

## Ringraziamenti

*Desidero esprimere la mia più profonda gratitudine alla Professoressa Maria Alessandra Sandulli per tutti gli insegnamenti ricevuti in questi anni di studio e di ricerca, per aver incoraggiato il mio percorso scientifico e professionale offrendomi numerose occasioni di crescita e per la costante attenzione che ha dedicato a tutti i miei lavori, per i quali ha sempre dimostrato interesse. La ringrazio altresì per i puntuali consigli relativi al presente lavoro monografico, che ha seguito con altrettanta attenzione e interesse.*

*Rivolgo uno speciale ringraziamento ai Professori Fabio Francario e Ruggiero Dipace per la generosa disponibilità con cui hanno seguito questo mio lavoro e per le preziose indicazioni ricevute in fase di stesura.*

*Vorrei inoltre esprimere la mia riconoscenza al Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, Professore Giovanni Serges, e alla Professoressa Claudia Morviducci, che hanno dimostrato un vivo interesse per questo mio lavoro.*

*Ringrazio altresì il Professore Remo Caponi, Responsabile dell'Unità di ricerca PRIN, che ha manifestato entusiasmo e apprezzamento per il lavoro monografico includendolo tra i prodotti della ricerca.*

*Desidero poi porgere un ringraziamento speciale al Professore Franco Gaetano Scoca, che ha ritenuto il presente studio meritevole dell'inserimento nella sua prestigiosa collana.*



# Introduzione

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. Obiettivi della ricerca e considerazioni metodologiche.

## 1. *Introduzione al tema*

Affermava Calamandrei che il processo ha uno scopo «altissimo, il più alto che possa esservi nella vita e si chiama giustizia»<sup>1</sup>.

Il relativo svolgimento deve perciò «essere strutturato per questa sua giustificazione, deve [cioè] essere un giusto processo»<sup>2</sup>.

Ma quando può dirsi realizzato un processo *secondo giustizia*? Il quesito risente della pluralità di principi coinvolti, spesso opposti, che caratterizzano l'esperienza giuridica: la certezza e l'equità, la legalità e la giustizia del caso singolo.

Con riferimento alle modalità di realizzazione di un processo equo trova allora spazio la considerazione per cui «le esigenze tradizionali della ragione, madre della giustizia, si possono soddisfare senza sacrificare l'affetto per la figlia prediletta che è l'equità» mentre «quel grado di certezza, cioè di prevedibilità del diritto e quindi di ordine di convivenza spontaneamente osservato dai cittadini, che il sistema della legalità garantisce, può sussistere senza chiudere al giudice, nei casi eccezionali in cui l'ordine è turbato, le vie della sensibilità umana e sociale»<sup>3</sup>.

Il *sistema della legalità*, cioè il principio di legalità nella giurisdizione (più che gli altri principi indicati), non avrebbe senso in un impianto che fosse sprovvisto delle necessarie garanzie volte a tutelare la persona o che fosse carente di quelle norme sulla giurisdizione che hanno lo scopo di custodire quel valore strutturale proprio di ogni Paese democratico, basato su principi e diritti costituzionalmente protetti e sulla predeterminazione delle procedure.

---

<sup>1</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 1950 e in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 572.

<sup>2</sup> N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 968.

<sup>3</sup> P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in ID., *Opere giuridiche*, cit., vol. I, pp. 604-605. Da qui il rilievo assegnato all'equità, che consente al giudice di utilizzare quelle «finestre aperte sul mondo», rappresentate dall'interpretazione evolutiva, dall'analogia e dai principi generali.

I principi del giusto processo e dell'effettività della tutela dispongono di una forte valenza nazionale (costituzionale) ed europea, in quanto mezzi essenziali per la difesa della libertà della persona e per la realizzazione della giustizia, che trovano espresso riconoscimento negli artt. 6 e 13 CEDU e nell'art. 47 della Carta di Nizza e una base comune nello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» previsto dall'art. 3, par. 2, TUE.

Ricordava Chiovenda che sussistono «sommi principi» che governano il «delicato organismo» del processo e solo se si conoscono e si attuano tali principi, il processo si mantiene strumentale all'attuazione dei diritti<sup>4</sup>.

Occorre allora indagare tali principi. Ciò anche perché l'idea di giustizia deve essere intesa in senso concreto.

Nell'analisi del processo si prenderà in esame la sola forma di risoluzione contenziosa delle controversie, con ciò riferendo il *giudizio* al *processo di parti* dinanzi a un giudice terzo e imparziale, come inteso in senso classico.

Si indagheranno quindi gli aspetti della *giustizia della procedura* e della *giustizia della decisione*.

Nel passaggio dalle versioni classiche a quelle contemporanee, viene condiviso l'assunto teorico di base per cui le *questioni di giustizia* sono *questioni di giustificazione*. Ciò porta ad una varietà di modi della "giustificazione" nel tempo, per cui le ragioni per scegliere e agire in certi modi dipendono dai migliori argomenti disponibili.

Il concetto di *giustizia* è stato sempre oggetto di interesse e di studio e ha condotto a molteplici approdi. Viene alla mente la distinzione di Rawls fra un concetto (unico) di giustizia e differenti concezioni della stessa. Si pensi poi alle questioni poste da Kant per una teoria della giustizia con riferimento al sistema delle istituzioni, coerente con i doveri di giustizia, e *all'obiettivo* della giustificazione morale.

