisions will be incorrect in a way that can later be demonstrated is a necessary price”

giuste, un risultato ingiusto sarà dotato di legittimità e autorità. Questa considerazione non ci porta fuori da una prospettiva strumentale della giustizia procedurale, ma ci permette di adeguarla alla realtà senza dovervi rinunciare.

A riaffermare, in ultima istanza, la priorità del valore di perseguire decisioni giuste, interviene comunque l'istituto della revocazione volto proprio ad attenuare il sacrificio che la verità può subire di fronte alle esigenze giuridiche di certezza della decisione.<sup>21</sup>

Vi sono anche altre regole che nel processo civile hanno l'effetto di diminuire la capacità della procedura di arrivare a decisioni giuste, per rispondere alle esigenze di certezza intrinseche al sistema giudiziario.

Fra queste vi sono le regole sull'onere della prova<sup>22</sup> che entrano in gioco quando la mancanza di prove rende incerta qualunque ipotesi ed il giudice si trova di fronte al problema di dover decidere qual è l'ipotesi più probabile<sup>23</sup>. Esse hanno

---

<sup>21</sup> CHIARLONI, *Processo civile e verità*, 514 afferma “nell’ordinamento processuale italiano – come, del resto, in molti altri ordinamenti – le esigenze di giustizia-verità possono tornare eccezionalmente a prevalere sulle esigenze di certezza anche dopo che la sentenza di merito è passata in giudicato”. La revocazione, infatti, si pone nel nostro ordinamento come tipico rimedio all’ingiustizia della decisione, da cui si può desumere la rilevanza assegnata al valore della ricerca della verità a prescindere da ogni considerazione relativa alla legalità o validità della decisione stessa. Si può osservare come tutti i motivi di revocazione sono assunti ad indici o sintomi di ingiustizia della decisione, cfr. ATTARDI, *la revocazione*, 49, e vedi anche MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino 2006, vol II, 548). Nel caso per esempio di revocazione straordinaria per dolo di una parte ai danni dell’altra preso in considerazione dall’articolo 395 n. 1 si rileva come la giurisprudenza non sia del tutto pacifica nel ritenere che l’omissione di fatti decisivi per la controversia non sia da includere in questa categoria. MANDRIOLI, 555 in nota 27, in particolare sul tema vedi la cass 9213 / 1990 in foro it 1991, I, 484) o anche in giur it 2002, , 1582) Lo stesso discorso può farsi per il motivo di cui al n.6 dello stesso articolo per cui si può chiedere la revocazione della sentenza per la scoperta dopo la sentenza di documenti decisivi non potuti produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell’avversario (MANDRIOLI, 556)

<sup>22</sup>TARUFFO, *onere della prova*, in *Dig disc. Priv. Sez. civ. XIII*, Torino, 1995, 65 e ss; COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, 169 e ss

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, 392, sottolinea come tali regole vengano in considerazione soltanto nell’ipotesi di mancanza di prove, poiché esse “hanno il fine ed effetto di render possibile al giudice di giudicare anche nell’eventualità di mancanza di prove; in senso analogo CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione, in Riv. dir. proc. civ., 1929, I, 3, 36 “l’onere dell’approva è uno spediente, del quale il giudice non deve servirsi se non quando le prove gli manchino. Se invece le prove ci sono, da qualunque parte vengano, questo istituto non deve operare”; TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 223; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 2000 (1989), 27;

quindi la funzione di colmare quel margine di incertezza intrinseco all'accertamento dei fatti nel processo.<sup>24</sup>

A questa logica rispondono le regole che nel processo penale stabiliscono che in caso di incertezza il giudice dovrà propendere per l'ipotesi più favorevole all'accusato<sup>25</sup>.

Nel processo civile sembra esservi un principio generale in base al quale il rischio di errore per la mancata prova deve essere distribuito in maniera equa<sup>26</sup>. Ne l'attore né il convenuto devono godere di un vantaggio in nessuna particolare categoria di casi<sup>27</sup>. Ci sembra di poter dire che in via generale le regole sull'onere della prova rispondono al principio dell'eguaglianza formale fra attore e convenuto<sup>28</sup>, salvo i particolari casi in cui la legge interviene per stabilire diverse

---

riguardo al problema per cui nel nostro ordinamento è richiesto un grado di convincimento tendenzialmente pieno ed in altri ordinamenti ci si accontenta di un grado di verosimiglianza vedi BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova*, 138

<sup>24</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 34; TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 223 afferma "tali regole sono peraltro in singolare consonanza con la logica dell'ipotesi e della conferma...infatti l'attore che non prova il fatto costitutivo soccombe, ma nessuno pensa che ne risulti provata la falsità dell'ipotesi sul fatto da lui formulata in sede di allegazione. Molto semplicemente, e realisticamente, la legge impone al giudice di prendere atto del permanere dell'incertezza sul fatto costitutivo"

<sup>25</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 43

<sup>26</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 257 "The preponderance of the evidence standard seems designed to spread the risk of error evenly across potential litigants Consider the alternatives. Suppose that in ordinary civil cases, the plaintiff were required to prevail beyond a reasonable doubt or by clear and convincing evidence. Such burdens would allocate the risk of error unevenly, resulting in a higher loss rate for plaintiffs with meritorious claims than for defendants entitled to prevail on the merits"

<sup>27</sup> SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto e onere della prova*, in Riv Dir civ, 1957, I, 399 a meno che il legislatore con norme di diritto sostanziale decida di intervenire, ma queste considerazioni incidono sulla regolazione della fattispecie sostanziale

<sup>28</sup> a tal proposito vedi CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, 392; sulle regole dell'onere della prova come regole fondate sul principio di uguaglianza vedi CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, 241, ivi 258. È stato osservato come talvolta il principio dell'onere della prova fondato sul principio dell'equa ripartizione del rischio può avere l'effetto di produrre disuguaglianza in un sistema in cui le risorse economiche dei litiganti possono influire sull'andamento ed il risultato del processo. Cfr. SOLUM, *Procedural justice*, 258 "There is at least one way in which existing doctrine does not seem to spread the risk of error equally among the various classes of litigants. In an adversary

distribuzioni dell'onere della prova, in ragione della maggior tutela accordata a certe situazioni giuridiche sostanziali<sup>29</sup>. Tali regole sono necessarie in ragione del divieto nel nostro ordinamento di pronunce di *non liquet*. Esse sembrano però essere giustificate solo nel momento in cui la ripartizione del rischio risponda a criteri razionali di buon senso ed uguaglianza formale o a politiche legislative di tutela dell'eguaglianza sostanziale<sup>30</sup>.

### **3. Giustizia della singola decisione o regole che rendano più probabili decisioni giuste? *case accuracy v. system accuracy*.**

Un ulteriore limite, inevitabile che la concezione strumentale di giustizia procedurale del processo civile incontra sul cammino verso il perseguimento di decisioni giuste è costituito dal dilemma che è stato efficacemente espresso dalla contrapposizione tra il valore della *case accuracy* e della *systemic accuracy*<sup>31</sup>

La capacità di una procedura di produrre decisioni giuste può infatti essere vista da due punti di vista. Da un lato si può valutare tale capacità in riferimento ad una singola decisione, chiedendoci se in quel determinato caso il risultato sia giusto. Altrimenti possiamo valutare una procedura in riferimento al sistema nel suo complesso, chiedendoci se una determinata regola ha l'effetto di massimizzare la capacità del processo di produrre decisioni giuste.

Anche in questo caso potremo affermare che una decisione ingiusta nel caso singolo sarà legittima soltanto se le regole della procedura sono strutturate in

---

system, the quality of representation may affect the risk of erroneous deprivation of substantive rights. Given that the quality of representation depends on the ability to pay, current civil procedure doctrine would seem to provide a systemic distribution of the risk of error in favor of those who have the greatest share of social resources. Equal distribution of the risk of error would seem to require the equalization of legal resources"; vedi anche WERTHEIMER, *The Equalization of Legal Resources*, *Phil. & Pub. Aff.*, 1988, 303, ivi 304-06

<sup>29</sup> DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, (1986) trad. it. Di A. Giussani, Bologna, 1991, 209 evidenzia come nel modello dello Stato neutrale, o reattivo, le regole sull'onere della prova non possano distribuire in modo diseguale il rischio dovuto all'incertezza in base a scelte politiche; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, Torino, 2006, 191

<sup>30</sup> DWORKIN, *Principle, policy, procedure*, in *A matter of principle*, Oxford, 1986, 72, ivi 92-98

<sup>31</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 247

maniera da massimizzare la possibilità di decisioni giuste nella maggior parte dei casi. A questa esigenza sembrano rispondere le regole sulla prescrizione, che trovano la loro *ratio* nella constatazione che accertare la verità di un fatto molto lontano nel passato è più difficile, e ciò potrebbe facilmente portare a decisioni ingiuste, anche se nel caso concreto potrebbe essere vero il contrario<sup>32</sup>.

Osserviamo però che se nel processo penale questo contrasto si traduce sempre in una garanzia per l'accusato, nel processo civile esso si risolve in un'allocazione del rischio sul potenziale attore, cui è precluso di agire in giudizio per far accertare fatti risalenti nel tempo. Tale limitazione, però, per essere considerata razionale ed accettabile nel caso singolo, dovrà essere ragionevolmente prevedibile e consentire un tempo adeguato per l'esercizio dell'azione.<sup>33</sup>

A questa logica sembrano anche rispondere le regole di inferenza che consentono al giudice di dedurre argomenti di prova dal comportamento delle parti.

Anche questi che appaiono limiti alla concezione della giustizia del processo come meccanismo volto alla ricerca della verità in realtà si rivelano essere posti in difesa della verità stessa, in accordo con una concezione strumentale della giustizia del processo rendendo più improbabile che la verità venga distorta da un accertamento dei fatti più difficile e quindi meno attendibile.

Il valore della systemic accuracy, data la sua funzione di massimizzare la capacità del processo di giungere a decisioni giuste nella maggior parte dei casi, sarà quindi accettabile dal cittadino, e preferibile dal sistema, solo se attuata

---

<sup>32</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 248 "On the one hand, statutes of limitations are defended on the ground that they are accuracy enhancing. Statutes of limitations create incentives to bring claims within the limitations period, and the likely effect of this incentive is that early filing preserves the evidentiary record and thus increases the likelihood of accurate adjudication. But in any particular case in which the statute runs before the claim is filed, the result is that the claim is lost, even if it is meritorious and even if an examination of the record in that particular case would have revealed that evidentiary record was sufficiently preserved to insure a high likelihood of accurate adjudication. In other words, statutes of limitations purchase systemic accuracy at the price of a sacrifice of case accuracy." Egli, riporta la decisione della Corte Suprema che in *United States v. Kubrick*, 155 444 U.S. 111 (1979).

<sup>33</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 252

attraverso regole generali a cui sia possibile conformarsi e che non rendano irragionevolmente difficile l'esercizio dei propri diritti.<sup>34</sup>

È quindi giustificato l'allontanarsi della verità processuale da quella materiale se le regole sono volte a massimizzare la systemic accuracy, ma solo se tali regole sono predertminabili, generali, e se tali regole sono tali da essere rispettate con uno sforzo ragionevole di buona fede<sup>35</sup>

Una nozione di giustizia procedurale però richiede un giusto trattamento degli individui, e talvolta la systemic accuracy può portare a notevoli differenze nel trattamento degli individui, ed alla violazione dei loro diritti individuali a causa di una decisione ingiusta.

D'altra parte ci sono situazioni in cui la systemic accuracy può essere promossa senza trattare ingiustamente gli individui. nel caso in cui una regola detsinata a promuovere la systemic accuracy sia annunciata in anticipo e le parti possono ragionevolmente attenersi a tale regola. In tal caso imporre una distorsione della verità nel caso singolo non è ingiusto per coloro che sono coinvolti: l'opportunità di rispettare la regola pone la responsabilità di tale distorsione sulla parte che ha disatteso la regola procedurale.<sup>36</sup>

Al valore della systemic accuracy potrebbero a prima vista essere ricondotte alcune regole di inammissibilità delle prove o alcuni criteri legali di valutazione legale della prova. Come avremo occasione di chiarire nella parte del lavoro relativa all'analisi degli istituti che nel nostro processo civile sembrano violare il diritto individuale ad una giusta decisione, così non è.

Regole basate sull'*id plerumque accidit* possono rivelarsi non adeguate ad una concezione di giustizia del processo, come qui delineata, dal momento che il rischio di errore che esse implicano sarebbe evitabile attraverso un migliore metodo di accertamento del fatto basato sull'*id quod accidit*, accertamento rimesso alla libera valutazione del giudice.

---

<sup>34</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 251

<sup>35</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 306

<sup>36</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 307

In ultima analisi regole che privilegiano il valore della systemic accuracy rispetto alla case accuracy sono accettabili soltanto se permettono alle parti coinvolte nel processo di prevenire i rischi d'errore ad esse connessi.

#### **4. Limiti intrinseci della procedura dovuti ai Pericoli di distorsione soggettiva della verità da parte del giudice**

Nel processo civile se anche ci ponessimo come unico obiettivo di arrivare ad una decisione accurata nei fatti, in un tempo ragionevole, non potremmo sfuggire alla irriducibile soggettività di colui da cui emana la decisione. Essendo il giudice un essere umano, parte della società, e non una macchina isolata dal mondo, una certa dose di soggettività è imprevedibile ed inevitabile.

Proprio la considerazione dell'irriducibile soggettività del giudice è l'origine di alcune teorie della decisione giudiziaria di stampo irrazionalistico, che, ritenendo impossibile parlare di verità oggettiva nel processo, eliminano ogni possibilità di fondare la decisione su un accertamento razionale dei fatti. Un corretto approccio al problema non consiste nel negare la possibilità di fondare la decisione su criteri oggettivi e razionali, bensì nell'accettare questa imperfezione come intrinseca al sistema, senza rinnegare una concezione strumentale e razionale della giustizia del processo<sup>37</sup>.

D'altronde si può osservare come questo limite caratterizzi anche la ricerca scientifica<sup>38</sup>, con la sola differenza che in quel contesto tutti hanno la libertà di

---

<sup>37</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 2000 (1989), 37 afferma "il fatto che l'indagine giudiziaria non sia in grado di attingere la verità oggettiva, che essa sia condizionata dalla soggettività e magari dalla non neutralità del giudice, che infine vi abbiano spazio momenti decisionali –elementi tutti comuni, pur se in misura diversa, alla ricerca scientifica – può infatti spingere a conclusioni decisionistiche soprattutto coloro che non riescono a concepire la ricerca della verità nel processo se non secondo il vecchio miraggio illuministico dell'applicazione meccanica della legge al fatto infallibilmente accertato"

<sup>38</sup> per un confronto tra attività giudiziaria e ricerca scientifica cfr. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, 1984, 220 e ss.; ID., *La scienza giuridica fra scienze naturali e scienze umane*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, 401

confutare una tesi, mentre nel processo civile il giudice è da solo nella sua decisione<sup>39</sup>, fatta eccezione per i giudici di eventuali altri gradi di giudizio.

Vi sono dei casi in cui il sospetto di distorsione soggettiva della realtà è più probabile. In questi casi, per rispondere all'esigenza di evitare i pericoli di distorsione soggettiva della verità, soccorrono gli istituti della astensione e della riacusazione del giudice<sup>40</sup>. Analoga è la ratio di quelle regole che garantiscono l'indipendenza della magistratura dagli altri poteri dello Stato.

Ecco allora che la garanzia di imparzialità e di indipendenza del giudice risultano essere non fini a sé stesse bensì una garanzia strumentale alla giustizia del processo<sup>41</sup> intesa come capacità di arrivare ad una decisione giusta, o almeno più probabilmente giusta.

Senza voler per ora approfondire la questione, ci pare opportuno evidenziare come alcune regole in materia di prove vengono spesso giustificate in ragione della funzione di evitare distorsioni della realtà da parte del giudice o da parte delle fonti stesse di prova. Non ritenendo fondata questa tesi, rimandiamo l'analisi del problema, che sarà trattato nella parte del lavoro che riguarderà l'esame di alcuni istituti del processo civile che, a nostro parere senza giustificazione razionale, si allontanano dal valore della giustizia della decisione<sup>42</sup>.

Ci pare che a questa esigenza di evitare distorsioni della verità per limiti intrinseci derivanti dalla soggettività del giudice, insieme alla garanzia di indipendenza e imparzialità, vada anche ricondotta la garanzia del contraddittorio<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 2000 (1989), 31

<sup>40</sup> FERRAJOLI, *diritto e ragione*,

<sup>41</sup> ALLISON, *ideology, prejudgement and process values*, in *New England law review*, 1994, 657, ivi 675

<sup>42</sup> Come osserva FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma 2000 (1989), 35, non tutte le regole giuridiche relative all'accertamento della verità nel processo sono garantiste, in quanto dirette a limitare l'arbitrio del giudice. Tali sono solo quelle che consentono la massima approssimazione alla verità dei fatti. Vi sono altre regole orientate a funzioni opposte.

## 5. Contraddittorio e partecipazione delle parti

Il problema della distorsione soggettiva della verità da parte del giudice può derivare anche dal fatto che il giudice è da solo a decidere. È quindi intuitivo comprendere come il contraddittorio con altri soggetti, soprattutto se si tratta delle parti in causa, non fa altro che rendere più attendibile ed efficace la ricerca della verità dei fatti. Certo esso esprime anche il valore della partecipazione delle parti, ma l'espressione di tale valore è da considerarsi valore di civiltà non in quanto fine a sé stesso, ma in quanto corrisponde ad un condiviso sentimento di civiltà giuridica che chi deve subire gli effetti di una decisione possa partecipare al processo che porta alla sua pronuncia in modo da contribuire attivamente alla ricerca della verità<sup>44</sup>.