Senza voler ripercorrere queste e altre note costruzioni teoriche, si affronterà il tema del giusto processo amministrativo per ciò che concerne il rapporto tra l'effettività, la pienezza della tutela e le forme di accelerazione processuale, con specifico riferimento alle più recenti riforme legislative che hanno determinato una contrazione dei tempi del giudizio e della fase decisoria, prevedendo, tra le varie novità, una più ampia utilizzazione della decisione in forma semplificata.

Il legislatore ha cercato di realizzare l'obiettivo su più fronti. Si pensi alla riduzione della sospensione feriale a trenta giorni oppure al rito c.d. "super accelerato" in materia di contratti pubblici, di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a. Quest'ultimo mira a definire le controversie in tema di ammissioni ed esclusioni nel breve termine di trenta giorni dalla pubblicazione sul profilo della

---

<sup>4</sup> G. CHIOVENDA, *Del sistema negli studi del processo civile* (1908), ora in A. PROTO PISANI (a cura di), *Saggi di diritto processuale civile* (1894-1937), vol. I, Milano, 1993, p. 228.

committente, con l'effetto di "blindare" la fase delle ammissioni, nella quale normalmente si manifestano la maggior parte delle censure di un contenzioso, con inevitabili conseguenze anche sulle impugnazioni incidentali aventi quasi sempre carattere escludente.

Il bilanciamento tra l'interesse delle parti ad una tutela effettiva e ad una decisione "giusta" in un tempo ragionevole, e quello della collettività alla celere definizione (ad ogni costo) del giudizio, soprattutto per controversie di particolare rilievo (quale, ad esempio, il contenzioso in materia di contratti pubblici), va visto nell'ottica della *giustizia correttiva*, per utilizzare il concetto aristotelico, individuando cioè «quale medietà sia la giustizia e di quali estremi il giusto sia il mezzo»<sup>5</sup>.

Il principio di effettività, generalmente associato a quello del giusto processo (o identificato con esso), del quale rappresenta l'esito, è sintetizzato nella necessità che la decisione finale attribuisca al ricorrente vittorioso ogni utilità allo stesso spettante in virtù del diritto (o interesse) vantato e che ciò venga fatto in modo tempestivo e, dunque, in tempo utile. Esso comprende anche la garanzia dell'esecuzione della medesima decisione e il conseguente obbligo per l'ordinamento giuridico di apprestare gli strumenti adeguati.

La dialettica processuale è il mezzo di verifica della legalità amministrativa. Quelle che verranno qualificate come *condizioni minime di legalità processuale*, rappresentano le garanzie per la realizzazione del giusto processo di parti.

Ricordava Capograssi nelle sue riflessioni sul processo che «la vita con maggiore o minore chiarezza ha sempre riconosciuto che nel processo si attua un profondo e centrale valore dell'esperienza. La storia dimostra che la vita non ha mai considerato il processo come una mera questione di tecnica o di organizzazione esteriore; la vita si è resa conto del sostanziale contenuto dell'interesse apparentemente tecnico del processo, e a volte ha visto in esso la parte che spetta al soggetto singolo, alla sua autonomia, e quindi al processo come attuazione dei diritti individuali, della proprietà e della libertà; a volte la parte che spetta alla effettiva ed uguale attuazione dell'ordinamento, più che alla libertà e all'uguaglianza. Ma sempre ha visto nel processo l'attuazione di un valore obiettivo, del diritto come valore positivo; o che abbia riguardato questo valore nella sua posizione di unità o che l'abbia riguardato nella sua posizione di autonomia della singola personali-

---

<sup>5</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V (E), 1, 1129<sup>a</sup>-11, 1138b, in *Opere*, vol. VII, Roma-Bari, 1988, pp. 105-138 (trad. di A. Plebe). Nel Libro V è presentata la celebre classificazione dei tipi di giustizia e dei diversi ambiti in cui si applicano (distribuzione, rettificazione o regolazione, scambio o commutazione). Si ricorda anche la distinzione tra la giustizia intesa come rispetto della legge e la giustizia intesa come equità. La giustizia correttiva viene definita come «il medio tra il danno e il vantaggio». Per questo, quando si è in lite, si ricorre al giudice, che «vuole essere come la giustizia incarnata: e si cerca un giudice imparziale, e alcuni chiamano i giudici mediatori, in quanto, se raggiungono il mezzo, ottengono il giusto. Quindi la giustizia, come pure il giudice, è qualcosa di medio. Il giudice poi eguaglia e, come se si trattasse di una linea tagliata in parti diseguali, toglie ciò per cui la parte maggiore supera la metà e l'aggiunge alla parte minore» (1132a).

tà, essa ha visto il processo come momento nel quale il diritto entra a formare il concreto»<sup>6</sup>.

L'ampia citazione racchiude in sé il motivo per cui il giusto processo ha spesso costituito oggetto di interesse e di studio da parte della dottrina, sotto diversi profili.

Esso si configura in termini duplici, e cioè con riferimento alla "attuazione" dei diritti individuali e, allo stesso tempo, all'effettività dell'ordinamento e del sistema di tutele da questo previsto.

Dunque il conseguimento della giustizia del risultato soddisfa sia l'interesse particolare delle parti che quello collettivo (e ordinamentale) del rispetto del principio di legalità e di buon andamento nell'esercizio dell'azione amministrativa.

Quest'ultimo è il fine proprio del processo amministrativo, tipologicamente diverso dalle altre tipologie di processi e caratterizzato dal legame tra legalità ed effettività della tutela e, dunque, tra tutela primaria (amministrativa) e tutela secondaria (giurisdizionale)<sup>7</sup>.

La decisione "giusta" acquisisce una duplice valenza: essa rileva non solo per le parti ma è atta a conformare anche il successivo operato dell'amministrazione.

Affermava Hart che una società che non sia caratterizzata da incertezza, staticità e inefficienza, necessita, oltre che di norme impositive di obblighi, e cioè "norme primarie", anche di "norme secondarie", attributive di poteri di riconoscimento, di mutamento e di giudizio.

Ciò implica che un ordinamento giuridico non può essere compreso se non con riferimento ai concetti di legislazione (di fonti del diritto), di giurisdizione e di validità<sup>8</sup>.

In particolare, la nozione di giurisdizione rappresenta il riferimento primario<sup>9</sup>.

Essa ha da sempre interessato gli studiosi, preoccupati di ricercarne la definizione, che ha portato a diverse qualificazioni del concetto. Si è variamente parlato di «composizione delle liti»<sup>10</sup>; di «attuazione della legge»<sup>11</sup>; di «applicazione di

<sup>6</sup> G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Opere*, vol. IV, Milano, 1959.

<sup>7</sup> Si ricordano gli autorevoli interventi al convegno "Principio di legalità ed effettività della tutela. L'insegnamento di Aldo M. Sandulli nel centenario dalla nascita", 20 novembre 2015, Università La Sapienza, Roma.

<sup>8</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002 (1961). Il fondamento dell'ordinamento giuridico secondo Hart è l'accettazione di una norma secondaria di riconoscimento che fornisce criteri dotati di autorità per l'individuazione delle norme primarie che impongono obblighi. Le norme che soddisfano tali criteri appartengono all'ordinamento e sono dette *valide*. L'ordinamento giuridico esiste dunque quando le sue norme vengono obbedite dai cittadini e osservate dai funzionari. Il ruolo dei tribunali è perciò comprensibilmente rilevante.

<sup>9</sup> M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.

<sup>10</sup> F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, p. 44.

<sup>11</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 301, in cui si legge: «la

una sanzione»<sup>12</sup>; di «affermazione dell'ordinamento nel caso concreto»<sup>13</sup> oppure di «applicazione delle norme giuridiche alle fattispecie concrete mediante l'obbligo di osservazione di regole procedurali»<sup>14</sup>.

Ciascuna delle qualificazioni sopra indicate sottolinea un aspetto proprio della giurisdizione, di cui pure deve essere ripreso il senso classico di *iurisdictio*, comprensiva non solo degli atti volti all'istruzione della causa e all'identificazione delle parti e della materia del contendere, ma anche di tutta quell'attività concernente la funzione del giudice e l'amministrazione del processo.

L'accento deve essere posto sulla centralità della tematica che coinvolge e sottende questioni ben più ampie della mera tecnica processuale, pur rilevante ai fini della verifica della concretezza e sostenibilità del modello processuale previsto dal nostro ordinamento.

Le garanzie delle situazioni giuridiche soggettive costituiscono un tema trasversale ai molteplici settori del diritto e raffigurano gli strumenti mediante i quali i diritti riconosciuti dall'ordinamento vengono azionati e resi effettivi.

La tradizionale distinzione tracciata tra il riconoscimento dei diritti e la loro tutela rinvia al concetto di *garanzia*, riferendosi da un lato alla protezione astratta realizzata sul piano meramente normativo degli stessi e, dall'altro, alla protezione concreta tradotta sul piano più propriamente giudiziale.

Il sistema costituzionale delle garanzie dei diritti si presenta in modo estremamente articolato e complesso, ma sotto il profilo metodologico può trovare una propria razionalizzazione nella suddivisione tra garanzie istituzionali, volte alla realizzazione di una pre-condizione per il concreto godimento dei diritti e garanzie propriamente giurisdizionali, volte alla più diretta protezione delle situazioni giuridiche sostanziali<sup>15</sup>.

Alla prima delle due categorie, che raffigura una condizione preliminare al godimento e alla protezione dei diritti stessi, possono ad esempio essere ricondotti il principio di separazione dei poteri, il principio di unicità della giurisdizione, il principio di precostituzione del giudice naturale, ecc. La seconda categoria si riferisce invece agli strumenti diretti ad assicurare la protezione delle situazioni giuridiche sostanziali contro le possibili lesioni delle stesse.

Nell'ambito di tale ultima categoria rientrano il diritto di azione e di difesa e i principi del giusto processo.

---

giurisdizione consiste nell'attuazione della legge mediante la sostituzione dell'attività di organi pubblici all'attività altrui, sia nell'affermare l'esistenza di una volontà di legge, sia nel mandarla ulteriormente ad effetto».

<sup>12</sup> E. REDENTI, *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo secolo*, vol. I, Milano, 1962, p. 227.

<sup>13</sup> S. SATTA, *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 224.

<sup>14</sup> A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, p. 3.

<sup>15</sup> L. FANOTTO, *Le garanzie dei diritti*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013.

L'art. 111 Cost. prevede, al comma 1, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Tale comma contiene una riserva assoluta di legge, nel senso che, da un lato, la disciplina processuale deve essere regolata da fonti di rango legislativo e, dall'altro, la disciplina legislativa deve modellare il processo secondo i principi dell'art. 111 Cost.

La costituzionalizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto di azione si presenta come elemento di chiusura del sistema delle garanzie dei diritti e delle norme di organizzazione volte alla concretizzazione delle libertà.

A conferma di questa impostazione si è espressa in tempi risalenti la Corte costituzionale, che ha incluso il diritto alla tutela giurisdizionale, tra i «principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con il principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice ed un giudizio»<sup>16</sup>.