Il contraddittorio va quindi inteso come metodo di migliore ricostruzione della verità dei fatti, non come garanzia fine a sé stessa in contrasto con la ricerca della verità, essa ha lo scopo di migliorare la quantità di informazioni, e prove attraverso le quali il giudice deve accertare la verità dei fatti.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> FERRAJOLI, diritto e ragione, 31

<sup>44</sup> SOLUM, procedural justice, 285 “Final binding adjudication is not legitimate unless a minimum right of participation is afforded to those with a substantial interest in the controversy. If this claim is true, does it follow that the value of participation is independent of the effects of participation on outcome? The answer to this question is no. This conclusion can be established through the following thought experiment: suppose you are offered a right to participate in a proceeding, but the proceeding is structured so that your input cannot have an effect on the outcome. Would this right of participation be sufficient to legitimate the proceeding? No. It is not just having a say that counts. Meaningful participation must be part of the process and not a wheel that turns but moves nothing else. Meaningful participation requires that your input to the proceeding be considered, that what you say plays a role in the deliberative process of the decisionmaker. In this sense, the value of participation is dependent on possible effects on outcomes, and, hence, is in some sense dependent on possible impacts on accuracy”

<sup>45</sup> GALLIGAN, due process and fair procedures, Oxford 1996, 68 afferma “quite apart from any non –outcome values which might be served by a hearing, we may assume that a hearing contributes to a more accurate finding of facts and a better application of the law. Few would challenge that assumption, but when examined closely, it is full of uncertainties: how far does a hearing enhance the result; does it depend on the issue in question; would the information be better obtained from other sources? But since we do not know the answers to these questions, it is wise to be cautious in designing procedures; a hearing might improve the outcome, and since nothing is lost (beyond increased marginal costs) even if it does not, then the case for a presumption in favour of a hearing is persuasive.”

È strumento di verità permettere che le parti possano confutare fra di loro le tesi, e confutare quelle del giudice. Naturalmente non potremo mai essere certi del fatto che permettere alle parti di esporre le proprie ragioni contribuisca effettivamente a raggiungere un risultato più accurato, ma il fatto di garantirlo rende il cittadino più fiducioso del fatto che il risultato sia attendibile<sup>46</sup>.

## **6. Imperfezione della concezione strumentale della giustizia del processo civile**

le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi rendono evidente che una concezione puramente strumentale della giustizia procedurale non è applicabile al processo civile, a causa dei margini irriducibili di errore sopra descritti, e di fattori imprescindibili determinati da tempo e costi.

Ne risulta allora un modello imperfetto, ma strumentale, di giustizia procedurale secondo cui potrà dirsi giusto quel processo che, in un tempo ragionevole, garantisca, nella maggior parte dei casi, un accertamento il più veritiero possibile dei fatti. Decisioni ingiuste saranno allora accettabili solo se dovute ai limiti intrinseci della procedura.

Proprio per attenuare le possibilità di errore<sup>47</sup>, e rafforzare la garanzia ad una giusta decisione, insita nel concetto stesso di giusto processo, la costituzione prevede dei meccanismi di protezione contro le distorsioni della verità in agguato nel processo. Si tratta delle garanzie, previste dall'art. 111 della Costituzione, ad un giudice terzo ed imparziale, ed al contraddittorio fra le parti in condizioni di parità.

Da questa prospettiva sembra emergere una concezione delle garanzie processuali quali strumenti per favorire l'obiettivo di una giusta decisione. La più importante delle garanzie processuali diventa allora la garanzia di verità<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 73

<sup>47</sup> GALLIGAN, *due process and fair procedures*, Oxford 1996, 68

Questa prospettiva strumentale, anche se imperfetta, della giustizia della procedura, è stata da alcuni criticata in quanto troppo sbilanciata verso una visione utilitaristica del processo civile, attenta alle esigenze del sistema nel suo complesso, ma poco, o per niente attenta ad altri valori del processo indipendenti dalla giustizia del risultato e attinenti al rispetto dei diritti individuali di ciascun cittadino coinvolto nel processo.<sup>49</sup>

Prima di analizzare le ulteriori implicazioni che una concezione strumentale della giustizia procedurale comporta sulla struttura del processo civile è allora opportuno approfondire l'esame di quegli orientamenti che ritengono che la giustizia del processo civile non possa essere valutata soltanto in funzione della capacità della procedura di perseguire decisioni giuste (veritiere)<sup>50</sup>.

Queste opinioni derivano le loro tesi non solo dallo scetticismo teorico secondo cui non è possibile in via di principio parlare di verità nel processo, ma

---

<sup>48</sup> Molte garanzie procedurali hanno la funzione di legittimare la decisione che deriva dalla procedura. In questo senso sono le regole che riguardano le garanzie di imparzialità e indipendenza, nello stesso senso si può dire che la garanzia della verità ha la funzione di fornire la legittimazione razionale alla decisione. Così PASTORE B, *Giudizio prova ragion pratica*, milano 1996, 165; MARINELLI, *I dadi del giudice Bridoye*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 529, ivi 532 afferma “ Il giusto processo è molto più che un meccanismo di risoluzione delle controversie, è ricerca della verità per la realizzazione della giustizia. Verità, giustizia: due parole quanto mai impegnative, ma che sono insostituibili, quando si parla di funzione del processo, nello Stato di diritto, perché corrispondono a grandi temi che non possono essere elusi. Esse vanno usate in modo non retorico, nella consapevolezza dei condizionamenti determinati dal contesto storico generale e dalle istituzioni giuridiche in atto (modello processuale, regole di prova, ecc.), ma appartengono ad un discorso irrinunciabile: quello della funzione democratica del processo e della sua coesistenzialità all'affermazione dei valori giuridici, nel segno della sicurezza e del progresso della vita sociale dell'uomo.”

<sup>49</sup> MASHAW, *Administrative due process: The quest for a dignitary theory*, in *Boston Univ. Law Rev.*, 1981, 885, ivi 910, afferma “in some sense utilitarianism is the antithesis of an individual rights perspective”; BONE, *Statistical Adjudication: Rights, Justice, And Utility in a World of Process Scarcity*, *Vand. L. Rev.*, 1993, 561, ivi 598 “A rights-based theory assumes that the purpose of adjudication is to determine each party's legal rights accurately. Because rights trump social utility, a deprivation of a right cannot be justified by direct appeal to the aggregate social benefits the offending activity makes possible. Thus, if an erroneous result counts as a deprivation of substantive right, procedures that increase error cannot be justified simply by citing the aggregate benefits to all resulting from reduced litigation and delay costs.”; in proposito vedi SOLUM, *Procedural justice*, 244

<sup>50</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 7; come sostenitori di tale tesi cita VERDE, *prova legale e formalismo*, foro it, 1990, V, 466; CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, 26, 31, 48; vi è chi dice che la ricerca della verità dei fatti non è uno scopo che interessa il processo civile, crfr, intal senso, ma controlla CHIOVENDA, *Principii*, 1965, 79; per ulteriore biblio TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 17

anche dall'idea che la giustizia del processo civile non si misura nella sua capacità di giungere a decisioni giuste, essendo altri gli scopi, o i valori importanti cui il processo civile deve tendere.

Come vedremo queste concezioni possono essere ricondotte ai diversi modelli di giustizia procedurale di cui abbiamo dato conto nel precedente capitolo, il che ne evidenzia l'inadeguatezza nel dare una risposta razionale al problema della giustizia del processo civile.

## **7. Altre concezioni della giustizia procedurale del processo civile**

Le concezioni della giustizia procedurale contrapposte alla visione strumentale sono accomunate dall'idea per cui la giustizia della procedura deve essere valutata in relazione al rispetto di alcuni diritti fondamentali propri delle parti in causa, a prescindere dalla capacità della procedura di giungere a decisioni giuste<sup>51</sup>.

Diversi e talora ambigui sono i fondamenti di queste teorie, che in ogni caso sembrano tutti riconducibili ad una concezione pura della giustizia procedurale, poiché il risultato è considerato giusto, a prescindere dal suo contenuto, se certi valori relativi alla procedura vengono rispettati.<sup>52</sup>

Condivisa è l'idea che la giustizia della procedura possa essere valutata in funzione dell'opportunità data ai partecipanti di prendere parte al processo di decisione<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, ivi 508, il quale distingue tra process-based and outcome-based theories; in proposito cfr. altresì TRIBE, *American Constitutional Law*, 1988, 10-7, 666; SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Processes - A Plea for "Process Values"*, in *Cornell L. Rev.*, 1974, 1, 2-4

<sup>52</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 260

<sup>53</sup> MICHAELMAN, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in *Nomos: Due Process*, Pennock & Chapman, eds., New York, 1977, 126

Talvolta il processo civile è interpretato come un gioco, il cui rispetto delle regole legittima il vincitore più abile<sup>54</sup>. Il valore della partecipazione è quindi inteso come fattore della corretta competizione. È evidente che questa prospettiva è assolutamente inadeguata a descrivere la realtà del processo civile<sup>55</sup>. In primo luogo le parti in causa non godono della stessa libertà di scelta che caratterizza la partecipazione ad un gioco; esse, quando partecipano ad un processo per tutelare i propri diritti riconosciuti dall'ordinamento, non hanno spesso altra reale alternativa. In secondo luogo rimettere la determinazione del contenuto della decisione giudiziaria a fattori quali l'abilità degli avvocati non sembra rispondere a criteri di razionalità giuridica.<sup>56</sup>

Queste opinioni pongono l'accento sulla funzione sociale del processo civile, dove valori come la parità delle parti, sono enfatizzati per rafforzare nell'opinione pubblica l'idea che il sistema rispetta valori positivi quali la correttezza dello scontro<sup>57</sup>

La giustizia della procedura è da altri<sup>58</sup> valutata enfatizzando il valore della partecipazione quale espressione della dignità ed autonomia dei partecipanti in una prospettiva individualista e liberale<sup>59</sup>. Un sistema processuale fondato solo su

<sup>54</sup> vedi in proposito FRANK, *Courts on trial: Myths and reality in American justice*, 1973, 91

<sup>55</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 261 osserva come questa concezione del processo come gioco sia stata immaginata proprio dal suo primo strenuo oppositore, Bentham, e dopo di lui, da Wigmore

<sup>56</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 262 ritiene irrazionale un sistema processuale strutturato in maniera tale per cui il risultato della decisione sia determinato dall'abilità degli avvocati, egli riconosce però che nella realtà essa possa giocare un ruolo tale da influenzarlo.

<sup>57</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 60 e 65 “si può concordare sul fatto che la prova non abbia alcun senso quando la decisione venga presa in modo del tutto irrazionale, o che essa serva a buttar fumo negli occhi dell'opinione pubblica quando un processo che privilegia il diritto alla vittoria del più forte abbia bisogno di legittimarsi apparendo come arituario, democratico e garantistico”; è questa la corrente cosiddetta ritualista. In proposito vedi BALL, *The play's the thing: an unscientific reflection on courts under the rubric of theater*, in *Stanford law rev.* 1975, 81; ma vedi anche SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, in *Wisconsin Law Review*, 1978, 29;

<sup>58</sup> MASHAW, *Administrative due process*, 907 prospetta una teoria della giustizia del processo contrapposta a quella strumentale, e fondata sul rispetto di valori quali l'uguaglianza, la dignità, l'autonomia, il rispetto della vita privata. Egli stesso afferma che le sue teorie si inseriscono nel contesto della tradizione liberale.

tali valori rischia di legittimare l'ingiustizia mascherandola con le buone maniere o l'ipocrisia delle buone intenzioni<sup>60</sup>. Sicuramente questi sono valori considerati positivi dall'ordinamento, ma essi non sono sufficienti a definire la giustizia del processo civile<sup>61</sup>.

A concezioni di giustizia procedurale soggettiva si richiamano coloro i quali valutano la giustizia del processo civile in funzione del sentimento di soddisfazione dei partecipanti<sup>62</sup>. Pur avendo affetti importanti per l'accettazione delle decisioni questa spiegazione è inadeguata a dar conto della realtà del fenomeno giurisdizionale<sup>63</sup>. In primo luogo perché le valutazioni soggettive di un certo tipo di procedura possono variare di soggetto in soggetto, rivelandosi in ultimo inadeguate a fornire criteri di valutazione oggettivi per le regole generali

---

<sup>59</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 262 spiega come uno delle nozioni centrali di questa concezione del processo è che ogni individuo abbia diritto al proprio "day in the court"; BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, ivi 488 osserva come molte delle proposte di riforma del processo civile statunitense, tendenti ad espandere il diritto di intervento dei terzi nel processo, giustificate in termini di efficienza ed economia del sistema processuale nel suo complesso, siano state criticate come ingiuste "because they violate a litigant's due process right to his own personal "day in court."; in proposito cfr. TRANGSRUD, *Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent*, Univ. Of Ill. L. Rev., 1989, 69, 74-76, 82-83, 87-88, il quale afferma che i mass torts cases violano il diritto personale di ciascun litigante alla "individual claim autonomy"; in sintonia con tale orientamento è la pronuncia *Richards v. Jefferson County*, 517 U.S. 793, 799-802 (1996)

<sup>60</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, 65 osserva come in tal caso la funzione del processo non sia accertare la verità, ma persuadere del fatto che la si sta accertando, garantendo in realtà la vittoria del più forte.

<sup>61</sup> SOLUM, *Procedural justice*, 264 critica questa concezione dignitarista della giustizia del processo, affermando come i valori della dignità e del rispetto, non solo non possano da soli fornire una risposta adeguata al problema della giustizia del processo, ma non possano neanche essere considerati allo stesso livello di importanza di altri valori

<sup>62</sup> Per una critica di tale impostazione vedi GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 89; esempi di tale concezione sono offerti da TYLER, *Procedural justice research*, in *social justice research*, 1987, 41; E. Allan Lind, Robert J. MacCoun, Patricia A. Ebener, William L.F. Felstiner, Deborah R. Hensler, Judith Resnik & Tom R. Tyler, *In the Eye of the Beholder: Tort Litigants' Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System*, 24 *Law & Soc'y Rev.* 953, 967, 968 tbl. 2 (1990)

<sup>63</sup> SOLUM, *procedural justice*, 264, e 267 è critico rispetto a tale concezione in quanto essa non terrebbe conto del fatto che il processo civile non ha effetti soltanto nei riguardi dei partecipanti "For example, accurate adjudication may produce general deterrence, legal proceedings may be subsidized by public expenditures, and so forth. Thus, litigant satisfaction cannot be the sole determinant of the utility of the procedural system"; critico sul punto è anche BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, ivi 505

ed astratte che disegnano la procedura. Ciò che può essere soddisfacente per una parte in una data situazione, può essere di fatto insoddisfacente per un'altra, in relazione a fattori economici sociali e culturali che variano di persona in persona<sup>64</sup>, e di caso in caso.

Una versione in apparenza attraente dei criteri per valutare la giustizia della procedura trova origine nella teoria del discorso di Habermas secondo cui il processo civile dovrebbe tendere a rappresentare il luogo di comunicazione ideale fra le parti. In quest'ottica il processo serve solo a risolvere i conflitti<sup>65</sup> e la giusta decisione è quella che risulta dal'aver seguito la procedura in cui le parti hanno avuto la stessa possibilità di presentare le proprie ragioni, e dove il giudice è in posizione neutrale<sup>66</sup>.

Se è vero che una procedura in cui le parti non hanno la stessa opportunità di presentare le proprie ragioni può generare sospetti in relazione alla giustizia della decisione, è però facile obiettare che una procedura che assicuri quest'opportunità non fornisce nessuna garanzia di giustizia. Soprattutto nel caso in cui informazioni cruciali relative alla causa non siano state considerate<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> nessuno vuol negare che in alcune forme di risoluzione dei conflitti la giustizia della procedura possa essere valutata avendo riguardo al gradimento dei partecipanti. Ma a questo fine rispondono sistemi di risoluzione alternativa delle controversie o realtà di giustizia privata, quali gli arbitrati, in cui le parti, infatti, possono concordare fra loro le regole della procedura; considerazioni analoghe sono espresse da BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, ivi 506, in nota, che osserva "It is virtually impossible to achieve unanimity on the fairness of a procedure. There will always be some litigants who believe that they lost because of a mistaken decision, that the mistake could have been avoided with a different procedure, and therefore that the existing procedure is unfair to them. Given the inevitability of dissent, how is one supposed to tell when a procedure is fair? Is it enough that 51% of parties feel satisfied? 70%? 95%? Any choice seems morally arbitrary."

<sup>65</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, 150

<sup>66</sup> SOLUM – MARZEN, *Truth and uncertainty: legal control of the destruction of evidence*, in Emory L. J., 1987, 1085, ivi, 1164 osservano come questa concezione "discorsiva" della verità sia in contrapposizione con la teoria corrispondentista. Essi inoltre rilevano come l'applicazione al contesto giurisdizionale di tale teoria determina che "there can be no criteria for a correct verdict other than the criteria for the settlement of a légal dispute through the correct judicial procedures"; in tal senso anche TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, 61

Applicare al processo civile la teoria del discorso di Habermas, sembra quindi in ultima analisi una forzatura, ingannevole ed illusoria. Le condizioni ideali di un discorso razionale, che richiederebbero la sospensione degli interessi individuali delle parti in favore della ricerca di un consenso razionale, non possono infatti essere soddisfatte nella realtà del fenomeno processuale<sup>68</sup>, dove le motivazioni che spingono i litiganti a partecipare al processo non possono che essere di stampo partigiano. Le parti non partecipano al processo per trovare un accordo su ciò che è giusto, poiché questo è già stabilito dalla legge in base alla quale essi ritengono di essere titolari di un diritto.

Queste concezioni della giustizia del processo, affidando la giustizia della decisione ad una concezione pura della giustizia procedurale, risultano inadeguate a descrivere la realtà del processo<sup>69</sup>, in ragione della mancata considerazione dei criteri esterni di giustificazione razionale della decisione stessa<sup>70</sup>. Inteso in questo modo il processo ha il solo scopo di risolvere pacificamente le controversie<sup>71</sup>.

La giustizia della decisione, non potendo essere valutata in relazione alla sua corrispondenza ad un criterio esterno di razionalità (la realtà dei fatti), troverà allora giustificazione nella sua capacità di sanare la controversia,

---

<sup>67</sup> SOLUM, procedural justice, 272; ci sembra che ad analoga conclusione giunga BONE, Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness, in Boston University Law Review, 485, ivi 538

<sup>68</sup> SOLUM – MARZEN, Truth and uncertainty: legal control of the destruction of evidence, in Emory L. J., 1987, 1085, ivi, 1164

<sup>69</sup> come ha ben evidenziato TARUFFO, la prova dei fatti giuridici, Milano, 1992, 18 in questo caso il processo non ha alcuna finalità conoscitiva, ed esso può addirittura giustificare decisioni fondate su un accertamento falso.

<sup>70</sup> SOLUM, *Procedural Justice*, 243 osserva come questa prospettiva “suffers from serious flaws, namely, the exclusion of all considerations of accuracy and cost as the criteria for procedural fairness” e di conseguenza “purchases conceptual purity at the price of plausibility”; BONE, Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness, in Boston University Law Review, 485, ivi 509 afferma “There are problems with process-based theories of procedural fairness. At best, they are incomplete; at worst, they are incoherent. Process-based theories are incomplete because they ignore outcomes”

<sup>71</sup> TARUFFO, la prova dei fatti giuridici, Milano, 1992, 16; DAMASKA, i volti della giustizia e del potere, bologna, 1991, 158, 173, 337, 352; TRUBEK, *Studying courts in context*, in *Law & society rev.*, 1980, 489; ID., The construction and deconstruction of a dispute-focused approach: an afterword, *law & soc*, 1980, 727; TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol VI, torino, 1989, 340

determinando<sup>72</sup> la giustizia della decisione in accordo a valori quali l'autonomia privata e la pace sociale. Da tale prospettiva però emerge una concezione decisionista della giurisdizione, e formalistica della giustizia della decisione, dove alla fin fine, l'unica cosa che conta è il rispetto della procedura.

Appurato che queste concezioni della giustizia della procedura non possono fornire una spiegazione né completa né coerente del fenomeno del processo civile<sup>73</sup>, resta da verificare se esse possano contribuire, almeno in parte, a definire una concezione della giustizia del processo civile, in relazione ad alcuni aspetti della procedura, importanti non tanto perché orientati al valore della giustizia della decisione, ma perché orientati al giusto trattamento delle parti in causa ed al rispetto dei loro diritti individuali.

## 8. La contrapposizione tra Outcome-based values e process-based values

Le critiche mosse alla versione strumentale della giustizia del processo trovano origine nella presunta indifferenza che essa presenterebbe nei confronti della giustizia dal punto di vista del singolo cittadino.

il punto di riferimento fondamentale per una riflessione sulla concezione utilitaristica delle istituzioni processuali, è il pensiero di Bentham<sup>74</sup>, il quale, assumendo una prospettiva totalmente orientata al valore della *rectitude* della decisione, è stata oggetto di facili critiche<sup>75</sup> da parte dei suoi oppositori che hanno

---

<sup>72</sup> Si osserva come emerge da questa prospettiva una concezione decisionista della giurisdizione, dove al sapere si sostituisce il potere del più forte

<sup>73</sup> BONE, Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness, in Boston University Law Review, 485, ivi 509

<sup>74</sup> in proposito vedi GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 9; per un'analisi approfondita del pensiero di Bentham sul sistema processuale vedi TWINING, *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, London 1986; POSTEMA, *Bentham and the Common Law tradition*, Oxford, 1988; ID., *The principle of utility and the law of procedure: Bentham's Theory of adjudication*, in Georgia Law Rev, 1977, 1393, ivi 1401

<sup>75</sup> riguardo a tale impostazione cfr. BONE, Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness, in Boston University Law Review, 485, ivi 489; in

sottolineato come questo squilibrio a favore dell'utilità generale di giungere a decisioni accurate<sup>76</sup>, possa andare a discapito del rispetto, della dignità, o di altri diritti individuali del singolo cittadino.

Il problema della giustizia del processo, e della sua capacità di legittimare i risultati, sembra allora contenere in sé due prospettive. Da un punto di vista oggettivo è giusto il processo che è teso a perseguire decisioni accurate al fine di attuare i principi della legge sostanziale. Ma questa considerazione non aiuta a superare le critiche mosse alla concezione strumentale in ragione della mancata considerazione dei valori sopra considerati.

D'altra parte si può ritenere giusto quel processo che tratti i singoli individui con dignità, nel rispetto dei diritti fondamentali ad essi riconosciuti dall'ordinamento<sup>77</sup>.

Spesso queste due prospettive sono state considerate in contrapposizione fra loro<sup>78</sup>. Ma come abbiamo visto le concezioni della giustizia del processo che trascurano il valore della accuratezza della decisione non sono in grado di fornire una risposta sufficiente ed indipendente della questione<sup>79</sup>.

---

riferimento agli effetti negativi nella mass litigation dovute alla diversità delle situazioni particolari intra-class si esprime COFFEE, Jr., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, 54 U. Chi. L. Rev. 877, 879-80, 916-17, 919 (1987); GALLIGAN, *due process*, 10, pur riconoscendo come il valore della *rectitude* delle decisioni sia fondamentale se inteso come corretta applicazione della legge sostanziale, sottolinea come il pensiero di Bentham non tenga conto delle complessità e molteplicità di valori che incorporano oggi le istituzioni processuali.

<sup>76</sup> GALLIGAN, *due process and fair procedures*, 10 evidenzia come il pensiero di Bentham sia percorso dall'idea per cui "the reason for seeking accuracy is utility; not the direct utility in upholding laws which themselves maximize utility, but the utility in the social stability which follows from the accurate and regular application of the laws".

<sup>77</sup> GALLIGAN, *due process and fair procedures*, 48 descrive così le due dimensioni di giustizia del processo "one consisting of the collective interest in achieving the objects of the law, the other intreating individual persons in accordance with their normative expectations in relation to law"

<sup>78</sup> MASHAW, *administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, Boston University Law Rev. , 1981, 885, ivi 910 afferma "The utilitarian, after all, asks not, 'What right do individuals have?,' but 'what maximizes social welfare?'. In some sense utilitarianism is the antithesis of an individual rights perspective"

<sup>79</sup> SOLUM, *procedural justice*, 264; di opinione contraria è MASHAW,

È necessario, allora, verificare se sia possibile parlare di una giustizia del processo, che, senza dimenticare il valore della accuratezza della decisione, sia attenta al rispetto dei diritti e della dignità degli individui.

Dalla dualità di prospettive sopra descritta, trae origine la classificazione dei criteri utilizzati per valutare la giustizia del processo civile in due categorie di valori: strumentali, in quanto relativi alla qualità della decisione che emerge dal processo<sup>80</sup>, e non strumentali, perché inerenti alla procedura considerata in sé stessa<sup>81</sup>.

I valori processuali non strumentali<sup>82</sup>, i *process-based values*, sono tradizionalmente individuati in relazione a diritti fondamentali ed irrinunciabili del cittadino, che esistono in maniera indipendente dal problema della ricerca della verità dei fatti nel processo, e della qualità del contenuto della decisione.

Si tratta di valori, quali l'uguaglianza<sup>83</sup>, la partecipazione delle parti al processo<sup>84</sup>, il diritto alla riservatezza<sup>85</sup>, la trasparenza e prevedibilità delle regole,

---

<sup>80</sup> ALLISON, *Ideology, Prejudgement and process values*, in *New England Law Review*, 1994, 657, ivi 659

<sup>81</sup> Distingue tra valori processuali strumentali ed intrinseci TRIBE, *American constitutional law*, 666 (2d ed. 1988); parla invece di valori process-oriented contrapposti a valori outcome-oriented BONE, *Statistical Adjudication: Rights, Justice, And Utility in a World of Process Scarcity*, *Vand. L. Rev.*, 1993, 561, 598; ID., *Agreeing to fair process*, 489; MASHAW, *Administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, in *Boston University Law Rev.*, 1981, 885, ivi 886; SUMMERS, *Evaluating and improving legal processes – A plea for process values*, in *Cornell Law Review*, 1974, 1; MICHAELMAN, *Formal and associational aims in procedural Due Process*, in *Due process, Nomos XVIII*, Pennock –Chapman (eds.), New York, 1977, 126; SAPHIRE, *Specifying Due process values: Toward a more responsive approach to procedural protection*, in *University of Penn. Law Rev.*, 1978, 111, 127

<sup>82</sup> anche definiti intrinseci

<sup>83</sup> MASHAW, *administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, *Boston University Law Rev.*, 1981, 885, ivi 899 e ss., spiega come il valore dell'uguaglianza nel processo non possa che esprimersi nel suo aspetto formale “formal and substantive equality often compete. The ability of both sides in a conventional adversary dispute to question a witness seems essential to formal equality”.

<sup>84</sup> MASHAW, *administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, *Boston University Law Rev.*, 1981, 885, ivi 902

<sup>85</sup> MASHAW, *administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, *Boston University Law Rev.*, 1981, 885, ivi 904 e 905 afferma, in relazione al manifestarsi del diritto alla privacy nella procedura “the intuition that privacy matters, that processes that protect privacy are better

il diritto di allegare fatti e produrre prove per influenzare l'esito della decisione, il diritto alla motivazione della decisione<sup>86</sup>, il diritto ad un giudice imparziale, talora ricondotti a concetti, dai confini meno precisi, quali umanità<sup>87</sup> e dignità dell'individuo.

Il rispetto di questi valori, è ricondotto all'obbligo morale e giuridico dell'ordinamento, di trattare gli individui non come strumenti, ma come fini<sup>88</sup>. In quest'ottica valori processuali quali la partecipazione delle parti al processo, il contraddittorio, l'imparzialità del giudice, la parità delle parti, sono interpretati come espressioni del rispetto che l'ordinamento giuridico porta agli individui<sup>89</sup>. Da parte di alcuni autori è stato però osservato come sia poco appropriato parlare, a proposito di questi principi generali, di valori processuali, poiché essi caratterizzano l'ordinamento nel suo insieme e non soltanto le istituzioni processuali<sup>90</sup>.

Esempi del rispetto di questi valori sono individuati in quelle regole che impediscono la tortura, o l'adozione di tecniche invasive della dignità umana per assumere prove, o l'inammissibilità, nel processo penale, delle prove che la polizia ha ottenuto violando i diritti dell'indagato sanciti dalla costituzione. A

---

than those that do not, is reinforced by the few specific process protections embodied in the American Constitution – the protections against self incrimination and unreasonable search”. Sul problema del diritto alla privacy Mashaw sottolinea anche come esso sia espressione del principio secondo cui un individuo deve essere lasciato in pace, rispettato come un essere umano autonomo con legittime richieste di essere considerato isolatamente dagli altri individui della società.

<sup>86</sup> MASHAW, *administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, Boston University Law Rev. , 1981, 885, ivi 900, definisce quest'insieme di valori come “dignitary demands”

<sup>87</sup> MASHAW, *administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, Boston University Law Rev. , 1981, 885, ivi 906 ammette “that they do not have very definite shapes” ; questa terminologia è utilizzata da SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Processes - A Plea for "Process Values"*, Cornell L. Rev. , 1974, 1, 3

<sup>88</sup> MASHAW, *administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, Boston University Law Rev. , 1981, 885, ivi 914 afferma “participation may be instrumentally valuable, but instrumental to the achievement of a moral purpose that is itself impossible to describe in instrumental terms, the purpose of treating a man not as a mere means but as a end in himself”

<sup>89</sup> MASHAW, *Administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, in *Boston University Law Rev.* , 1981, 885, ivi 915

<sup>90</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 51 e 57

questo tipo di esigenza rispondono quindi tutte quelle regole di esclusione delle prove volte a proteggere diritti individuali fondamentali che si trovino in collisione con quello dell'accertamento dei fatti nel processo.<sup>91</sup>

Se questi valori non sono rispettati, a prescindere dalla correttezza del risultato, si verifica una violazione del diritto individuale ad un giusto processo<sup>92</sup>. Proprio in ragione dell'imperfezione della procedura nel raggiungere risultati giusti, i valori della procedura indipendenti dalla giustizia del risultato, assumono, in questa prospettiva, una maggiore importanza. Poiché, si osserva, se non è possibile garantire la giustizia del risultato allora la giustizia del processo può essere valutata soltanto in relazioni a qualità della procedura indipendenti dalla giustizia della decisione<sup>93</sup>.

La su esposta contrapposizione tra la prospettiva individualistica, che si richiama alla considerazione di valori processuali quali la dignità ed il rispetto dei diritti individuali da parte dell'ordinamento, e la prospettiva strumentale, può, però, essere superata, consentendoci di affermare che una giustizia del processo valutata in relazione alla sua capacità di produrre decisioni giuste non deve essere per forza spiegata solo da un punto di vista strumentale, essendo possibile giustificarla anche ponendo i diritti individuali al centro del discorso<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 336, per esempio si tratta di regole di privacy o segreti di varia natura, sono i *privileges* del common law

<sup>92</sup> SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Processes - A Plea for "Process Values"*, Cornell L. Rev. , 1974, 1, 4

<sup>93</sup> SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Processes - A Plea for "Process Values"*, Cornell L. Rev. , 1974, 1, 5 afferma "in these circumstances (when the facts required for applying agreed-upon standards are not ascertainable) the entire process result aggregate can be judged only in terms of the quality of the process itself, and thus largely in terms of the process values it implements or serves"

<sup>94</sup> in proposito vedi BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485, ivi 489. strenui sostenitori della teosria della giustizia procedurale ex ante sono Bruce Hay e David Rosenberg. Cfr. HAY, *Procedural Justice - Ex Ante vs. Ex Post*, *UCLA L. Rev.*, 1997, 1803, 1843-47 1997; vedi anche see also HAY - ROSENBERG, *The Individual Justice of Averaging*, Olin Discussion Paper No. 285, available at <http://www.law.harvard.edu/programs/olincenter/> affermano "a rule of compulsory averaging comports with "individual justice" and fairness to all litigants because it would have been chosen ex ante". Rosenberg, inoltre, strenuo sostenitore delle class actions, usa l'argomento della valutazione ex ante per giustificarle. Per esempio egli insiste sul fatto che "the

## 9. Critica alla contrapposizione tra *process values* e *outcome values*

In primo luogo va osservato come molti istituti processuali ricondotti, nella prospettiva dignitarista, all'espressione di *process values* quali uguaglianza, dignità e rispetto, esprimono in realtà anche una concezione strumentale del processo verso la giustizia della decisione.<sup>95</sup>

Così, se il diritto al contraddittorio, o meglio, di partecipazione delle parti al processo, può essere visto come espressione del rispetto dell'individuo da parte dell'ordinamento, non può essere ignorato il fatto che tale valore assume una grandissima importanza in relazione alla giustizia del risultato. Ciò che, però, è importante evidenziare è come quest'ultima prospettiva sia ineludibile, poiché un diritto di partecipazione che non consentisse alle parti di poter influire sulla qualità della decisione, non potrebbe consentire alla procedura di dare legittimità al risultato, e si rivelerebbe, in un'ultima analisi un'illusione per mascherare le ingiustizie.

Analogamente l'imparzialità del giudice può essere considerata un valore inerente al rispetto del principio costituzionale di uguaglianza, e quindi riguardare la giustizia della procedura a prescindere da considerazioni relative alla giustizia della decisione. Oppure può essere considerata un elemento importante per l'accettazione della decisione e per la propensione dei destinatari a conformarsi ad

---

ex ante argument has the virtue of maximizing individual as well as social welfare and protecting moral values such as impartiality and individual autonomy. Vedi in proposito ROSENBERG, *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*, *Va. L. Rev.*, 2002, 1871, 1911-16. Egli inoltre sostiene, in risposta alle teorie del diritto al "day in court" che "individual autonomy can be better served by enforcing the "mast-tying choices an individual would have made ex ante", in proposito vedi ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Torts*, in *Harv. L. Rev.*, 2002, 831, ivi 840-43

<sup>95</sup> ALLISON, *Ideology, Prejudgement and process values*, in *New England Law Review*, 1994, 657, ivi 659; in questo senso anche REDISH – MARSHALL, *adjudicatory independence and the values of procedural due process*, in *Yale Law Journal*, 1986, 455, 475 – 491 che osservano come molti istituti di un efficace sistema processuale promuovano in realtà entrambe le categorie di valori; GALLIGAN, *due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 92 "matters like lack of bias and being heard are generally and rightly considered to be primarily instrumental to outcomes. They may also have a value-expressive function but as a matter of both common sense and legal practice they are first and foremost directed to outcomes"

essa, a prescindere dal suo contenuto<sup>96</sup>. Anche qui, però, non si può dimenticare come il principio di imparzialità risponda ad esigenze strumentali della giustizia del processo, al fine di evitare che il giudice possa essere portato a decidere sulla base di fattori esterni<sup>97</sup> al merito della controversia<sup>98</sup>.

Il valore dell'imparzialità del giudice, quindi, costituisce sicuramente un'espressione del diritto ad un giusto trattamento da parte dell'ordinamento, ma se enfatizzato come valore indipendente dalla giustizia della decisione può servire a mascherare altre inadeguatezze della procedura<sup>99</sup>.

Le diverse prospettive adottate non devono dunque necessariamente essere intese come alternative inconciliabili, nessuna deve essere abbandonata in quanto entrambe sono ritenute necessarie per dar conto degli effetti e dei valori che tali principi possono esprimere e realizzare. Le interpretazioni non strumentali delle garanzie processuali sopra analizzate non devono essere rinnegate, ma da sole, come chiarito in precedenza, non riescono a fornire una giustificazione adeguata della procedura<sup>100</sup>.

In secondo luogo, e questa ci sembra la considerazione più importante, è possibile ricondurre il valore della giustizia della decisione ad una prospettiva che

<sup>96</sup> ALLISON, *Ideology, Prejudgement and process values*, 676 sottolinea come le ricerche sperimentali condotte dagli studiosi in material hanno rilevato che la presenza di un giudice parziale diminuisce la percezione di giustizia procedurale, rendendo meno accettabile la decisione, non solo se la decisione è sfavorevole, ma anche incaso contrario; Questa prospettiva è sostenuta da TYLER, *The role of perceived injustice in defendants' evaluations of their courtroom experience*, in *Law & society Review*, 1984, 51, ivi 52. per altri riferimenti relativi alla concezione soggettiva della giustizia procedurale vedi supra, nel Capitolo II, il relativo paragrafo. Secondo Allison, op. cit. 677 inoltre, il valore dell'imparzialità, potendo influenzare la legittimità delle decisioni e quindi la loro capacità di regolare assetti e comportamenti futuri, sarebbe un valore attinente all'efficacia delle decisioni.

<sup>97</sup> ALLISON, *Ideology, Prejudgement and process values*, 660

<sup>98</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 72 evidenzia il fatto che la difficoltà nell'individuare i casi in cui fattori esterni possono influenzare il giudice nel decidere, rende ancora più severo i principi di imparzialità rendendo operativa tale garanzia anche nei casi in cui vi sia semplicemente il rischio dell'influenza di tali fattori esterni. Non è necessario che sia evidente la parzialità del giudice, essendo sufficiente che sia evidente il rischio di tale parzialità.

<sup>99</sup> ALLISON, *Ideology, Prejudgement and process values*, in *New England Law Review*, 1994, 657, ivi 660

<sup>100</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 93

ponga al centro del discorso i diritti individuali, considerando il fatto che tale valore si presenta come la più importante delle garanzie individuali che dovrebbero essere assicurate a protezione del singolo cittadino di fronte al sistema giudiziario<sup>101</sup>.

## 10. Il valore della giustizia della decisione come garanzia individuale

Dal punto di vista del singolo individuo soggetto agli effetti della decisione l'elemento che di presenta come essenziale è che il suo caso sia trattato sulla base di regole predeterminate, in base alle quali egli ha costruito le sue aspettative giuridiche<sup>102</sup>. Per chiarire quest'affermazione è opportuno operare alcune precisazioni.