Ad esso fa eco l'art. 24 Cost., e il diritto, ivi previsto, di agire in giudizio per la difesa dei diritti e degli interessi legittimi.

Questo articolo viene generalmente ricollegato a quello che nei sistemi anglosassoni è chiamato *due process of law*, secondo cui non è sufficiente che tutti possano agire e difendersi in giudizio, ma occorre che il giudizio si svolga con tutte quelle garanzie processuali insite nello spirito di una costituzione moderna, riconoscendo così a tale clausola il merito di comprendere esigenze di legalità procedurale e bisogni di giustizia sostanziale, unitamente al principio di eguaglianza (c.d. "*equal protection clause*")<sup>17</sup>.

Tutto questo si traduce in una garanzia *al* processo, ancor prima che *nel* processo, ovvero al diritto di far valere giudizialmente le proprie posizioni sostanziali di vantaggio, e nell'attribuzione della portata di una più ampia garanzia di giustizia sostanziale a una garanzia di legalità procedurale.

È significativo il fatto che la valorizzazione del diritto al processo abbia incluso nello stesso anche il riconoscimento del diritto di accesso all'organo giudiziario<sup>18</sup>. Il diritto al processo non si esaurisce però nella possibilità di accesso alle

---

<sup>16</sup> C. Cost., 22 gennaio 1982, n. 18.

<sup>17</sup> V. VIGORITI, *Due process of law*, in *Dig. disc. priv.*, vol. III, Torino, 1991, p. 228; E.D. RE, *Due process of law*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989; M. CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e "due process of law")*, in *Giur. cost.*, 1961, p. 1284; E. COUTURE, *La garanzia costituzionale del "dovuto processo legale"*, in *Riv. dir. proc.*, 1954, p. 81 ss.; G. DELLA CANANEA, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, 2007.

<sup>18</sup> Si ricordano in proposito la celebre sentenza della Corte EDU, 21 febbraio 1975, in C-4451/70, *Goldier v. United Kingdom*, sul diritto di accesso a un tribunale che, anche se non esplicitamente sancito dalla Convenzione si ricava dall'art. 6, par. 1, CEDU che, nel prevedere il diritto a un processo equo presuppone logicamente il diritto di adire un tribunale. Tra le tante, si ricorda anche Corte EDU, 4 dicembre 1995, ric. n. 21/1995/527/613, *Bellet c. France*, secondo cui il ricorso deve



Corti. Esso ricomprende tutte quelle attività processuali, sia di carattere prodromico che successivo alla proposizione della domanda, ritenute indispensabili per rendere effettiva e concreta la tutela giurisdizionale dei diritti.

In quest'ottica il diritto di azione corrisponde a una pluralità di poteri che oltrepassano il compimento del mero atto introduttivo del giudizio.

Da queste considerazioni derivano le diverse interpretazioni del diritto di azione come: (i) mera forma capace di recepire i concetti tecnici già presenti nel diritto processuale senza mutarne la natura (c.d. concezione processuale) e (ii) diritto di rivolgersi agli organi giudiziari per ottenere giustizia (c.d. concezione sostanziale)<sup>19</sup>.

Al diritto di azione e al *diritto al processo* sono collegati una pluralità di facoltà e poteri processuali riassunti in una serie di garanzie.

Tali garanzie impongono: eguali possibilità per le parti di vedere riconosciute le proprie ragioni con il provvedimento conclusivo del giudizio; il riconoscimento dell'importanza del diritto alla prova quale elemento finalizzato alla dimostrazione dei fatti allegati o dedotti a fondamento della domanda; l'inammissibilità sul piano tecnico di qualsiasi limite processuale interno, in grado di rendere eccessivamente gravoso il concreto esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale; l'inammissibilità di limiti sostanziali esterni tali da pregiudicare *ab origine* l'esercizio del diritto di azione; una adeguata tutela cautelare; la concreta possibilità di far eseguire le sentenze.

Nel processo amministrativo l'evoluzione delle forme di tutela e l'ampliamento dei mezzi a disposizione delle parti (e del giudice) ha inciso favorevolmente sulla puntuale attuazione delle garanzie connesse al giusto processo e sulla concreta realizzazione della tutela.

Anche la giurisdizione amministrativa, come tutte le giurisdizioni, è regolata da una *Grundnorm*: il principio del giusto processo, recepito dalla Comunità prima e dall'Unione poi, nonché dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>20</sup>.

Le garanzie ad esso associate, che verranno espresse nei termini di *declinazioni* del giusto processo, sono varie: il diritto di accesso al giudice, le garanzie relative all'organo giudiziario e quelle relative alle parti, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e la ragionevole durata, cui si deve aggiungere il principio trasversale di buona fede processuale.

La storia del processo amministrativo e la sua codificazione testimoniano il compimento del percorso volto all'attuazione di ciascuna delle indicate declinazioni attraverso una serie di misure, tra cui la previsione del sistema atipico di

---

assicurare ai cittadini «una possibilità chiara e concreta di contestare un atto che costituisca una ingerenza nei propri diritti». Per giurisprudenza consolidata, il diritto all'equità processuale è perciò anche espressione della necessità di garantire un accesso concreto ed effettivo a un tribunale.

<sup>19</sup> L. FANOTTO, *Le garanzie dei diritti*, cit.

<sup>20</sup> In questi termini si esprime F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

azioni, che ha aperto la possibilità a nuove domande, la disciplina del regime dell'istruttoria – che ha riscritto l'importanza dell'accesso al fatto da parte del giudice amministrativo –, il regime della competenza e quello della tutela cautelare, nonché il regime delle preclusioni processuali e, più in generale, quello dei termini a difesa.

Le indicate garanzie si devono però misurare sulle più recenti riforme normative che in alcuni casi non sembrano rafforzare, ma piuttosto indebolire, l'effettività della tutela raggiunta con la codificazione.

## 2. *Obiettivi della ricerca e considerazioni metodologiche*

Lo studio ha un duplice obiettivo.

In primo luogo esso si propone di valutare la congruità delle più recenti riforme normative rispetto al *giusto processo amministrativo*; se cioè esse operino in senso ampliativo della tutela o piuttosto si traducano in ostacoli alla realizzazione di un processo *giusto* o in interventi di segno potenzialmente contrario al conseguimento di una tutela piena, di cui l'ordinamento prescrive l'*effettività*.

In particolare, ci si riferisce al rapporto tra tempo, inteso come ragionevole durata dei giudizi ma anche come *accelerazione* processuale, e pienezza della tutela, intesa come *decisione giusta* che consegue a un *processo giusto*.

I profili presi in considerazione sono quelli in cui le esigenze di effettività della tutela collidono con l'indirizzo impresso dal legislatore di accelerazione dell'*iter* processuale e di semplificazione della fase decisionale.

Il secondo obiettivo attiene alla verifica della compatibilità di tali riforme con l'intero sistema e passa attraverso la riflessione sulle criticità evidenziate in riferimento ai temi indicati, da leggere nella più ampia cornice, costituzionale ed europea, del riconoscimento della garanzia di un processo equo.

Ciò al fine di poter verificare la sostenibilità dell'intero sistema nazionale.

In relazione a quest'ultimo punto, l'obiettivo è perseguito attraverso una verifica di congruità, che attiene alla coerenza della riforma con l'accezione di *giusto processo*, così come recepita dal nostro ordinamento e come configurata dall'Unione europea e dal sistema convenzionale.

Tale verifica può dare due esiti: di incompatibilità con il sistema nazionale (costituzionale) oppure di piena compatibilità con lo stesso.

Nel primo caso si avrà una aperta violazione dell'art. 111 Cost. (interpretato alla luce dei principi di diritto espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e dalla Corte EDU).

Nel secondo caso, invece, la compatibilità con i principi costituzionali non esclude (ma anzi impone) una seconda verifica di congruità, avente ad oggetto la disciplina legislativa posta dal legislatore ordinario con riferimento al principio di autonomia processuale degli Stati membri. Questo aspetto rileva anche per i possibili sviluppi futuri che potrà avere il nostro sistema di giustizia amministrativa.

Lo studio attraversa più piani in modo trasversale, secondo un approccio funzionale al raggiungimento degli indicati obiettivi della ricerca.

Il metodo utilizzato, coerentemente con l'obiettivo annunciato, parte dallo studio del giusto processo nelle fonti del diritto. Ciò al fine di: (i) verificare la possibilità di ascrivere il processo equo alla categoria dei *principi* e, al contempo, a quella dei *diritti* e, più precisamente, ai *diritti fondamentali*; (ii) individuare con sufficiente precisione il contenuto di tale principio-diritto e le declinazioni dello stesso (tra cui l'obbligo di motivazione, cui è dedicato un intero capitolo) che, a fronte della qualificazione del giusto processo in termini di principio e diritto fondamentale, assumono il carattere della *irrinunciabilità*.

Per condurre lo studio è stato necessario porre una solida base rappresentata dalla ricostruzione del profilo teorico-generale del *giusto processo*. Ciò in quanto l'obiettivo primario, per essere raggiunto, richiede di procedere per gradi, ottenendo alcune risposte a domande preliminari.

Questo ha richiesto un primo sforzo teorico: ricondurre il concetto di giusto processo a sistema nell'ambito di una tutela multilivello, che tenga conto non soltanto della disciplina nazionale ma anche di quella europea.

Preliminarmente, quindi, è stata fatta chiarezza sul principio-diritto al giusto processo in ambito nazionale ed europeo al fine di valutarne consapevolmente la natura e la valenza. Tale indagine è stata funzionale e prodromica alla ricerca condotta.

La prima parte dello studio è stata perciò dedicata all'esame del giusto processo, dalle origini (*Magna Charta*) all'attuale configurazione che esso ha nel sistema delle fonti (CEDU, UE e ordinamento nazionale e, precisamente, gli artt. 6 e 13 CEDU, 47 Carta di Nizza e 111 Cost.), anche attraverso la funzione interpretativa svolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea e della Corte EDU, che hanno contribuito a definire il contenuto e le sfumature del principio/diritto.

La verifica della possibilità di inquadramento del giusto processo sia nella categoria dei principi che in quella dei diritti fondamentali è stata svolta anche attraverso la disamina di quelle garanzie che concorrono alla realizzazione di un processo equo (qui definite come *declinazioni* dello stesso).

Questa articolazione consente di trarre gli elementi qualificatori e contenutistici necessari per affrontare le ulteriori parti della trattazione.

La seconda parte del lavoro, sviluppata lungo la linea del sistema di tutela multilivello, è stata dedicata al principio di autonomia processuale degli Stati membri e all'individuazione di eventuali limiti ad esso, sia in presenza di atti di armonizzazione dell'Unione europea che in assenza degli stessi. In quest'ultimo caso, si è fatto espresso riferimento ai principi generali del diritto dell'Unione.