Implicito nella nozione di Stato di diritto, vi è il principio secondo cui i cittadini devono essere trattati conformemente ai diritti ad essi riconosciuti dall'ordinamento. Essi sono quindi titolari, non di una speranza o di un mero desiderio, ma di un'aspettativa legittima, che si traduce in un obbligo giuridico per l'ordinamento, a che i diritti individuali, sanciti dalla legge o da fonti superiori, siano rispettati. Si tratta, per dirla più brevemente, del principio di legalità.

Nel contesto processuale questo principio continua ad operare, tanto che la procedura per dirsi legittima e giustificare la decisione dovrà essere rispettosa dei diritti degli individui.

---

<sup>101</sup> DWORKIN, *Principle, Policy, Procedure*, in *A Matter of Principle*, 1985, 72, ivi 101 e ss., prospetta una teoria in cui il valore della giustizia della decisione trova il suo fondamento nel diritto ad essere trattato secondo il principio di eguaglianza, mettendo, tra l'altro in dubbio che possa ravvisarsi un'atto di ingiustizia nel negare il diritto di partecipazione delle parti al processo, al di là di quello che deriva da una decisione sbagliata; GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 57; Ma anche JOHNSTON, *Civil Justice Reform: Juggling Between Politics and Perfection*, in *Fordham L. Rev.*, 1994, 833, ivi 882 afferma "I will use the term 'procedural justice' broadly to suggest an assessment of the quality or success of procedural law in providing dispute-resolution participants what we think they are due" e ciò che è dovuto è dovuto proprio in relazione alle norme del diritto sostanziale.

<sup>102</sup> GALLIGAN, *due process*, 42

Ogni regola processuale deve dunque essere giustificabile in relazione al rispetto dei diritti individuali. Nel processo civile, per esempio, essere trattato su un piano di parità, in accordo ai principi di eguaglianza sanciti dalla Costituzione, avrà come effetto che i rischi di errore dovranno essere distribuiti in maniera equa, e la procedura non potrà dirsi legittima se non avrà rispettato il mio diritto ad essere trattato su un piede di parità.<sup>103</sup>

Analogamente il principio del contraddittorio dovrà trovare giustificazione nella sua strumentalità rispetto a qualche diritto individuale, sia esso il principio di eguaglianza, il diritto delle persone ad essere rispettate, o il diritto a che tutte le informazioni rilevanti siano considerate per pervenire ad una decisione giusta.

Molte regole processuali se analizzate, al fine di ricercarne la giustificazione, appaiono strumenti volti ad assicurare agli individui il diritto ad essere trattati giustamente (secondo quanto stabilito dalle leggi e dai diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione).

L'idea secondo cui le procedure devono essere considerate giuste se trattano gli individui in maniera conforme ai loro diritti individuali implica che esse devono essere valutate in base alla loro capacità di attuare quei diritti<sup>104</sup>.

Il problema è che nei sistemi giuridici vi è spesso la tendenza a individuare delle regole di procedura che sulla base della ragionevolezza e dell'esperienza sono considerate come mezzi per raggiungere risultati giusti, nel rispetto dei diritti individuali sanciti dall'ordinamento. Col passare del tempo esse finiscono però per essere considerate non più strumenti per l'attuazione dei diritti individuali, diventando anch'esse diritti individuali<sup>105</sup>.

Una volta che queste regole sono stabilite, la loro ragion d'essere tende ad essere dimenticata, ed esse cominciano ad essere considerate intrinsecamente giuste, diventano fini a sé stesse e, perdendo la loro funzione strumentale,

---

<sup>103</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 55

<sup>104</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 62

<sup>105</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 64

diventano il fondamento di diritti individuali<sup>106</sup>. Spesso esse assurgono al rango di diritti costituzionalmente garantiti così che ogni decisione che scaturisca da un processo conforme a tali regole è considerata di per sé giusta.<sup>107</sup>

Non si deve però mai dimenticare che la funzione di tali garanzie risiede nel fatto che esse sono strumenti per consentire l'attuazione dei diritti degli individui che partecipano al processo<sup>108</sup> e che esse non possono mai essere considerate giuste in sé stesse, dovendo trovare necessariamente giustificazione nel rispetto dei diritti riconosciuti dall'ordinamento agli individui<sup>109</sup>

La relazione tra procedure e diritto degli individui ad essere trattati in conformità ai diritti loro riconosciuti dall'ordinamento deve però essere analizzata anche in riferimento al carattere imperfetto che caratterizza le procedure giurisdizionali.

La procedura per essere giusta dovrà allora essere disegnata in modo da arrivare a decisioni giuste attraverso l'attività di accertamento dei fatti del giudice che, nel confronto tra diverse ipotesi ed argomenti e contro argomenti, sceglierà la tesi più attendibile.

---

<sup>106</sup> Illuminante è a tal proposito quanto espone FERRUA, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Questione giustizia*, 2001, 1114, in relazione alla contrapposizione tra garanzie formali e sostanziale. Nonostante tale autore si riferisca al processo penale non ci pare di poter dire che le conclusioni cui arriva non siano applicabili al processo civile. Se, si afferma, il processo altro non è che una sequenza di forme volte all'accertamento (della colpevolezza) dei fatti che costituiscono il fondamento di una domanda di tutela giurisdizionale di un diritto, allora si può dire, che in un certo senso tutte le garanzie sono formali. Ma sono formali in quanto inderogabilmente preordinate dal legislatore a protezione di specifiche esigenze del singolo processo.

<sup>107</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 64 afferma "it is not surprising that we also come to think of such procedural rules as inherently fair rules, so that decisions reached in accordance with them will be regarded as good decisions, fairly reached, while breach of them will taint the process"

<sup>108</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 65

<sup>109</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 71 "procedures are instrumental to and contingent upon ensuring that a person is treated according to authoritative standards of fair treatment. In some cases, procedures may themselves be the expression of important values. Implicit in this claim is the further idea that procedures are neither good nor fair nor justifiable in themselves"

La procedura, data la possibilità di errore che la caratterizza, dovrà essere anche attendibile per le parti, che dovranno avere fiducia nel fatto che essa riduce al minimo i rischi d'errore, e che i rischi d'errore saranno distribuiti equamente nel rispetto del principio di eguaglianza<sup>110</sup>.

Il rischio di errore infatti non ha soltanto un costo sociale per l'ordinamento, poiché esso, dal punto di vista dell'individuo, si traduce nella gravità della violazione di un diritto, ovvero in un atto d'ingiustizia, ed il rispetto delle garanzie volte a minimizzare i rischi d'errore serve a rendere attendibile il risultato dal punto di vista delle parti coinvolte.<sup>111</sup>

Queste considerazioni hanno il fine di evidenziare come nessuna regola di procedura possa essere, in sé, considerata necessaria. Piuttosto è da considerare razionale adottare certe procedure sulla base del fatto che esse normalmente contribuiscono a raggiungere risultati più giusti.<sup>112</sup>

In questo senso la violazione delle garanzie processuali rende sospetto il processo, poiché le persone coinvolte avranno adeguate ragioni per sostenere che non è stato fatto tutto il possibile per giungere ad una decisione giusta. Dato il carattere imperfetto del processo, la difficoltà nello stabilire se effettivamente la giustizia del risultato ha risentito della violazione, si traduce per il cittadino, in un sospetto di ingiustizia nei suoi confronti<sup>113</sup>.

Nella visione dignitarista prima riportata, i *process values* quali l'imparzialità del giudice, il diritto al contraddittorio, la parità delle parti nel processo, hanno la funzione di esprimere il rispetto dell'ordinamento nei confronti

---

<sup>110</sup> DWORKIN, principle, policy, procedure, in *A matter of principle*, 86 evidenzia il diverso tipo di ingiustizia che caratterizza gli errori incidentali rispetto a quelli che derivano dall'adozione di procedure che non sono volte a massimizzare la possibilità di giungere a decisioni giuste.

<sup>111</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 68 e 70; in senso analogo DWORKIN, principle, policy, procedure, in *A matter of principle*, 84

<sup>112</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 72

<sup>113</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 73

degli individui. Solo incidentalmente, e secondariamente<sup>114</sup>, essi hanno la funzione di condurre a decisioni più accurate<sup>115</sup>.

Questa interpretazione però difetta poiché, come abbiamo in precedenza evidenziato, in uno stato di diritto, essere trattati con dignità e rispetto è un concetto che include in sé il diritto a che le decisioni giurisdizionali siano prese in conformità alle legittime aspettative che l'individuo nutre in riferimento ai diritti riconosciutigli dall'ordinamento<sup>116</sup>.

Questo d'altronde non esclude il fatto che altri valori, oltre a quello che le decisioni siano conformi al diritto sostanziale, concorrano a definire la giustizia della procedura<sup>117</sup>. Definire però tali valori come *process values* rischia di dar vita ad un equivoco, portando a ritenere che la giustizia della procedura sia valutabile solo in riferimento ad essi e che la qualità del risultato non sia un criterio adeguato a valutare la giustizia della procedura.<sup>118</sup>

Allora forse quelle prospettive che tendono a trascurare il valore della accuratezza della decisione possono avere la marginale funzione, di non farci dimenticare che i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione non possono mai essere trascurati<sup>119</sup>, ma questo nessuno, salvo, forse, Bentham, lo ha mai sostenuto.

---

<sup>114</sup> GA LLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 77 describe in questo modo l'approccio dignitarsita alla giustizia della procedura giurisdizionale "it seems to be that accurate decision making is a second-order, instrumental value serving the fundamental, first-order values of privacy, equality and comprehensibility."

<sup>115</sup> GA LLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 80

<sup>116</sup> DWORKIN, *Principle, policy, procedure*, in *A matter of principle*, 72, ivi GA LLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 76

<sup>117</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 78 "the role of accuracy in securing respect for rights and, therefore, for the persons becomes readily apparent. To miss that dimension of accuracy is to miss its main point, perhaps the hidden target of the attack on accuracy is Bentham, for Bentham did emphasize that rectitude was the primary goal of legal decisions "

<sup>118</sup> GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996, 79 a questo proposito ritiene preferibile distinguere tra outcome values e non outcome values, entrambi individuati come criteri per valutare la giustizia della procedura anche dal punto di vista del singolo individuo.

<sup>119</sup> GALLIGAN, *due process and fair procedures*, Oxford 1996, 77 e 82

Se quindi si può affermare che da un punto di vista utilitaristico l'accuratezza delle decisioni è il valore più importante per valutare la giustizia del processo, da un punto di vista del diritto del cittadino ad essere trattato con dignità e rispetto<sup>120</sup>, il fatto che le decisioni siano prese in conformità alle aspettative che egli nutre in relazione ai propri diritti, è un valore che non può essere sacrificato<sup>121</sup> se non per ragioni chiare e irrinunciabili individuate dalla Costituzione.

L'affermare che il principio del giusto processo, sancito dalla costituzione, si riduce al rispetto delle garanzie processuali in esso, o in altri articoli, elencate, significherebbe porsi in una prospettiva formalistica.

Così facendo si rischia di ignorare che la reale funzione del processo è di produrre decisioni che siano conformi alle aspettative giuridiche del cittadino, e che la funzione delle garanzie processuali non è fine a sé stessa, ma di fungere da meccanismo di protezione per i singoli contro quei pericoli di ingiustizia della decisione che possono caratterizzare una procedura imperfetta qual è quella giurisdizionale<sup>122</sup>.

Il processo quindi non potrà mai dirsi giusto in sé stesso, ma solo se valutato in relazione alla sua capacità di giungere a risultati giusti, nel rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla costituzione.

Non solo dal punto di vista dell'interesse generale dell'ordinamento all'attuazione della legge il valore della giustizia della decisione è primario per valutare la giustizia del processo, ma anche da punto di vista del diritto del singolo cittadino, il rispetto del principio costituzionale di uguaglianza che stabilisce che tutti devono essere trattati in modo uguale, secondo quanto stabilito dalla legge, implica che solo un processo civile strutturato in modo da ridurre i rischi di decisioni ingiuste, può essere considerato giusto.

---

<sup>120</sup> BONE, Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness, B.U.L. Rev. 485, 510, nota 74 afferma "Accuracy is the objective with the clearest implications for individual fairness"

<sup>121</sup> GALLIGAN, Due process and fair procedures, Oxford, 1996, 78 "accuracy, after all, is just another way of saying that a person's right and other normative expectations created by law should be respected; to respect them is to respect the right-holder"

<sup>122</sup> DWORKIN, Principle, policy, procedure, in A Matter of Principle, 1986, 101

### **11. Ulteriori implicazione di una concezione del giusto processo che include in sé il valore della giustizia della decisione sulla struttura del processo civile: il problema della completezza del materiale probatorio**

Evidenziato come il valore della giustizia della decisione debba essere considerato un elemento necessario del diritto costituzionale ad un giusto processo, resta da verificare in che misura esso sia rispettato nella realtà del processo civile. Il sacrificio di tale valore, infatti, sarà giustificato soltanto se posto in essere in nome di un diritto costituzionalmente garantito con esso in contrasto.

La giustizia della decisione, individuata in base al suo grado di approssimazione alla realtà dei fatti, porta in evidenza la funzione del processo come luogo di accertamento della verità.

Data l'intrinseca imperfezione che caratterizza il processo civile nell'accertamento della verità dei fatti, insieme alle garanzie processuali, già analizzate, volte a rendere meno probabili casi di distorsione della realtà dei fatti che renderebbero meno probabile il perseguimento di decisioni giuste, vi è un ulteriore principio, da cui non si può prescindere, se si concorda sul fatto che il processo deve perseguire decisioni il più possibile veritiere, che riguarda il problema della completezza del materiale probatorio<sup>123</sup>.

Proprio perché nel processo non si può mai raggiungere la certezza della verità dei fatti posti a fondamento della decisione, è necessario che la decisione sia fondata su una ricostruzione il più attendibile possibile dei fatti, supportata dal

---

<sup>123</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 341, sottolineando la differenza fra il concetto di rilevanza e quello di ammissibilità osserva come negli ordinamenti di common law sia vigente il principio per cui tutte le prove rilevanti sono ammissibili, essa secondo tale autore, rappresenta «la consacrazione di un principio di ragione per cui se occorre accertare un fatto tutti gli elementi idonei a fondare questo accertamento devono poter essere impiegati»

maggior numero di elementi a disposizione del giudice per vedere confermata l'ipotesi di decisione<sup>124</sup>.

Poiché nel processo gli elementi di conferma o confutazione di un'ipotesi, sono costituiti dalle prove, ed il giudice decide qual è l'ipotesi più attendibile in base alle prove di cui dispone<sup>125</sup>, ne consegue che tanto maggiori saranno i mezzi di prova disponibili, tanto maggiore sarà il grado di approssimazione alla realtà dell'ipotesi considerata più attendibile. Analogamente tanto più saranno limitati gli elementi di prova a disposizione del giudice, tanto meno potrà considerarsi attendibile l'ipotesi di fatto<sup>126</sup> posta a fondamento della decisione<sup>127</sup>.

Al di là, quindi, delle peculiarità proprie di ogni ordinamento, può considerarsi un principio generale di razionalità in campo giuridico quello secondo cui *"ogni prova rilevante va ammessa salvo che una specifica norma di legge la escluda o ne subordini l'ammissione a particolari presupposti o condizioni"*<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> DAMASKA, *Evidence Law adrift*, London, 1997 114 rileva la generale indifferenza dei sistemi di civil law nei confronti del problema della completezza del materiale probatorio; al riguardo vedi anche FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004

<sup>125</sup> TARUFFO, la prova dei fatti, 212 "idea della probabilità logica come rapporto di conferma tra un'ipotesi e gli elementi che ne fondano l'attendibilità"

<sup>126</sup> STEIN, *An Essay on Uncertainty and Fact-finding in Civil Litigation, with Special Reference to Contract Cases*, in *Univ. of Toronto L.J.*, 1998, 299 afferma "Law, experience, and philosophy of induction all tell us that fact-finding in adjudication is a matter of probability rather than certainty. In civil trials, upon which this essay focuses, a fact generally will be held as established when it is 'more probable than not.' This standard is known as 'proof on a balance of probabilities' or 'proof by a preponderance of the evidence.' The problem examined here is evidential scarcity and the resulting contingency of probability assessments. Because trial evidence is always scarce, any probabilistic decision that triers of fact make on the basis of available information will be open to challenge. A decision could easily be justified, or even necessitated, by the existing evidence, if the latter were known to be sufficient. But the sufficiency of evidence is a largely unknown, if not altogether unknowable, factor. Factual uncertainty is engendered by evidence that is missing, not by evidence that is available, and nobody can point rationally to the facts that would be revealed by the missing evidence, if it were available. Triers of fact are, therefore, doomed to conditioning their probability assessments upon existing evidence, in the hope that their findings can survive a potential collision with other information of which they are unaware. The validity of probabilistic assessments made by triers of fact is always contingent on this hope."

<sup>127</sup> SUMMERS, *formal legal truth and substantive truth in judicial fact – finding*, in *Essays in legal theory*, Kluwer, 2000, 285, ivi 289

<sup>128</sup> TARUFFO, 351

Questo principio, è stato osservato, “risponde all’esigenza fondamentale di massimizzare le possibilità di accertamento razionale ed attendibile dei fatti.”<sup>129</sup>

Il problema della disciplina della prove nel processo è, però, spesso visto dalla dottrina<sup>130</sup> come un problema autonomo e autosufficiente rispetto a considerazioni extragiuridiche, ed è perciò analizzata solo da un punto di vista interno all’ordinamento, ignorando il fatto che le regole sulla ammissibilità delle prove riguardano ragioni storiche e contingenti, non inerenti alla razionalità dell’accertamento dei fatti<sup>131</sup>.

Senza approfondire l’analisi della questione, ci sembra per ora opportuno sottolineare come, almeno in linea di principio, non possa dirsi giusto un processo che, ingiustificatamente, ponga dei limiti all’ingresso del materiale probatorio nel processo. Questo rende necessario verificare quale sia il fondamento razionale in base al quale, nel nostro ordinamento, sono giustificate le norme che contrastano tale principio generale.

---

<sup>129</sup> TARUFFO, 351

<sup>130</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 319 sottolinea che “se si assume un punto di vista positivista secondo cui è giuridico solo ciò che è previsto dalle norme, allora il problema dell’accertamento dei fatti nel process e quello conseguente delle prove rimane ancorato ai criteri già interni al processo, che però non potranno servire per valutare la bontà di un metodo. Taruffo spiega come questo atteggiamento sia prevalente nella dottrina italiana che studia i problema delle prove e dell’accertamento del fatto nel processo soltanto riferendosi alla disciplina giuridica positiva delle prove e non a problemi metagiuridici. Egli inoltre riporta come eccezioni a questa concezione le riflessioni di PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847, 187; CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947, 76 e 116 e ss.; CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico, e la genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, 11.

<sup>131</sup> TARUFFO, 351

## **Capitolo IV**

### **Analisi di alcuni istituti del processo civile contrastanti con la garanzia ad una giusta decisione**

**Sommario:** 1. I termini del problema; 2. Il dovere di verità delle parti nel processo civile; 3. Il sapere delle parti mortificato; 4. Il problema dell'attendibilità. Un problema comune alla parte ed ai terzi interessati; 5. Riflessioni sulla vera natura del principio *nemo in propria causa testis esse debet*; 6. Preteso contrasto tra un obbligo di verità delle parti e altri principi principio dell'onere della prova

## 1. I termini del problema

Nelle parti precedenti del lavoro abbiamo spiegato come il diritto ad un giusto processo sancito dall'art. 111 della costituzione configuri in capo agli individui il diritto ad una decisione fondata su fatti il più possibile veritieri compatibilmente con gli altri diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento.

In questa parte del lavoro la nostra analisi sarà volta a verificare se la disciplina positiva del processo civile sia rispettosa di tale diritto.

In particolare si approfondirà l'esame di alcuni istituti processuali che sembrano muoversi in una prospettiva opposta a quella indicata, al fine di indagare se essi trovino giustificazione in qualche diritto fondamentale garantito dalla Costituzione, oppure si pongano illegittimamente in contrasto con il diritto costituzionale ad un giusto processo e ad una giusta decisione.

Il primo aspetto della disciplina positiva del processo civile che sembra in palese contrasto con il diritto ad una decisione fondata su fatti veritieri riguarda la mancanza, fra le regole processuali, di un dovere per le parti di dire la verità<sup>1</sup>. La mancata previsione di tale dovere ha infatti come conseguenza di rendere scarsamente utilizzabile il sapere delle parti ai fini della ricostruzione dei fatti nel processo, allontanando la probabilità di giungere a decisioni giuste.

Come avremo occasione di approfondire, il problema di un dovere di verità delle parti nel processo civile si presenta strettamente collegato, anche se a parere di alcuni<sup>2</sup> non necessariamente coincidente, con l'istituto della testimonianza della parte<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> per una prospettiva critica di tale disciplina vedi CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, 504, ivi 510

Connesso al problema della testimonianza della parte, sembra essere, almeno per quel che riguarda l'apparente comunanza di *ratio* posta a giustificazione dei due istituti, la disciplina relativa ai limiti soggettivi di ammissibilità della prova testimoniale, o meglio l'unico rimasto ancora in piedi, relativo all'inammissibilità della testimonianza dei terzi interessati, previsto dall'art. 246 c.p.c.<sup>4</sup>, dopo che la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 247 e parte dell'art. 248 c.p.c.

Come vedremo la ragione dell'esclusione della testimonianza della parte e dei terzi interessati è fondata sulla base della scarsa attendibilità che caratterizzerebbe tali dichiarazioni.

Il secondo aspetto in relazione al quale si intende verificare la conformità con il diritto costituzionale ad una decisione fondata su fatti il più possibile veritieri riguarda l'istituto, previsto dall'art. 210 e ss. c.p.c., dell'ordine di esibizione di prove, sia nei confronti della parte, che dei terzi estranei alla causa.

Pur consapevoli delle differenti problematiche che questi istituti sollevano, la scelta di porre su di essi la nostra attenzione è dovuta al fatto che essi vengono ricondotti, più o meno espressamente, al medesimo principio generale che ispirerebbe il nostro ordinamento<sup>5</sup>. Stiamo parlando della sacra regola *nemo*

---

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Milano, 1962, 381 e ss., afferma "il nesso, intercorrente fra obbligo della parte ed obbligo di verità, sicuramente non è infatti quello di una *necessaria* correlazione. Egli adduce a sostegno della sua tesi quei casi in cui è ammessa l'atestimonianza dei soggetti incapaci, quali i minori degli anni 14 ex art. 248 c.p.c., ai quali non si chiede di prestare giuramento, poiché non li si ritiene in grado di assumersi tale obbligazione e responsabilità. Non per questo, continua Cappelletti, essi non devono essere ritenuti capaci di avere e di esprimere percezioni dei fatti.

<sup>3</sup> L'analisi tutt'ora più approfondita e completa è svolta da CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Milano, 1962; vedi anche ID., Processo e ideologie, Bologna, 1969, 35, 54, 169 e ss.

<sup>4</sup> Cfr. sul tema CHIARLONI, Processo civile e verità, in *Questione giustizia*, 1987, 504, ivi 513; COMOGLIO, Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, 70

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, la testimonianza della parte, 380 sostiene che il principio *nemo tenetur edere contra se* sia ormai apertamente respinto anche dal nostro legislatore. Di ciò si troverebbe conferma nelle disposizioni relative all'ordine di esibizione di prove ex art. 210 c.p.c.

*tenetur contra se edere*<sup>6</sup>, principio dalle oscure origini, e dalla dubbia razionalità, ove riferito al processo civile<sup>7</sup>.

## 2. Il dovere di verità delle parti nel processo civile

La questione della relazione tra dovere di verità e parti nel processo civile è stata trascurata dal legislatore del 1940, nonostante autorevoli progetti di riforma del codice di procedura civile proponessero l'introduzione di un obbligo delle parti di non dire consapevolmente cosa contraria al vero. Era ben chiaro ai maestri della dottrina processualcivilistica che tale obbligo non si poneva in alcun modo in contrasto con il principio dispositivo, ispiratore del nostro processo civile.<sup>8</sup>

Come noto, infatti, nel nostro codice l'unico dovere configurabile per le parti è riconducibile all'art. 88 c.p.c.<sup>9</sup> che si limita ad affermare che "Le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità"<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> scarse e contraddittorie sono le fonti che permettono di risalire all'origine di tale principio. Tuttavia per alcune riflessioni sulle origini e la portata di tale concetto, non soltanto in riferimento al processo penale, vedi GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972, 5; KOHL, *procès civil et sincérité*, Liège, 1971, 15; WIGMORE, *Nemo tenetur seipsum prodere*, in *Harvard Law Rev.*, 1891, 71; CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, 380; per accenni a tale principio ed alle sue oscure origini vedi PUGLIESE, *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *Studi in onore di De Francesco*, I, Milano, 1957, 545; con particolare al processo penale vedi anche FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, 623 e 700,

<sup>7</sup> CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, 504, ivi 510, sottolinea come tale *motto tradizionale* "ancor oggi incongruamente accomuna le parti di un processo civile e l'imputato del processo penale, quasi che una divergente evoluzione ultrasecolare non avesse provveduto a erodere l'originaria assolutezza dei diritti di proprietà e a circondare di garanzie via via più incisive i diritti di libertà"

<sup>8</sup> per i riferimenti al riguardo cfr. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, 379, in nota

<sup>9</sup> non ritiene che dall'esegesi di tale articolo sia configurabile per le parti un dovere di verità MAZZOCCHI, in *commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di Carpi Colesanti Taruffo, Padova, 131; CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, 504, ivi 512 auspica una lettura meno restrittiva dell'art. 88 c.p.c. soprattutto in relazione alla disciplina prevista dall'art. 96 c.p.c. in tema di responsabilità aggravata per lite temeraria. Egli riconosce però che, l'opinione assolutamente prevalente in dottrina e giurisprudenza, è nel senso di negare la sussistenza di un dovere di verità per le parti.

Pur osservando come parte della dottrina<sup>11</sup> abbia ravvisato in tale norma il fondamento di un dovere di verità delle parti<sup>12</sup>, va detto che la maggior parte degli studiosi ha escluso che essa possa avere tale implicazione, dovendosi, secondo i più, escludere che essa abbia effetti giuridici<sup>13</sup>. Al più in essa è stato identificato un criterio di applicazione di altre norme quali l'art. 92 c.p.c. in materia di condanna alle spese<sup>14</sup>, e l'art. 116 c.p.c. che permette al giudice di desumere argomenti di prova dal comportamento delle parti nel processo. Comune è poi l'opinione che esso costituisca il fondamento per l'applicazione dell'art. 96 c.p.c. in materia di responsabilità aggravata<sup>15</sup>.

Vediamo però di capire le ragioni che stanno alla base di questa scelta del legislatore di escludere in capo alle parti un dovere di verità, e la possibilità di testimoniare.

---

<sup>10</sup> in proposito, anche per un'analisi di diritto comparato del dovere delle parti di dire la verità, vedi COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, 128; ID, *le prove civili*, Torino, 1998, 15; per quel che riguarda il problema di un dovere di verità per i difensori vedi DANOVI, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 1995; CARPI – TARUFFO, *Commentario al codice di procedura civile, art. 88*, Padova, 2006, 253.

<sup>11</sup> Così CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, 378, che, ravvisando negli art. 92, comma 1° c.p.c., 96 c.p.c., 116 c.p.c., e nell'istituto della revocazione per dolo di una delle parti, delle sanzioni relative ai doveri previsti dall'art. 88 c.p.c., afferma come sia tecnicamente possibile parlare di un vero e proprio obbligo di verità; MARCHETTI, *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 418, ivi 426

<sup>12</sup> In relazione al problema della sussistenza o meno di tale obbligo nel nostro diritto positivo vedi CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, 377; Assolutamente contrario è MAZZARELLA, *Avvocato e procuratore (diritto processuale)*, enc. *Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 4; CALAMANDREI, *il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, I, 30 afferma che tale regola esige che il comportamento delle parti e dei difensori sia rispettoso delle regole del gioco; per altri riferimenti vedi VACCARELLA VERDE, *codice di procedura civile commentato*, I, Torino, 1997, 685

<sup>13</sup> REDENTI, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, 205; SATTA, *Commentario al c.p.c.*, I, Milano, 1959, 291; ritiene invece che si tratti della formulazione di un vero e proprio dovere giuridico MANDRIOLI, *dei difensori*, in *Commentario diretto da Allorio*, I, Torino, 1973, art. 88, 961

<sup>14</sup> per i riferimenti giurisprudenziali vedi CARPI – TARUFFO, *Commentario al codice di procedura civile, art. 88*, Padova, 2006, 254

<sup>15</sup> CALAMANDREI, *Riv. Dir. proc.*, 1950, 32; ANDRIOLI, 414; contra LIEBMAN, 116

## 2. Il sapere delle parti mortificato

È immediatamente intuibile come le parti costituiscano per il giudice una preziosa fonte di informazioni relativamente ai fatti di causa che egli deve accertare. Esse hanno infatti vissuto in prima persona la realtà di cui si discute e che il giudice deve ricostruire sulla base degli elementi di prova di cui dispone<sup>16</sup>.

Da questa indubitabile considerazione discendono gli istituti che utilizzano, con diversa intensità e modalità, il sapere delle parti come fonte di prova nel giudizio.

Il problema però è costituito dal fatto che le parti, pur essendo la migliore fonte di informazione per il giudice, e talvolta la sola disponibile, sono anche interessati all'esito della decisione, e di conseguenza si rivelano come la fonte di prova realisticamente meno attendibile<sup>17</sup>.

Il problema di conciliare questi due opposti influisce direttamente sulle modalità di utilizzo delle informazioni provenienti dalle parti, che si possono configurare nei diversi ordinamenti<sup>18</sup>.

Il nostro legislatore ha provveduto a disegnare nettamente la distinzione tra il ruolo della parte e quello del testimone, disciplinando l'utilizzazione delle dichiarazioni della parte nell'ambito di istituti quali l'interrogatorio libero, l'interrogatorio formale, la confessione e il giuramento; e riconducendo le dichiarazioni dei terzi rispetto alla causa, alla disciplina della prova testimoniale.

---

<sup>16</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Milano, 1962, 3 afferma "il soggetto meglio informato della fattispecie dedotta in giudizio è, normalmente, la parte. Di molti fatti soltanto la parte può avere notizia"

<sup>17</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Milano, 1962, 4

<sup>18</sup> su tale argomento vedi MILGROM – ROBERTS, Relying on the information of the interested parties, in Rand Journal of economics, 1986, 18; CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Milano, 1962, 3

Vediamo allora che il sapere delle parti, trova ingresso nel processo, attraverso istituti probatori governati da logiche diverse rispetto a quelle della prova testimoniale.

Da un lato l'interrogatorio libero, disciplinato dall'art. 116, comma 2°, c.p.c., è relegato ad una funzione sussidiaria, non avendo un'efficacia sicura e vincolante sul piano dell'istruzione probatoria<sup>19</sup>. Tale istituto ha infatti soltanto finalità chiarificatorie e di informazione per il giudice riguardo alle allegazioni ed al fondamento della pretesa. È invece escluso dalla maggior parte della dottrina che esso abbia lo scopo di procurare elementi di prova<sup>20</sup>, salvo il ritenere che esso abbia una limitata, e, comunque, secondaria funzione probatoria, nel fornire argomenti di prova<sup>21</sup>.

Rimane comunque il fatto che tali dichiarazioni non possono valere come vere e proprie prove, anche perché, le parti, in sede di interrogatorio libero, non sono affatto tenute a dir il vero. Il sapere delle parti nell'ambito di questo istituto non può quindi essere utilizzato dal giudice per accertare la verità dei fatti, se non in via debole e sussidiaria<sup>22</sup>.

D'altra parte gli istituti dell'interrogatorio formale, e del giuramento, si caratterizzano per il fatto di fissare una verità formale che impone al giudice di ritenere per veri dei fatti, che egli può anche non considerare tali<sup>23</sup>, rivelandosi in

---

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Milano, 1962, 8 e 27

<sup>20</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte, 79; VACCARELLA, interrogatorio delle parti, encicl. Del dir., 384; TARUFFO, interrogatorio, Dig. Priv. Sez. civ., vol. IV, 57

<sup>21</sup> sulla questione dell'efficacia probatoria degli argomenti di prova vedi CAPPELLETTI, La testimonianza della parte, 92, in nota, che li equipara a presunzioni semplici; in senso analogo CARNELUTTI, Istituzioni, I, 158; CHIARLONI, Riflessioni sul giudizio di fatto nel processo civile, in Riv. Trim. Dir e Proc. civ. 1986, 836, ivi 852; TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, 453; sul tema cfr. anche RICCI, Prove e argomenti di prova, in Riv. Trim. dir e proc. civ., 1988, 1036

<sup>22</sup> TARUFFO, la prova dei fatti giuridici, 453 afferma come "scendendo verso il basso nella scala dei valori probatori" si rinvengano gli argomenti di prova ;

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile, Milano, 1962, 8

un'ultima analisi, strumenti scarsamente efficaci in ordine all'accertamento della verità dei fatti.

I sostenitori della confessione come prova legale ritengono che essa si configuri come valido strumento per aiutare il giudice nel suo difficile cammino verso l'accertamento della verità, poiché consente di ridurre i rischi connessi ad una valutazione arbitraria e soggettiva da parte del giudice, utilizzando il principio dell'*id quod plerumque accidit* per fondarne la ratio<sup>24</sup>.

A questa logica risponde l'idea, implicita nella disciplina della confessione, secondo cui chi ammette un fatto a sé sfavorevole, molto probabilmente afferma la verità.

Regole di questo tipo, però, pur trovando origine in un principio di buon senso o di esperienza generale, ottengono l'effetto opposto<sup>25</sup> a quello desiderato nel momento in cui lo rendono rigido ed assoluto. Esse infatti stabilendo in via generale l'incontestabilità di tali dichiarazioni, trasformano una regola di valutazione razionale (se applicata con elasticità, caso per caso), in una regola aprioristica che presenta grossi rischi di irrazionalità<sup>26</sup>, poiché non sempre la confessione può essere ritenuta veritiera.

---

<sup>24</sup> TARUFFO, *la prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 362 mette in luce come il sistema della prova legale, che trova le sue origini all'epoca del diritto comune, sia stato creato dall'opinione dei dottori che attraverso una minuziosa e complessa attività classificatoria hanno individuato i criteri razionali di valutazione della prova. esso, quindi, non consisteva di norme giuridiche che predeterminavano la valutazione delle prove. Oltre quindi alla razionalità connessa allo scopo di limitare i pericoli derivanti dall'arbitrio del giudice, il sistema delle prove legali esprimeva i criteri e le forme di razionalità proprie dell'epoca in cui esse furono elaborate. Inoltre i sistemi di prova legale propri del diritto comune risiedevano in criteri di razionalità propri del pensiero di quell'epoca, ed erano formulate dalla dottrina, che seppur molto più vincolante per i giudici di quanto non lo sia nei sistemi giuridici moderni, si esprimeva su un piano non normativo ma extragiuridico, attenendosi a un sistema legato al senso comune dell'epoca. Nei sistemi moderni fondati su una razionalità diversa da quella scolastica medievale, le prove legali non possono che apparire incoerenti ed irrazionali, anche in quei casi in cui la loro ratio originaria risiedeva, in un tentativo di migliorare la razionalità dell'accertamento del fatto.

<sup>25</sup> TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 336 in riferimento a tali regole afferma "come esse siano sempre oltre, e spesso, per conseguenza, contro, ciò che potrebbe derivarsi dal senso comune.

<sup>26</sup> TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, 335 evidenzia limpidamente la questione. "l'intervento del legislatore crea problemi anche se il contenuto delle norme sulle prove si fonda su principi di senso comune e di ragionevolezza ed in qualche modo li recepisce. Il fatto è che per applicare

Rimane il dato che, anche nel caso della confessione non è configurabile per le parti un dovere di verità; ma d'altronde, appare chiaro, come nessuno di questi istituti si riveli un'efficace strumento al servizio del giudice nel suo compito di accertare la verità dei fatti: l'interrogatorio libero perché dal valore probatorio debolissimo, la confessione perché fondato su logiche aprioristiche e formali, inadeguate ad una concezione del processo come luogo di accertamento della verità<sup>27</sup>.

Per ultimo rimane l'istituto del giuramento, contro il quale, la dottrina, quasi unanime, scaglia accuse di arretratezza culturale<sup>28</sup> e irrazionalità giuridica.

L'analisi operata dalla dottrina<sup>29</sup>, porta in luce l'assoluta inadeguatezza di tale istituto nella società moderna, dove certe credenze, forse un tempo riscontrabili in determinati contesti sociali e culturali, riguardo alle conseguenze dello spergiuro, dotavano tale mezzo di prova di una razionalità adeguata alla sua epoca.