Sono stati presi in considerazione, da una parte, i principi di *effettività* e di *equivalenza* della tutela e, dall'altra, il principio del primato del diritto dell'Unione (e dell'effetto utile).

I primi due principi operano nell'interesse del soggetto richiedente tutela e, quindi, nella stessa direzione del principio di effettività della tutela, richiedendo il riconoscimento e l'operatività dello *standard* di tutela superiore.

Sotto altro profilo – e in possibile contrapposizione con il primo – opera invece il principio del primato del diritto dell’Unione europea.

Esso travalica l’ambito più strettamente processuale, estendendosi potenzialmente oltre lo stesso, fino a ricomprendere i principi supremi, tra cui quello di *effettività dell’ordinamento* eurounitario.

L’indagine attraversa quindi il giusto processo nel rapporto di *preminenza* che lega l’Unione e gli Stati membri sotto un profilo complementare rispetto a quello trattato nella Parte I. Si ha cioè riguardo all’obbligo del legislatore nazionale di definire meccanismi processuali idonei a garantire una tutela effettiva, che corrisponda agli *standard* eurounitari e, al contempo, ai limiti che lo stesso subisce e che possono derivare da atti di armonizzazione o dai principi generali del diritto dell’Unione in presenza di interessi opposti. Ciò anche in considerazione del dubbio rapporto tra il diritto *sostanziale* dell’Unione europea e la funzione (strumentale?) della tutela processuale, che però mal si concilia con il riconoscimento di un diritto *fondamentale* a un processo equo.

Questa parte fornisce gli ulteriori strumenti per analizzare gli interventi normativi nazionali in ambito processuale.

La terza e ultima parte si occupa specificamente del *giusto processo amministrativo*.

L’introduzione al tema avviene analizzando il modo in cui i principi e i corollari del giusto processo “vivono” nel processo amministrativo e come gli stessi si caratterizzano nell’evoluzione storica, attraverso la differenziazione tra il sistema anteriore al codice del processo amministrativo e quello dallo stesso delineato, del quale si apprezza la maggiore effettività per effetto dell’ampliamento degli strumenti di tutela.

Poste queste basi, viene affrontato più nel dettaglio l’oggetto primario dell’indagine: il rapporto tra *effettività* e *tempo* nel processo amministrativo.

Da un lato il giusto processo si atteggia a garanzia della ragionevole durata del giudizio, nell’interesse della parte richiedente tutela. Per converso, gli interessi pubblici, soprattutto in settori di primario rilievo quale quello della contrattualistica pubblica, inducono a definire nel più breve tempo possibile l’esito della controversia. Ciò impone una accelerazione nella definizione del giudizio per raggiungere un esito certo nel più breve tempo possibile.

Procedendo attraverso l’esame delle modificazioni in senso evolutivo della tutela nell’ambito del (giusto) processo amministrativo, è stato pertanto indagato il complesso rapporto tra effettività e tempo nel codice del processo amministrativo attraverso l’analisi dei casi specifici che vengono in rilievo e, segnatamente: il contraddittorio e i limiti imposti allo stesso da ragioni di economia processuale; la tutela cautelare monocratica in corso di causa e quella *ante causam*; la definizione del giudizio in esito all’udienza cautelare *ex art. 60 c.p.a.*; i giudizi in materia di contratti pubblici e la generalizzazione dell’utilizzazione della decisione in forma semplificata, che costituisce ormai la modalità ordinaria di definizione di tali giudizi.

I contratti pubblici occupano un ruolo di primo piano nell'indagine perché sono caratterizzati da un rito speciale e, a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (art. 204), anche da un ulteriore rito "super speciale" (e super-accelerato), di cui all'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis*, c.p.a.

L'accelerazione processuale non si è manifestata però solo nella fase dello svolgimento del processo, ma anche attraverso la semplificazione della fase decisionale, con riduzione dell'onere motivazionale, che occupa pertanto un ruolo di primo piano nell'indagine.

La *giustizia della decisione* costituisce uno dei segmenti attuativi del giusto processo (l'altro è la *correttezza dello svolgimento dell'iter processuale*) e, come tale, ogni modifica che incida su di essa è potenzialmente idonea ad incidere anche sulla *giustizia* del risultato.

Il legame tra giusto processo, inteso come diritto fondamentale, e obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, inteso come sua declinazione e misura attuativa (unitamente alle altre), costituisce uno dei punti centrali dello studio.

Il ruolo e la funzione della motivazione risultano decisivi per valutare se quell'"architave" del giusto processo<sup>21</sup> risulti più solida o, viceversa, maggiormente cedevole, a fronte del nuovo quadro normativo di riferimento. Se cioè il sistema processuale così delineato risulti legittimato o piuttosto delegittimato.

L'esigenza di ridurre il carico di lavoro dei giudici e "sgravare" la macchina della giustizia ha portato a riforme normative non sempre coerenti e conformi al sistema delineato di un processo equo, che hanno troppo spesso valorizzato il profilo dell'efficientamento della giustizia facendolo prevalere su quello dell'effettività della tutela.

Ciò è avvenuto in modo significativo con l'ampliamento dell'utilizzazione della decisione in forma semplificata di cui all'art. 74 c.p.a., anche oltre i presupposti di esito manifesto della controversia, ai quali era legata la stessa *ratio* della norma.

Ci si riferisce, in particolare, alla previsione di cui all'art. 120, comma 6, c.p.a., come sostituito dall'art. 40, comma 1, lett. *a*), legge 11 agosto 2014, n. 114, che ha previsto, per i relativi giudizi, la generalizzazione dell'uso della decisione in forma semplificata al di là dei presupposti connaturati a tale peculiare forma di decisione e cioè l'esito manifesto della controversia.