Tale strumento di utilizzo del sapere delle parti, a ben vedere, non si colloca nella dimensione dell'accertamento della verità che dovrebbe caratterizzare la funzione e la responsabilità del giudizio, poiché esso non prova nulla<sup>30</sup>. Esso si presenta come un metodo di giudizio non fondato sulla verità dei

---

puramente e semplicemente questi principi non vi è alcun bisogno di norme, dato anzi che essi vigono proprio nelle aree in cui manca la regolamentazione legale della prova”

<sup>27</sup> TARUFFO, la prova dei fatti giuridici, 366 in riferimento alla confessione afferma “il passaggio dalla massima d'esperienza, approssimata ed elastica, alla regola di diritto, precisa e rigida, segna il distacco del meccanismo probatorio dal tentativo di cogliere la realtà variabile delle situazioni concrete, e l'adozione di tecniche puramente formali”

<sup>28</sup> proprio a un contesto di arretratezza culturale sembrano rinviare le opinioni, per la verità meno recenti, di coloro che ravvisano in tale mezzo di prova legale una funzione positiva nel nostro ordinamento e nella nostra società ritenuta immatura per passare ad un regime di libera valutazione delle dichiarazioni delle parti obbligate a dire il vero; MICHELI, recensione a La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, in Riv. Dir. Civ. 1963, I, 249, afferma infatti come le regole di prova legale adempiono ancora oggi ad una funzione di certezza che *in un dato ambiente*, può essere ritenuta, in base all' *id quod plerumque accidit*, prevalente rispetto ad altre considerazioni che potrebbero portare a favorire la ricerca della verità storica. Si inseriscono in tale orientamento FURNO, natura del giuramento, ; ANDRIOLI, voce Giuramento; AMIRANTE, il giuramento, 1954, 185;

<sup>29</sup> COMOGLIO, Le prove civili, Torino, 2004, 527; ID., Voce Giuramento (diritto processuale civile), in Enc. Giur. Treccani, XV;

fatti, ma neppure fondato sul potere di disposizione della parte<sup>31</sup>, alla cui impossibilità disperata di provare altrimenti il suo diritto risponde il reale utilizzo di tale strumento<sup>32</sup>. Solo la convinzione che qualcuno abbia ancora timore di dannare la propria anima<sup>33</sup> potrebbe fornire a tale mezzo di prova la parvenza di un fondamento razionale.

La prima spiegazione che viene posta a fondamento del divieto per la parte di testimoniare, divieto che ha l'effetto di mortificare l'utilizzabilità da parte del giudice di quel prezioso sapere, confinandolo alla debolezza probatoria dell'interrogatorio libero, al formalismo della confessione e all'irrazionalità del giuramento, è riconducibile alla scarsa attendibilità che caratterizzerebbe le dichiarazioni dei soggetti coinvolti nella causa.

Se questo è l'ostacolo, ci pare che esso sia abbastanza facilmente superabile. Alla medesima ratio sono riconducibili i limiti soggettivi di ammissibilità della prova testimoniale che ancora sopravvivono, pur criticati dalla dottrina, nel nostro ordinamento. Tali limiti, sanciti dall'art. 246 c.p.c., riguardano come è noto, la testimonianza resa da terzi che abbiano un interesse nella causa tale da legittimare la loro partecipazione al giudizio.

### **3. Il problema dell'attendibilità. Un problema comune alla parte ed ai terzi interessati.**

Il problema generale dell'attendibilità della testimonianza, sia essa della parte o di terzi potenzialmente legittimati ad intervenire nella causa, trova nel

---

<sup>30</sup> come ben evidenzia COMOGLIO, *Le prove civili*, 2004, 530 "si premiano con il massimo di efficacia probatoria legale gli interessi tecnico-politici di economia e di opportunità, a tutto danno delle esigenze di accertamento della verità storica (o materiale) dei fatti, le quali sono penalizzate a priori dal minimo di forza probante, che va naturalmente riconosciuto, in forza di risalenti massime d'esperienza, ad una dichiarazione resa *pro se*."

<sup>31</sup> Sostiene l'insostenibilità di qualsiasi sforzo inteso ad identificare nel giuramento un negozio contrattuale od un atto dispositivo del diritto controverso COMOGLIO *Voce Giuramento* (diritto processuale civile), in *Enc. Giur. Treccani*, X, 2 cui si rinvia per più ampi e risalenti riferimenti bibliografici

<sup>32</sup> CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte*, 239

<sup>33</sup> così si esprime ANDRIOLI, *voce Giuramento* (dir. civ. e dir. proc. civ.), in *Nss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 943, ivi 945

nostro ordinamento risposta nella regola che sancisce l'incapacità di tali soggetti a rivestire il ruolo di testimoni<sup>34</sup>.

In primo luogo, va considerato come tale regola non sembra avere carattere assoluto e razionale, poiché vi sono molti ordinamenti moderni nei quali la testimonianza delle parti è ammessa<sup>35</sup>.

Inoltre la risposta del nostro ordinamento non pare ragionevole per due ordini di ragioni.

La prima, di ordine generale, attiene alla questione dell'opportunità di escludere aprioristicamente dal processo strumenti probatori sulla base della loro scarsa attendibilità. Ci sembra di dover dire, in sintonia con la maggior parte della dottrina<sup>36</sup>, che i problemi di attendibilità della prova, ivi compresi i limiti soggettivi di ammissibilità della testimonianza sarebbero meglio risolti ex post nel momento della sua valutazione e non a priori con una norma generale che esclude la possibilità di considerarla<sup>37</sup>.

Nel momento in cui principi di razionalità e buon senso si traducono in norme generali essi perdono l'originaria funzione di guidare il giudice verso l'accertamento della verità in ossequio al valore della certezza<sup>38</sup>. È infatti

---

<sup>34</sup> TARUFFO, voce Prova Testimoniale (dir. proc. civ.), in Enc. Del Diritto, XXXVII, Milano, 1988, 729

<sup>35</sup> per un'approfondita analisi storica dell'abolizione negli ordinamenti di common law dell'incapacità delle parti a rendere testimonianza vedi BODANSKY, The abolition of the Party-witness disqualification: an historical survey, in Ky. Law Journal, 1981, 70; TARUFFO, voce Prova Testimoniale (dir. proc. civ.), in Enc. Del Diritto, XXXVII, Milano, 1988, 729, ivi 730 e 739 dove osserva come la Corte Costituzionale nel 1974, per giustificare il rigetto della questione di costituzionalità dell'art. 246, abbia invece affermato l'intrinseca razionalità del principio *nemo testis in causa propria* così forte da consentire una compressione del diritto alla prova delle parti.

<sup>36</sup> CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 136, 173

<sup>37</sup> CAPONI –PROTO PISANI, Lineamenti di diritto processuale civile, Napoli, 2001, 106; TARUFFO, voce Prova Testimoniale (dir. proc. civ.), in Enc. Del Diritto, XXXVII, Milano, 1988, 729, ivi 730 afferma, "il problema potrebbe essere risolto, più che con l'escluderne l'ammissibilità, ponendo il giudice in grado di valutarne adeguatamente l'attendibilità". A tal riguardo tale Autore sottolinea l'inadeguatezza della disciplina positiva dell'assunzione della testimonianza, sia per quel che riguarda I testi estranei alla causa, che, a maggior ragione, per I testi-parti; sul tema vedi DENTI, *Cross-examination» e processo civile*, in Foro it. 1987, V, 325;

<sup>38</sup> CAPONI –PROTO PISANI, Lineamenti di diritto processuale civile, Napoli, 2001, 105 affermano come la prova libera privilegi esigenze di giustizia rispetto ad esigenze di certezza.

rischioso e controproducente nei confronti della probabilità di arrivare a decisioni giuste risolvere il problema, pratico e delicato di valutazione della prova, tramite regole generali ed astratte, che, incapaci di cogliere le particolarità concrete del caso, ne stabiliscono l'inammissibilità<sup>39</sup>.

Da un punto di vista razionale le regole di inammissibilità della prova che riguardano in realtà questioni di attendibilità troverebbero, infatti, un più efficace controllo attraverso la libera valutazione del giudice effettuata a posteriori<sup>40</sup>.

Sembra allora strano che proprio la corte costituzionale, nel dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 247 c.p.c. affermi, in relazione ad un "regime di aprioristica valutazione negativa di credibilità", come esso rechi l'impronta "di antichi istituti del processo canonico e comune (...) e non ha valida ragione d'essere nei moderni sistemi (...). È perciò che la maggior parte delle più moderne legislazioni straniere respingono il criterio di una aprioristica esclusione del valore probatorio della testimonianza di alcuni soggetti fondata soltanto su motivi di sospetto di non sincerità secondo indici di probabilità"<sup>41</sup>.

La seconda, ragione, di ordine deduttivo, che induce a ritenere irragionevole la regola secondo cui sono incapaci a testimoniare, in quanto inattendibili, le parti e i terzi interessati, trae origine dalla considerazione che vi sono nel nostro ordinamento eccezioni al principio secondo cui le testimonianze sospette sono vietate.

E se vi sono delle eccezioni non si spiegherebbe come in quei casi la sospetta attendibilità possa essere messa da parte. Non può certo addursi a motivazione di tale distinguo l'idea per cui in certi contesti vi sono degli interessi in gioco più importanti di quelli in gioco nel processo civile. Se infatti il problema della scarsa attendibilità della testimonianza è superabile in alcuni casi al fine di aiutare il giudice nel suo compito di accertare i fatti, non si capisce proprio per

---

<sup>39</sup> CAPPELLETTI, la testimonianza dell'aparte nel sistema dell'oralità, 175 ben evidenzia la contrapposizione tra una massima d'esperienza basata sull'*id quod plerumque accidit* utile e razionale guida per la valutazione del giudice, e una regola che trasforma tale massima nell'*id quod semper necesse*.

<sup>40</sup> COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza, 65

<sup>41</sup> Così Corte Cost. 23 luglio 1974 n. 248, in Giur. Cost. 1974, 2376, ivi 2380

quale motivo tale possibilità debba venire esclusa in altri casi. Salvo che, in realtà, la vera, e nascosta ragione sia un'altra..

Primo esempio dell'eccezione a tale principio è costituita dall'ammissibilità della testimonianza della parte civile nel processo penale<sup>42</sup>.

Sembra davvero incoerente un sistema in cui ai sensi dell'art. 106 c.p.p., l'offeso del reato può rendere testimonianza quando l'azione civile è esercitata nel processo penale, mentre la stessa testimonianza, sui medesimi fatti, è preclusa nel se l'azione civile è esercitata autonomamente<sup>43</sup>.

La *ratio giustificatrice* è stata individuata dai giudici costituzionali "in funzione della diversa rilevanza degli interessi che sono in gioco nel processo penale"<sup>44</sup> e della necessità "che siano evitati contrasti di giudicati"

Come è stato autorevolmente rilevato gli argomenti utilizzati dalla corte per giustificare la diversità di trattamento dei due casi, sembrano poco convincenti.

In primo luogo, va detto che gli interessi in gioco, per quel che riguarda l'azione civile, che essi siano discussi nel processo penale, o nel processo civile, sono gli stessi. La questione del contrasto di giudicati, poi, si presenta con le stesse problematiche, nei due casi<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> In argomento vedi VIGORITI, la testimonianza della parte nel processo penale e in quello civile: un'antinomia da eliminare, in Riv. Dir. Proc. 1972, 156 a commento di C.Cost. 30 novembre 1971, n. 190; CAPPELLETTI, la testimonianza della parte davanti alla corte costituzionale (postilla), ibidem, 161

<sup>43</sup> Sul punto vedi CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli art. 246/247 c.p.c.)*, in Giur. Cost., 1974, 3586, ivi 3590; COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale, in Riv. Dir. Proc. 1976, 41, ivi 42 sottolinea come

<sup>44</sup> COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale, in Riv. Dir. Proc. 1976, 41, ivi 43 parla infatti di « particolare natura degli interessi coinvolti nell'accertamento dello *jus puniendistatuale*, nonché con la struttura prevalentemente inquisitoria dei poteri istruttori del giudice penale»

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, , *La sentenza del bastone e della carota*, in Giur. Cost., 1974, 3586, ivi 3591 afferma "ma sicapisce, innanzitutto, come mai quell'opportunità dovrebbe prevalere quando l'azione civile si esercita nel processo penale, e non anche quand'essa si esercita in separato processo civile, quasi che il fenomeno della cosa giudicata non operi, al di là del processo, nel campo del diritto sostanziale"

La considerazione che ci sembra a dire il vero più importante riguarda il fatto che, se nel processo penale la scarsa attendibilità delle dichiarazioni della parte civile può essere superata, secondo la Corte, in ragione del fatto che il contributo probatorio offerto dalla parte civile può essere essenziale alla ricostruzione del fatto<sup>46</sup>, non si vede perché così non possa essere nel processo civile<sup>47</sup>, dove l'esigenza di ricostruzione del fatto, come abbiamo visto, rappresenta una garanzia individuale riconosciuta dalla Costituzione, sacrificabile, quindi soltanto in nome di un valore di pari rango.

Ulteriore eccezione al divieto di utilizzare testimoni sospetti, ed esempio di incoerenza dell'ordinamento, si osserva in relazione alla sopravvivenza dell'art. 246 c.p.c., quale ostacolo all'accertamento dei fatti nel processo, nonostante il suo gemello, l'art. 247 c.p.c., che prevedeva il divieto per il coniuge e dei parenti più stretti di rendere testimonianza, sia stato abrogato dalla Corte Costituzionale<sup>48</sup> proprio sulla base di quei principi che vengono invece adottati a giustificazione del permanere della regola *nemo testis in propria causa esse debet* espressa dall'art. 246 c.p.c. Appare infatti chiaro che nell'intenzione del legislatore le due norme erano rette dalla medesima *ratio*: l'esclusione dei testimoni sospetti.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> VIGORITI, la testimonianza della parte nel processo penale e in quello civile: un'antinomia da eliminare, in Riv. Dir. Proc. 1972, 156, ivi 158

<sup>47</sup> CAPPELLETTI, , La sentenza del bastone cit., 3591 taccia di provincialità le giustificazioni addotte dalla Corte.

<sup>48</sup> in argomento vedi COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale, in Riv. Dir. Proc. 1976, 41; CAPPELLETTI, , La sentenza del bastone, 3586

<sup>49</sup> CAPPELLETTI, , La sentenza del bastone, 3588; MANDRIOLI, diritto processuale civile, Torino, 2006, 274 "la *ratio* dell'una e dell'altra norma sta nell'esistenza di situazioni che rendono presumibile una certa parzialità, e quindi inattendibilità, del testimone. Nel primo caso (art. 246) tale presumibile parzialità dipende dal fatto che la persona indicata come testimone sia personalmente interessata alle vicende del giudizio, purchè il suo interesse sia giuridicamente qualificato in modo tale da poter fondare una ipotetica legittimazione a partecipare al giudizio. Nel secondo caso (art. 247 c.p.c.) la presumibile parzialità dipendeva da un rapporto personale particolarmente qualificato con una delle parti, come il rapporto coniugale, di parentela o affinità"; nello stesso senso COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza, 50 afferma "è certamente erronea, innanzitutto, l'asserzione di una diversità di *ratio* fra l'art. 246 e l'art. 247 c.p.c., in quanto è storicamente dimostrato che l'incapacità a testimoniare dei terzi interessati e dei parenti od affini scaturì unitariamente, negli ordinamenti di *civil* e di *common law*, proprio dalla valutazione presuntiva del sospetto di non sincerità delle loro deposizioni"; riguardo all'evoluzione di tale

Se però il problema riguardasse davvero l'inattendibilità di tali testimonianze la sorte delle due norme sarebbe stata comune.

Invece la corte<sup>50</sup>, pur riconoscendo nell'esclusione dei testimoni sospetti ex art. 247, un'irrazionale limitazione<sup>51</sup> del diritto alla prova, (riconducibile, oggi, alla garanzia individuale ad una giusta decisione), ha escluso che tale argomento potesse applicarsi ai terzi interessati<sup>52</sup> sostenendo che la loro l'incapacità a essere testimoni, risiederebbe, non tanto in un astratto sospetto di non sincerità (quale è quello configurabile nelle ipotesi previste dall'abrogato art. 247 c.p.c.), quanto nella sussistenza di un interesse qualificato, sussistente in una connessione oggettiva, e quindi razionale e certa, con l'oggetto del giudizio.<sup>53</sup> Insomma nel caso dei terzi interessati non si tratterebbe di un sospetto di inattendibilità ma di una certezza!

Ciò che appare dalle considerazioni svolte, è una tenace resistenza, a costo di utilizzare ingiustificatamente due pesi e due misure di giudizio, nel conservare tale norma nel nostro ordinamento.<sup>54</sup>

Ma al di là delle ragioni dichiarate, la vera ragione che sembra indurre la Corte a ritenere incapaci a testimoniare i terzi interessati è il timore che con la abrogazione dell'art. 246 c.p.c., i terzi interessati potrebbero eludere il principio generale che esclude l'incompatibilità tra il ruolo di parte e di teste, permettendo a

---

principio nei sistemi di Common Law vedi CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 433 e ss.

<sup>50</sup> C.Cost. 23 luglio 1974, 248

<sup>51</sup> COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza, 46 rileva come il discorso condotto dalla Corte nella sentenza n. 248 del 26 luglio 1974 sia imperniato sulla constatazione che il divieto ex art. 247 c.p.c. non appare sorretto da valide giustificazioni tecnico processuali.

<sup>52</sup> COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza, 47 evidenzia come nel ragionamento operato dalla corte si distingue tra cause di inattendibilità derivanti da un collegamento soggettivo del testimone con la parte, caso cui si riconduce l'art. 247 c.p.c., e cause di inattendibilità che derivano da un collegamento oggettivo del testimone con l'oggetto specifico del giudizio, cui si riconduce l'art. 246 c.p.c.

<sup>53</sup> in proposito vedi COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza.

<sup>54</sup> COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza, 49

tali soggetti di influire sul convincimento del giudice diretto alla formazione di un giudicato in loro favore.<sup>55</sup>

Se non è il solo sospetto di inattendibilità a essere all'origine dell'incapacità dei terzi interessati, non sembra però plausibile ricondurre tale regola ad un presunto principio generale di incompatibilità tra il ruolo di teste e quello di parte che prima di tutto non è sancito da nessuna disposizione legislativa o costituzionale, ed in secondo luogo è contraddetto dalla possibilità per la parte civile di testimoniare nel processo penale.

Chiarita la vera natura del problema, ovvero l'attaccamento del legislatore ad un presunto principio di razionalità generale di incompatibilità fra il ruolo di parte e quello di testimone<sup>56</sup>, pare necessario verificare se esso sia in qualche modo fondato e legittimo, osservando però che la dottrina più critica nei confronti delle manifestazioni di irrazionalità da parte del legislatore, e quindi meno legata al dato positivo, auspica, ormai da tempo, l'ammissibilità della testimonianza della parte, liberamente apprezzabile dal giudice<sup>57</sup>.

#### **4. Riflessioni sulla vera natura del principio *nemo in propria causa testis esse debet***

Il principio *nemo testis in re sua* corrisponde effettivamente ad una regola di logica generale, nel momento in cui è inteso a sottolineare la parzialità della parte nella narrazione della sua percezione dei fatti discussi in giudizio.<sup>58</sup>

Va però sottolineato che esso, storicamente, come tutte le regole destinate nel processo di diritto comune a razionalizzare la valutazione delle prove<sup>59</sup>, nasce

---

<sup>55</sup> COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza, 57

<sup>56</sup> TARUFFO, Prova testimoniale (dir. proc.civ.), Enc del diritto, XXXVII, Milano, 1988, 729; CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 232

<sup>57</sup> in questo senso, COMOGLIO, incapacità e divieti di testimonianza, 57; CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 229; ID., Processo e ideologie, Bologna, 1969, 218, 221, 225-226; DENTI, l'evoluzine del diritto delle prove nei processi civili contemporanei, in Processo civile e giustizia sociale, Milano, 1971, 79, 87, 91, 99; CAPONI -PROTO PISANI, Lineamenti di diritto processuale civile, Napoli, 2001, 106

<sup>58</sup> CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 229; ID., Processo e ideologie, Bologna, 1969, 233

come massima di esperienza su un piano non normativo ma di elaborazione dottrinale, e come tale deve valere.

Allora, se si tratta solo di una massima di comune esperienza trasformata dall'evoluzione storica in una regola legale di inammissibilità, si può argomentarne l'incostituzionalità sulla base del fatto che un processo per dirsi giusto deve essere strutturato in maniera da massimizzare le possibilità di arrivare a decisioni fondate su fatti veritieri<sup>60</sup>. Soltanto il libero apprezzamento del giudice rende possibile cogliere quelle sfumature che sfuggono a regole aprioristiche di giudizio, eliminando il rischio di grossolani ed ingiustificati errori.

Di tale regola, se si prescinde dal limitato significato sopra delineato, va anche sottolineata l'incoerenza ove la si confronti con altri istituti che utilizzano il sapere delle parti, quali il giuramento decisorio, relativo a dichiarazioni della parte di fatti a sé sfavorevoli. Anche in tal caso, è stato detto, la parte è testis in re sua, eppure la scarsissima affidabilità che caratterizza tale prova, si traduce nella massima efficacia probatoria prevista dal nostro ordinamento<sup>61</sup>.

In conclusione dovrebbe potersi ritenere che, caduto ogni limite ancora esistente al principio di libera valutazione della prova testimoniale, il divieto per la parte di rendere testimonianza non avrebbe più alcuna ragione di esistere<sup>62</sup>.

Ma allora, manifestato il favore da parte dell'ordinamento del principio di libera valutazione della prova testimoniale in occasione dell'abrogazione dell'art. 247 c.p.c., chiarito che il principio *nemo testis in re sua* non si presenta come un principio generale di razionalità, è necessario interrogarsi su cosa induce a mantenere questa regola viva nella coscienza profonda di molti giuristi e del legislatore, tale da far ritenere ai più inconcepibile parlare di testimonianza della parte.

---

<sup>59</sup> TARUFFO, La prova dei fatti giuridici, 362

<sup>60</sup> CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 236 osserva come Bentham si esprimesse contro il principio *nemo testis in re sua*.

<sup>61</sup> CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 238

<sup>62</sup> CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 232 e ss., sulla questioni vedi le riflessioni di MAZZARELLA, a proposito di oralità e testimonianza della parte, in Riv. Dir. Proc. 1962, 968, ivi 977

Parte della dottrina ha infatti ipotizzato che le ragioni di sospetto all'origine del brocardo *nemo testis in re sua*, sicuramente riferibili ai terzi interessati alla causa, potrebbero non essere così sicuramente all'origine del divieto per le parti di rendere testimonianza<sup>63</sup>

È necessario allora indagare se l'impossibilità per la parte di testimoniare tragga origine da ragioni diverse e più profonde, e secondo alcuni, connaturali alla struttura stessa del nostro processo<sup>64</sup>.

Ci pare che una risposta a tale interrogativo risieda nello stretto collegamento, tra l'idea di una testimonianza giurata della parte liberamente valutabile da parte del giudice, e la sussistenza di un dovere per le parti di dire la verità.

Come precedentemente evidenziato, nel nostro ordinamento non sembra sussistere, o almeno questa è l'opinione di parte della dottrina, un obbligo per le parti di dire la verità.

Forse allora le ragioni della resistenza culturale sono indirizzate a tale questione più che al problema della scarsa attendibilità della prova, che abbiamo visto, è facilmente superabile, come talvolta è reso evidente dalle stesse scelte del legislatore o dalle pronunce del giudice costituzionale.

A tal proposito pare importante distinguere tra un obbligo della parte di dire la verità in sede di allegazione dei fatti al processo, e dovere della parte di dire la verità come testimone, a titolo informativo, al fine di rappresentare i fatti al giudice<sup>65</sup>. Tale distinzione, operata da Cappelletti, ma criticata da parte della

---

<sup>63</sup>MAZZARELLA, a proposito di oralità e testimonianza della parte, in Riv. Dir. Proc. 1962, 968, ivi 978 afferma "potrebbe darsi che le ragioni per cui la parte non poteva testimoniare *pro se* (ragioni – si badi – che potrebbero essere assai diverse da quelle ragioni di indiscriminato sospetto di cui il principio di oralità di Cappelletti si propone di fare giustizia) non avessero trovato altro nel brocardo pervisto per i terzi interessati all'esito della causa che una formula già predisposta fornita di una certa notorietà". Tale autore fornisce poi un'interessante analisi storica dell'origine di tale brocardo.

<sup>64</sup>MAZZARELLA, a proposito di oralità, 980 e 1004 dà un'interpretazione di tale impossibilità legata a valutazioni socio antropologiche secondo cui sarebbe rischioso e disumano "che le parti assumano su loro stesse, e su loro stesse soltanto, la responsabilità di essere giudicate anche per quello che esse fanno e dicono direttamente nel processo"; SATTA, commentario al codice di procedura civile, I, Milano, 1960, 454

<sup>65</sup> su tale distinzione vedi MAZZARELLA, a proposito di oralità, 983; e CAPPELLETTI, la testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 56

dottrina<sup>66</sup> è importante al fine di distinguere tra atti di volontà della parte e atti a titolo di informazione. I primi sicuramente soggetti al potere dispositivo delle parti in quanto destinati a definire i limiti del potere decisorio del giudice<sup>67</sup>.

Rimane quindi da interrogarsi sul diverso significato che può assumere un obbligo di verità per le parti in sede di allegazione, ed un analogo obbligo in relazione alle dichiarazioni testimoniali utilizzabili in sede istruttoria dal giudice<sup>68</sup>.

In quanto alla prima questione essa riguarderebbe l'obbligo per la parte di, sì scegliere quali fatti allegare, ma una volta scelti tali fatti l'allegazione non dovrebbe avvenire in doloso (o colpevole) contrasto con l'obbligo di verità<sup>69</sup>; da ciò discenderebbe quindi anche l'obbligo di allegare i fatti impeditivi ed estintivi che agiscono *ipso jure* e che non costituiscono autonomi diritti del convenuto.

Per quel che riguarda poi i fatti secondari o probatori, esso comporterebbe l'obbligo per la parte di dire la verità come qualsiasi altro testimone.

Poiché non si può dubitare del fatto che la previsione di un'obbligazione per le parti di dire la verità, sia in sede di allegazione che in sede di dichiarazioni testimoniali, avrebbe come effetto di rendere più probabile l'accertamento della verità dei fatti e quindi il perseguimento di decisioni giuste, come previsto dalla lettura che abbiamo dato del concetto di giusto processo, sembra opportuno verificare se la previsione di tale obbligo si ponga in contrasto con qualche principio fondamentale del processo civile posto a protezione di diritti individuali costituzionalmente garantiti.

---

<sup>66</sup> MAZZARELLA, 985 sostiene che non possa essere esclusa la natura informativa degli atti di allegazioni dei fatti operata dalle parti. Dimostrazione di tale tesi sarebbe il fatto che fatti rappresentati in maniera concorde dalle parti in sede di allegazione (fatti non contestati) sono considerati dal giudice come fatti da non provare; ci sembra però che questo assunto non sia condividibile poiché la non contestazione dei fatti, come evidenzia PROTO PISANI, Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile, in Foro it., 2003, I, 604 ha la funzione di "non rendere impossibile o comunque eccessivamente difficile l'onere probatorio delle parti ed in specie dell'attore, per evitare il compimento di attività inutili e quindi realizzare esigenze di semplificazione e di economia processuale"

<sup>67</sup> riguardo al dibattito, risalente nella dottrina, se l'allegazione dei fatti debba o no essere ricondotta al principio dispositivo vedi CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 333 e ss. il quale risponde in senso affermativo alla questione.

<sup>68</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 384

<sup>69</sup> capelletti, 388

## 5. Preteso contrasto tra un obbligo di verità delle parti e altri principi

Parte della dottrina ritiene che la previsione dell'istituto della testimonianza giurata della parte (corredata quindi necessariamente da un obbligo per la stessa di dire la verità) sarebbe in netto contrasto con il principio cardine nel nostro processo, dell'onere della prova<sup>70</sup>.

Se effettivamente tale tesi si rivelasse fondata non potrebbe negarsi l'incostituzionalità cui andrebbe incontro l'istituto della testimonianza della parte, ponendosi in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza, che come abbiamo visto costituisce il fondamento delle regole sull'onere della prova<sup>71</sup>.

Ci pare però che questa obiezione, come già chiarito dalla dottrina più attenta, sia da considerare infondata<sup>72</sup>.

Una prima considerazione pratica nasce dall'osservazione di quegli ordinamenti stranieri, in specie quelli di common law, dove non può negarsi la vigenza del principio dell'onere della prova, e dove però è ammessa sia la testimonianza della parte, sia, almeno in Inghilterra, l'istituto dello Statement of truth, che obbliga la parte a dichiarare come veri i fatti allegati in giudizio.

Alla stessa conclusione si giunge poi dall'analisi del significato profondo di tale regola di distribuzione del rischio di incertezza sull'accertamento del fatto.

---

<sup>70</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 390; tale tesi sostenuta da FURNO, contributo alla teoria della prova legale, 48

<sup>71</sup> CAPPELLETTI, La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, 391

<sup>72</sup> CAPPELLETTI, 391; ma anche FURNO, l'onere della prova, Padova, 1966, 144

## Bibliografia

- AA.VV. *In the Eye of the Beholder: Tort Litigants' Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System*, in *Law & Soc'y Rev.*, 1990, 953
- AA.VV. *le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di Gianformaggio, in *Analisi e Diritto*, Torino, 1993
- ALEXANDER, *Are Procedural Rights Derivative Substantive Rights?*, in *Law & Phil.*, 1998, 19
- ALLISON, *Ideology, prejudice, and process values*, in *New England Law Review*, 1994 657
- ANCONA, *Sul "giusto processo" ovvero della giustizia e della verità nel processo*, in [www.filosofiadeldiritto.it](http://www.filosofiadeldiritto.it)
- ANDRIOLI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in *Temi Rom.*, 1964, 444
- ANDRIOLI, voce *Giuramento* (dir. civ. e dir. proc. civ.), in *Nss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 943, ivi 945
- ANDRIOLI, voce "*Prova*"(diritto civile)" in *Nuovo Dig.Ital.*, vol. X, UTET, Torino, 1939, 813
- ANDRIOLI, *Un po' di "Materiellejustizrecht"*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 960
- BALL, *The play's the thing: an unscientific reflection on courts under the rubric of theater*, in *Stanford law rev.*, 1975, 81
- BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984
- BAYLES, *Procedural justice, allocating to individuals*, Dordrecht, 1990
- BEETHAM, *Legitimacy*, in E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge, 1998, inserito a febbraio 2005 sul sito <http://www.rep.routledge.com/article/S034SECT3>
- BERNSTEIN, *The retrieval of the democratic ethos*, in *Cardozo L. Rev.* 1127

BESSO MARCHEIS, *Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto*, in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1991, 1119

BOBBIO, *Prefazione a Ferrajoli, Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 2000 (1989)

BODANSKY, *The abolition of the Party-witness disqualification: an historical survey*, in *Kentucky Law Journal*, 1981, 70

BONE, *Agreeing to fair process: the problem with contractarian theories of procedural fairness*, in *Boston University Law Review*, 485

BONE, *Statistical Adjudication: Rights, Justice, And Utility in a World of Process Scarcity*, in *Vand. L. Rev.*, 1993, 561

BORA, *Procedural justice as a contested concept: sociological remarks on the group value model*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law , Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 81

BOUDON, *Il vero e il giusto*, Bologna, 1997 (1995), 270

BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. Dir. Proc.* 2002, 479

BRACCIALINI, *Garanti o no del risultato sostanziale? Spunti tardivi sul giusto processo*, in *Questione giustizia*, 2005, 1208

BULYGIN, *Sentenza giudiziaria e creazione del diritto*, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, Torino, 1987, 309

CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Proc.* 2001, 42

CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv dir proc.*, 1950, I, 282

CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 11

CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv Dir e Proc. Civ.* 1939, I, 105

CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, 30

CAPOGRASSI, *Giudizio, processo, scienza, verità*, in *Riv.Dir.Proc.* 1950, 1

CAPONI – PROTO PISANI, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Napoli, 2001

CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969

CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. Art. 24 Costituzione e "due process of law clause"*, in *Giur.cost.* 1961, 1284

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte davanti alla Corte costituzionale (postilla)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 161

CAPPELLETTI, *La sentenza del bastone e della carota (a proposito della dichiarazione di costituzionalità/incostituzionalità degli art. 246/247 c.p.c.)*, in *Giur. Cost.*, 1974, 3586

CAPPONI, *Presentazione*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 21

CAPPONI, *Il giusto processo civile e la riforma dell'art. 111 Cost.*, in *Il giudice di pace*, 2000, 203

CARE, *Participation and policy*, in *Ethics*, 1978, 316

CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947

CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma 1951

CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 3

CARPI – TARUFFO, *Commentario al codice di procedura civile, art. 88*, Padova, 2006

CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 27

CAVALLONE, *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in *Rivista di diritto processuale*, 1984, 686

CECCHETTI, voce *Giusto processo*, in *Enc.Dir.*, aggiornamento, vol. V, Milano, 2001, 595

CELANO-OTTONELLI, *Presentazione*, numero monografico *Giustizia e procedure in Ragion Pratica* a cura di B.Celano e V.Ottonelli, 1997, 12

CERAMI, “*Aequum iudicium*” e “*giusto processo*”, in *Il giusto processo nell’esperienza storico comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, 11

CEVA, *Giustizia procedurale e pluralismo dei valori*, in Ricciardi - Del Bò (a cura di), *Pluralismo e libertà fondamentali*, Milano, 2004

CHIARLONI, *Riflessioni sul giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. Trim. Dir e Proc. civ.*, 1986, 836

CHIARLONI, *Processo civile e verità*, in *Questione giustizia*, 1987, 504

CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell’elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, 13

CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Il Fallimento*, 2002, 257

CHIARLONI, *Su alcune riforme e progetti di riforma, con particolare riguardo al disegno di legge delega per un nuovo codice di procedura civile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2004, II, 498

CHIAVARIO, “*Cultrura italiana*” del processo penale e *Convenzione europea dei diritti dell’uomo: frammenti di appunti e sounti per una microstoria*, in *Riv. Int. Dir. Uomo*, 1990, 433

CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965

CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1933

CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l’efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 241

CIVININI, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il “giusto processo civile”. Le garanzie*, in in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell’elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, 271

CIVININI, *Verso un processo senza giudice?(ovvero, la durata dei processi e il ruolo del giudice civile)*, in *Questione Giustizia* 2001, 631

COFFEE Jr., *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*, in *Univ. of Chicago Law Rev.*, 1987, 877

COHEN, *Pluralism and Proceduralism*, in *Chicago-Kent Law Review* 1994, 589

COMANDUCCI, *Osservazioni in margine a "il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, 306

COMANDUCCI, *Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, metodi, modelli*, a cura di M.Bessone, Torino, 1999, 47

COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova 1970

COMOGLIO, *Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, 70

COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv.Dir.Proc.* 1977, 14

COMOGLIO, Voce *Giuramento* (diritto processuale civile), in *Enc. Giur. Treccani*, XV, 1989

COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Scritti in onore di Vittorio Denti*, Padova, 1994, I, 297 e ss.;

COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, 128

COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004

CONSOLO, *Il giudice "terzo" e "imparziale"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 73

CONTE, *Considerazioni sui riflessi della riforma dell'art. 111 Costituzione nel processo civile*, in *Quest. Giustizia*, 2001, 426

COSTANTINO, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e "il giusto processo civile". Le garanzie*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, 2001, 255

COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici (una questione di metodo)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1999, 77

COUTURE, *La garanzia costituzionale del dovuto processo legale*, in *Riv dir proc.*, 1954, I, 81

CUDD, "Contractarianism", in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2003 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/spr2003/entries/contractarianism>

D'AGOSTINO, *Contemporary Approaches to the Social Contract*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2003 Edition), Edward N. Zalta (ed.) <http://plato.stanford.edu/archives/sum2003/entries/contractarianism-contemporary>

DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991

DAMASKA, *Evidence Law adrift*, London, 1997

DANOVI, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 1995

DE CECCO, *Case management, la riforma del processo civile in California*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, 225

DENTI, *L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei*, in *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971

DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, II, 814

DENTI, *Cross-examination» e processo civile*, in *Foro it.* 1987, V, 325

DENTI, *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, in *Sistemi e riforme*, Bologna 1999, 173

DI CHIARA, nota a C.Cost. 20 maggio 1996, n. 155, in *Foro it.*, 1996, I, 1898

DIDONE, *Appunti sul giusto processo di fallimento*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 103

DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, vol. III, 7

DI ROBILANT, *Un esperimento mentale*, in AAVV, *Le ragioni della giustizia*, in *Biblioteca della libertà*, 1977, 167