Questa previsione rientra in un più ampio *favor* legislativo per l'uso di tale forma di decisione, manifestato anche attraverso altri interventi quali l'introduzione, da parte della legge di stabilità del 28 dicembre 2015, n. 208, dell'art. 71-*bis* c.p.a., che prevede la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata a seguito della presentazione dell'istanza di prelievo e il tentativo di introdurre una riduzione dell'onere motivazionale in sede di gravame, previsto dal-

---

<sup>21</sup> L'espressione è di A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, 2009, p. 11. Si veda anche M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Dir. e soc.*, 2014, p. 3.

l'art. 204, lett. *i*) dello schema di Codice dei contratti pubblici, poi stralciato nella stesura definitiva del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

A fronte di ciò si valuterà se le scelte del legislatore nazionale in relazione all'accelerazione dello svolgimento processuale e alla semplificazione della fase decisionale si possano ritenere conformi al sistema di tutela costituzionale ed europea e se l'autonomia processuale di ciascuno Stato possa essere limitata a discapito della tutela del richiedente, risultando ciò insoddisfacente e contrario al sistema che impone il raggiungimento di una tutela pienamente soddisfattiva.

*Parte I*

Diritti fondamentali  
e diritto a un processo equo





## Capitolo I

# Il principio del giusto processo come diritto fondamentale nel sistema delle fonti

SOMMARIO: 1. Le origini del giusto processo: il giusto processo come diritto fondamentale nella *Magna Charta Libertatum*. – 2. Il processo equo come diritto fondamentale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 6 e 13). – 3. Il giusto processo come diritto fondamentale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: il diritto a un ricorso effettivo (art. 47). – 4. Il giusto processo come diritto fondamentale nella Costituzione (art. 111). – 5. Il giusto processo nel rapporto tra le fonti: la protezione dei diritti fondamentali nel sistema di tutela multilivello. – 5.1. (segue). Il giusto processo tra diritto europeo e sistemi processuali nazionali: il principio dell'autonomia processuale. Cenni.

### 1. *Le origini del giusto processo: il giusto processo come diritto fondamentale nella Magna Charta Libertatum*

Prima di analizzare il processo “equo” nell'ambito delle fonti nazionali ed europee, è utile introdurre un breve cenno alle origini storiche dello stesso e, precisamente, alla sua configurazione e valenza nella *Magna Charta Libertatum* del 1215.

In essa si ritrovano infatti le prime affermazioni delle libertà e il riconoscimento dei diritti, la cui fioritura in epoca successiva ha portato alla predisposizione di idonee garanzie di protezione degli stessi<sup>1</sup>.

In particolare, il Capitolo 39 così disponeva: «Nessun uomo libero sarà arrestato, imprigionato, multato, messo fuori legge, esiliato o molestato in alcun modo, né noi useremo la forza nei suoi confronti o demanderemo di farlo ad altre persone, se non per giudizio legale dei suoi pari e per la legge del regno» (*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).

Al successivo Capitolo 40 si leggeva: «A nessuno venderemo, negheremo, dif-

---

<sup>1</sup> W.S. MACKECHNIE, *Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John*, 2<sup>nd</sup> ed., Maclehose, 1914; C. BREAY, *Magna Carta: manuscripts and myths*, London, 2002.

feriremo o rifiuteremo il diritto o la giustizia» (*Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam*).

La *Magna Charta* ha posto un freno alle prerogative del sovrano nei confronti dei sudditi, stabilendo che nessun uomo libero poteva essere catturato, imprigionato, privato dei suoi beni o perseguitato se non in forza di un *giudizio legale* da parte dei suoi pari o in base alla legge del Paese.

La forza di tale riferimento (ad un *giudizio legale*) si ritrova non solo nell'affermazione della necessità di un previo giudizio per una condanna che si possa dire equa, e, quindi, del diritto dell'accusato di difendersi nel giudizio che lo vede imputato, ma anche nell'opportunità che tale giudizio venga conformato a legge e cioè che sia assistito da garanzie che ne impongano lo svolgimento *secondo legge*.

Più precisamente, le previsioni contenute nei richiamati Capitoli 39 e 40 annunciavano la prima consacrazione del principio della garanzia giurisdizionale dei diritti secondo cui: (i) solo attraverso un *legale iudicium* possono essere adottati atti lesivi dei diritti fondamentali di ciascun soggetto; (ii) solo gli organi ai quali sono attribuite le funzioni giurisdizionali hanno il potere e il dovere di verificare che altri soggetti non ledano tali diritti.

Si attestava così la prima affermazione del principio di legalità, per cui solo a fronte della legge del Regno – e previo giudizio legale – sarebbe stato possibile disporre la prigione, la multa, l'esilio.

Contestualmente veniva affermata la “specialità” dell'esercizio della funzione giurisdizionale, attribuita ad organi appositamente individuati per competenza, cui venivano conferite specifiche facoltà (espresse dal riferimento al “*potere*”), e sottoposti alla legge nell'esercizio dello *ius dicere* (con “*dovere*” di verifica della lesione dei diritti su cui erano chiamati a giudicare).

Seppure nella sola forma di condizione e limite per l'esercizio dell'azione, il principio di legalità assumeva per effetto di tale previsione un rilievo tutt'altro che indifferente, accentuato dal legame con il concetto di giustizia. Proprio in virtù di questo legame seguiranno i noti sviluppi che hanno portato nel corso degli anni alla funzionalizzazione del sistema di giustizia (anche) all'attuazione della legalità.