DWORKIN, *Principle, policy, procedure*, in *A matter of principle*, 72

FABBRINI, voce *Potere del giudice* (dir. proc. civ.), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1985, XXXIV, 721

FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in *Riv.Dir.Proc.* 1972, 193

FERRAJOLI, *l'etica della giurisdizione penale*, in *Questione giustizia* 1999, 483

FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma – Bari 2000 (1989)

- FERRARA, *garanzie processuali dei diritti costituzionali e giusto processo*, rass parl. 1999, 539
- FERRER BELTRAN, *Diritto alla prova e razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Ragion Pratica*, 2003, 144
- FERRUA, *Garanzie formali e garanzie sostanziali nel processo penale*, in *Questione giustizia*, 2001, 1114
- FERRUA, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 193
- FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2005, 68
- FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino 2004
- FRANK, *Courts on trial: Myths and reality in American justice*, Princeton 1973
- FREEMAN, *Rawls, John*. In E. Craig (Ed.), *Routledge Encyclopedia of Philosophy*. London: Routledge. Retrieved January 26, 2006, <http://www.rep.routledge.com>
- FURNO, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 144
- GAETA, *Del giusto processocivile*, in *Quest. Giustizia*, 2001, 917
- GALLIGAN, *Due process and fair procedures*, Oxford, 1996
- GIANFORMAGGIO, *La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione*, in Comanducci – Guastini (a cura di) *Ricerche di giurisprudenza analitica, Analisi e diritto*, Torino, 1994, 153
- GIANFORMAGGIO, *Il gioco della giustificazione: osservazioni in margine ad una teoria procedurale dell'argomentazione giuridica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1984, 475
- GIULIANI, *La procedura: tra logica, etica ed istituzioni*. In *Laws and Rights*. Ed. V. Ferrari. Milano, 1991
- GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972
- GUASTINI, *Il giudice e la legge*, in *Analisi e diritto*, Torino, 1995, 11
- GUSTAFSSON, *On Rawls's Distinction between Perfect and Imperfect Procedural Justice*, in *Philosophy of the Social Sciences*, 2004, 300
- HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, 1981
- HABERMAS, *Morale Diritto Politica*, Torino Einaudi 1992

HABERMAS, *Reply to Symposium Participants, Benjamin Cardozo School of Law. Habermas on Law and Democracy: Critical Exchanges*, in *Cardozo Law Review*, 1996, 1477

HAY, *Procedural Justice - Ex Ante vs. Ex Post*, in *UCLA Law Rev.*, 1997, 1803

HAY - ROSENBERG, *The Individual Justice of Averaging*, Olin Discussion Paper N. 285, in <http://www.law.harvard.edu/programs/olincenter/>

JOHNSTON, *Civil Justice Reform: Juggling Between Politics and Perfection*, in *Fordham L. Rev.*, 1994, 833

KAHNEMAN-SLOVIC-TVERSKY (eds.) *Judgement under uncertainty: heuristic and Biases*, New York, 1982

KAUFMAN, *The nature of justice: john Rawls and pure procedural justice*, in *Washburn L.J.*, 1979, 197

KOHL, *Procès civil et sincérité*, Liège, 1971

LANFRANCHI, *Giusto processo* (processo civile) [voce nuova-2001], in *Encicl. giur. Treccani*, Roma, vol. X, 1

LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo* in *Riv.Dir.Proc* 1960, 551

LIND, *Procedural justice, disputing and reactions to legal authorities*, in *Everyday practices and trouble cases*, Sarat et alt. Eds., 1988 177

LIND – TYLER, *The social psychology of procedural justice*, New York, 1988

LLEWELLYN, *On reading and using the newer Jurisprudence*, in *Columbia Law Review*, 581

LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, 1998, 365

LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995

LUISO, *Il principio del contraddittorio e l'istruttoria nel processo amministrativo e tributario*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 57

MACHURA, *Introduction: Procedural Justice*, in *Law & Policy*, 1988, 1

MACNAIR, *The Early Development of the Privilege against Self-Incrimination*, in *Oxford journal of legal studies*, 1990, 66

MANDRIOLI, *Dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Allorio, I, Torino, 1973, art. 88, 961

MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino 2006

MAIESE, *Principles of Justice and Fairness*, in Guy Burgess and Heidi Burgess Eds. *Beyond Intractability*, Conflict Research Consortium, Univ. of Colorado, Boulder, 2003 [http://www.beyondintractability.org/essay/principles\\_of\\_justice](http://www.beyondintractability.org/essay/principles_of_justice)

MARCHETTI, *Dolo revocatorio e falsa allegazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1960, 418

MARGARITELLI, nota a Corte Cost. 24 aprile, n. 131, in *Giur. cost.*, 1996, 1139

MARINELLI, *I dadi del giudice Bridoye*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, 529

MASHAW, *The supreme court's due process calculus for administrative adjudication in Mathews v. Elridge: Three factors in search of a Theory of value*, in *University of Chicago Law Review*, 1976, 46

MASHAW, *Administrative due process: The quest for a dignitary Theory*, in *Boston University Law Rev.*, 1981, 885

MAZZARELLA, *A proposito di oralità e testimonianza della parte*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1962, 968

MAZZARELLA, *Avvocato e procuratore (diritto processuale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, IV, Roma, 1988

MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, in *Analisi e diritto*, Torino, 1996, 126

MAZZARESE, *Cognition and legal decisions remarks on Bulygin's view*, in *Cognition and interpretation of law* a cura di Gianformaggio e Paulson, Torino, 1995, 155

MCCARTHY, *The critical theory of Jürgen Habermas*, London, 1978

MICHAELMAN, *Formal and Associational Aims in Procedural Due Process*, in *Nomos: Due Process*, Pennock & Chapman, eds., New York, 1977, 126

MICHELI, *Recensione a La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I, 249

MILGROM – ROBERTS, *Relying on the information of the interested parties*, in *Rand Journal of economics*, 1986, 18

MONTELEONE, *Il giusto processo civile*, in *Il giusto processo nell'esperienza storico comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, 83

MONTELEONE, *Il processo civile alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *Giust.Civ.* 2001, 523

MONTESANO, nota a C.Cost. ord. 10 dicembre 1987, n. 494, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, 812

MONTESANO, *Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1978,

MONTESANO, *la garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di terza via*, in *Riv. Dir. Proc.* 2000, 929

NELSON, *The very idea of pure procedural justice*, in *Ethics*, 1980, 502

NESSON, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, in *Harvard Law Review*, 1985, 1357

OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1983

ORIANI, *L'imparzialità del giudice e l'opposizione agli atti esecutivi*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 121

OTTONELLI, *Giustizia procedurale*, in *Ragion pratica*, 1996, 99

OTTONELLI, *Due tipi di giustizia procedurale pura*, in *Ragion pratica*, 1997, 35

PASTORE, *Giudizio prova ragion pratica*, Milano 1996

PESCATORE, *Teoria delle prove civili e criminali*, Torino, 1847

PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963

PINTORE, *Problemi di etica procedurale* in [http://www.cirfid.unibo.it/murst4097/4097/SezioneII/ParteII/2.1/Pintore2\\_new.doc](http://www.cirfid.unibo.it/murst4097/4097/SezioneII/ParteII/2.1/Pintore2_new.doc)

PIVETTI, *Per un processo civile giusto e ragionevole*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, 55

PIVETTI e NARDIN, *Un processo civile per il cittadino (Lineamenti di una proposta di riforma della procedura civile)*, in [www.magistraturademocratica.it](http://www.magistraturademocratica.it), Dicembre 2005

POSTEMA, *Bentham and the Common Law tradition*, Oxford, 1988

POSTEMA, *The principle of utility and the law of procedure: Bentham's Theory of adjudication*, in *Georgia Law. Rev.*, 1977, 1393

PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, 2000 V, 241

PROTO PISANI, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265

PROTO PISANI, *Garanzia del giusto processo e tutela degli interessi dei minori*, in *Questione giustizia*, 2000, 467

PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, 604

PUGLIATTI, voce *Conoscenza*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, 50

PUGLIESE, *Per l'individuazione dell'onere della prova nel processo romano per formulas*, in *Studi in onore di De Francesco*, I, Milano, 1957

RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, 1997

RE, voce *Due process of law*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1989, vol. XII

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1980

REDISH - MARSHALL, *Adjudicatory Independence and the Values of Procedural Due Process*, in *Yale Law Journal*, 1986, 455

RENNIG, *Subjective procedural justice and civil procedure*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 207

RESNICK, *Due process and Procedural Justice*, in *Nomos XVIII: Due Process*, Pennock – Chapman (eds.), New York, 1977, 206

RESTA, *Le verità e il processo*, in *Politica del diritto*, 2004, 369

RICCI, *Prove e argomenti di prova*, in *Riv. Trim. dir e proc. civ.*, 1988, 1036

RIGHETTI, *Giusto processo ex art. 111 Cost. e poteri istruttori officiosi del giudice del lavoro ex art. 421, 2° comma, c.p.c.: una lettura costituzionalmente orientata della norma*, inserito in *Diritto&Diritti* nel febbraio 2004, <http://www.diritto.it/materiali/lavoro/righetti.html>

ROHL, *Procedural Justice : Introduction and Overview*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 1

ROHL - MACHURA, *Preface* in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997

ROSENBERG, *Decoupling Deterrence and Compensation Functions in Mass Tort Class Actions for Future Loss*, in *Vanderbilt Law Review*, 2002, 1871

ROSENBERG, *Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Torts*, in *Harv. L. Rev.*, 2002, 831

ROSENFELD, *Per una critica pluralista del proceduralismo contrattualista*, in *Analisi e Diritto*, 1997, 145

ROSENFELD, *Can Rights, Democracy, and Justice be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law*, in *Cardozo L. Rev.*, 1996, 791

RUSSO, *Appunti sul tema "terzietà del giudice e principio della domanda nelle procedure concorsuali"*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 157

SABATO, *L'imparzialità del giudice civile alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, 167

SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditivi del fatto e onere della prova*, in *Riv. dir civ.*, 1957, I, 399

SANCHEZ BRIGIDO – SELEME, *Justificacion sin verdad*, in *Analisi e diritto*, Torino, 2001, 285

SAPHIRE, *Specifying Due process values: Toward a more responsive approach to procedural protection*, in *University of Penn. Law Rev.*, 1978, 111

SASSANI, *la durata ragionevole del processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002,, 85

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959

SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982

SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in *Etica e diritto*, a cura di Gianformaggio e Lecaldano, Roma, 1986, 3

SCARPELLI, *Auctoritas non veritas facit legem*, in *Rivista di filosofia*, 1984, 29

SCARSELLI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 161

SCARSELLI, *il nuovo art. 111 e l'imparzialità del giudice nel processo civile*, in *Questione giustizia*, 2000, 81

SCHMIDT, *Procedural aspects of distributive justice*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law , Ashgate Pub.Co., Dartmouth,1997, 161

SERIO, *Brevi note sul Due Process of Law*, in *Il giusto processo nell'esperienza storico comparatistica*. Atti del seminario tenutosi a Palermo il 19 giugno 1999, 29

SIMON, *The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics*, in *Wisconsin Law Review*, 1978, 29

SINGER, *The player and the card: nihilism and légal theory*, in *Yale Law Rev.* 1984, 1

SOLUM – MARZEN, *Truth and uncertainty: legal control of the destruction of evidence*, in *Emory L. J.*, 1987, 1085

SOLUM, *Procedural Justice*, in *Southern California Law Review*, 2004, 181

STEIN, *An Essay on Uncertainty and Fact-finding in Civil Litigation, with Special Reference to Contract Cases*, in *Univ. of Toronto L.J.*, 1988, 299

SUMMERS, *Evaluating and Improving Legal Process – A Plea for ‘Process Values*, in *Cornell Law Rev.*, 1974, 1

SUMMERS, *Formal légal truth and substantive truth in judicial fact – finding*, in *Essays in légal theory*, Kluwer, 2000, 285

TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962

TARSKY, *la concezione semantica della verità e i fondamenti della semantica*, tr. It. in *Semantica e filosofia del linguaggio*, a cura di Linsky, Milano, 1969

TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992

TARUFFO, *Note sulla verità dei fatti nel processo civile*, in *Le ragioni del garantismo* a cura di Gianformaggio, in *Analisi e diritto*, Torino, 1993, 340

TARUFFO, voce “*Giudizio*” (Teoria generale), in *Enciclopedia giur. Treccani*, Roma

TARUFFO, voce *Prova Testimoniale* (dir. proc. civ.), in *Enc. Del Diritto*, XXXVII, Milano, 1988, 729

TARUFFO, *Diritto processuale civile dei paesi anglosassoni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., VI, Torino, 1989, 340

TARUFFO, *Onere della prova*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, 65

TARUFFO, *Interrogatorio*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., X, Torino, 1993, 57

TARUFFO, *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, in *L'attività del giudice*, a cura di M.Bessone, in *Analisi e diritto*, Torino, 1997, 139

TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 165

TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 1

TARZIA, *Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, in *Riv.Dir.Proc.* 1998, 657

THIBAUT – WALKER, *Procedural justice: A psycological analysis*. Hillsdale, N.J., 1975

THIBAUT – WALKERS, *A theory of procedure*, in *California Law review*, 1978, 541

TYLER, *What is Procedural Justice?: Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*, in *Law & society Review*, 1988, 103

TYLER, *The role of perceived injustice in defendants' evaluations of their courtroom experience*, in *Law & society Review*, 1984, 51

TYLER – RASINSKI – SPODICK, *The influence of voice on satisfaction with leaders: exploring the meaning of process control*, in *Journal Personality & social Psychology*, 1985, 72

TONOLLI, *il principio di parità delle armi nell'equo processo e la regola nemo in propria causa testis esse debet*, in *Riv. Int. Dir. Dell'uomo* 1996, 307

TRANGSRUD, *Mass Trials in Mass Tort Cases: A Dissent*, in *Univ. of Illinois L. Rev.*, 1989, 69

TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 1988

TROCKER, *il nuovo art.111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 27

TROCKER, *Il valore costituzionale del "giusto processo"*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, 36

TROCKER, *Il rapporto processo – giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. Dir. Proc.* 1989, 968

TRUBEK, *Studying courts in context*, in *Law & society Rev.*, 1980, 489

TRUBEK, *The construction and deconstruction of a dispute-focused approach: an afterword*, in *Law & society Rev.*, 1980, 727

TSCHECHTSCHER, *The Function of Procedural Justice in Theories of Justice*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 105

TWINING, *The rationalist tradition of evidence scholarship*, in *Rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 32

TWINING, *Theories of evidence: Bentham and Wigmore*, London 1986

TWINING, *Some scepticism about some scepticisms* in *Rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 96

TWINING, *What is the law of evidence?*, in *Rethinking evidence, exploratory essays*, Oxford, 1990, 195

UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992

VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, 1972, 353

VACCARELLA-VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997

VALLE, *Procedimenti speciali, giusto processo, imparzialità del giudice e problemi degli uffici giudiziari*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 165

VECA, *Filosofia politica*, Roma-Bari, 1998

VECA, *Sull'idea di giustizia procedurale*, in *Rivista di filosofia*, 2001, 219

VECA, *Questioni di giustizia*, in *Rivista Trimestrale di scienza dell'amministrazione*, 1984, 4

VERARDI, *Articolo 111 della Costituzione e tempi del processo civile*, in *Il nuovo art.111 della costituzione e il giusto processo civile: atti del convegno dell'elba, 9-10 giugno 2000*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Angeli, Milano, 2001, 113

VERDE, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.*, 1990, V, 466

VERDE, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 177

- VIDMAR, *Procedural justice and alternative dispute resolution*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 121
- VIDMAR, *The Origins and consequences of procedural fairness*, in *Law & social Inquiry*, 1990, 877
- VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 cost.*, in *Riv Trim. dir e proc civ.*, 2003, 1185
- VIGNERA, *Il "Giusto processo" nell'art. 111, comma 1, cost.: nozione e funzione*, in <http://www.ambientediritto.it>;
- VIGORITI, *Garanzie costituzionali del processo civile. "Due process of Law" e art 24 cost.*, Milano, 1970
- VIGORITI, *La testimonianza della parte nel processo penale e in quello civile: un'antinomia da eliminare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1972, 156
- VIGORITI, *Due process of law*, in *Studi Senesi* 1988, supplemento al vol. I, 383
- VILLA, *La coerenza normativa ed i presupposti epistemologici della giustificazione*, in *Riv int fil dir.*, 1988, 585
- VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Milano, 1984
- VIOLA, *The judicial truth: the conception of truth in judicial decision*, in Gianformaggio Paulson *Cognition and Interpretation of Law*, Torino, 1995, 203
- VITALE, *Purezza o imperfezione? Critica ad un'idea di giustizia procedurale pura*, in *Sociologia del diritto*, 1988, 21
- WALDRON, *Legislation and Morla neutrality*, in Goodin – Reeve (eds.) *Liberal Neutrality*, London, 1989
- WALKERS-LATOUR-LIND-THIBAUT, *Reactions of participants and observers to modes of adjudication*, in *Journal of applied soc.psychology*, 1974, 295
- WALKER-LIND-THIBAUT, *The Relation Between Procedural and Distributive Justice*, in *Vanderbilt Law Rev.*, 1979, 1401
- WASSERMAN, *The procedural turn: social heuristic and neutral values*, in *Procedural justice*, a cura di K.F.Rohl e S.Machura, published for the Onati International Institute for the Sociology of Law, Ashgate Pub.Co., Dartmouth, 1997, 37
- WELSH, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do with It?*, in *Wash. U. L. Q.*, 2001, 787

WELSH, *Remembering the Role of Justice in Resolution: Insights from Procedural and Social Justice Theory*, in *Journal of Legal Education*, 2004, 49

WERTHEIMER, *The Equalization of Legal Resources*, in *Phil. & Pub. Aff.*, 1988, 303

WIGMORE, *Nemo tenetur seipsum prodere*, in *Harvard Law Rev.*, 1891, 71

WROBLEWSKY, *Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziale*, in *L'analisi del ragionamento giuridico* a cura di Comanducci-Guastini, Torino, 1987, 277

WROBLEWSKY, *Justification of legal decisions*, in *Meaning and truth in judicial decisions*, Helsinki, 1983

WROBLEWSKY, *The problem of the so called judicial truth*, in *Meaning and Truth in judicial decisions*, Helsinki, 1983, 180

WROBLEWSKY, *Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche*, in *Etica e diritto*, a cura di Gianformaggio e Lecaldano, Roma, 1986, 204

ZAGREBELSKY, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "Giusto processo" in materia civile*, a cura di Capponi e Verde, Napoli, 2002, 171