Come si può notare, non c'era un riferimento espresso ai “diritti” in senso soggettivo e tecnico, ma non per questo le disposizioni richiamate avevano un contenuto precettivo minore.

Nel Capitolo 39 era possibile ricavare i diritti tutelati dai divieti ivi previsti e, analogamente, nel Capitolo 40, si rinviava ai diritti attraverso il divieto di negare – differire o rifiutare – il diritto o la giustizia, ovvero il dovere di garantire a tutti la giustizia e cioè l'azionabilità dei propri diritti.

La garanzia di un controllo giurisdizionale, cui rimanda la prima delle indicate norme, riguardava i rapporti *verticali*. Essa si riferiva cioè alle “incursioni” nella sfera privata da parte del potere pubblico e ne disciplinava le interazioni, offrendo per la prima volta una garanzia idonea a riequilibrare la disparità tra le due parti del rapporto, originariamente caratterizzato dall'arbitrio tipico degli atti di imperio, a fronte dei quali nessuna protezione era accordata ai singoli.

Con la *Magna Charta* tali atti vengono conformati al principio di legalità, che si poneva perciò come limite riconosciuto dallo stesso sovrano al proprio potere.

All'opposto, il Capitolo 40 si riferiva ai rapporti *orizzontali*, e cioè alle controversie tra soggetti privati.

In relazione a questi ultimi, il sovrano si impegnava a risolvere *secondo giustizia* le controversie anche tra soggetti privati garantendo così il controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti dei singoli nella loro dimensione oggettiva.

In questo modo la supremazia della legge si sostituisce ai rapporti di forza.

Le due norme qui richiamate, pur nella sinteticità che caratterizza gli albori della tutela, includevano l'intera gamma dei rapporti, che fossero essi di diritto privato o di diritto pubblico, accordando protezione ad entrambi attraverso la previsione del *giudizio legale*.

Non di minore importanza ai fini della qualificazione del "diritto alla giustizia" appare poi la previsione della *gratuità* della stessa, che invertiva significativamente la prassi allora vigente in base alla quale la giustizia veniva "venduta"<sup>2</sup>. Tale prassi era evidentemente incompatibile con la nuova dimensione *oggettiva* della giustizia.

Ciò che è giusto e perciò spetta (il *diritto*), e la *giustizia* sono concetti opportunamente separati dalla congiunzione «*aut*» nella formulazione letterale utilizzata dal Capitolo 40, ma al contempo collegati dal senso della medesima previsione normativa, conformemente all'idea di giustizia come *luogo di realizzazione del diritto*.

Quello che viene in rilievo è pertanto il riconoscimento del principio per cui la sentenza deve essere resa *per giustizia* e *secondo giustizia*, non dunque, per "compravendita". Questo segna la piena affermazione del diritto che, ove riconosciuto, necessita di tutela e di un "luogo" di realizzazione della stessa.

Le garanzie risultavano ulteriormente specificate dai precetti contenuti negli altri Capitoli della medesima Carta.

Ad esempio, al Capitolo 38, veniva stabilito che «nessun balivo potrà portare in giudizio un soggetto sulla base di una propria affermazione, senza che testimoni attendibili ne comprovino la veridicità» (*Nullus ballivus ponat decetero aliquem ad legem simplici loquela sua, sine testibus fidelibus ad hoc inductis*).

Nel giudizio l'imputato rendeva un giuramento iniziale sulla propria innocenza in relazione ai fatti che gli venivano contestati. Ai fini della veridicità dello stesso, generalmente veniva chiesto all'accusato di reperire alcuni soggetti disposti a loro volta a rendere giuramento.

In questo modo veniva superata la prassi dell'avvio di un processo penale in virtù del semplice "pubblico sospetto", con conseguente innalzamento della soglia di garanzia dell'accusato in relazione all'accertamento della sussistenza dei fatti e della gravità degli stessi ai fini dell'imputazione.

La disposizione è decisiva nel riconoscere implicitamente la presunzione di innocenza attraverso l'inversione dell'onere probatorio, in precedenza gravante

---

<sup>2</sup> J.H. SMITH, *Cases and Materials on the Development of Legal Institutions*, West, 1965, p. 202.

sull'accusato pur in assenza di una prova a carico dello stesso idonea a fondare un giudizio<sup>3</sup>.

La direzione in cui si muove la Carta nel segno della tutela delle libertà è inequivocabilmente quella della realizzazione di un processo *giusto*.

Una ulteriore specificazione del diritto ad un processo equo, di cui ai Capitoli 39 e 40, è la previsione del Capitolo 45, relativo alle garanzie dell'organo giudicante.

Tale Capitolo, poi eliminato nelle edizioni successive della *Magna Charta*, così disponeva: «Noi nomineremo giudici, ufficiali, sceriffi o balivi soltanto coloro che conoscono il diritto del Regno e intendono osservarlo diligentemente» (*Nos non faciemus justiciarios, constabularios, vicecomites, vel ballivos, nisi de talibus qui sciant legem regni et eam bene velint observare*).

Questo Capitolo, è stato definito “di buon senso” dai commentatori<sup>4</sup>, nonostante l'assenza dell'indicazione di criteri specifici di scelta e di mezzi per rendere effettiva l'applicazione. Esso rappresenta un principio garantista che, valutato unitamente agli altri, realizza l'obiettivo del processo svolto secondo giustizia.

Tutte le disposizioni richiamate mostrano, pur nella loro sinteticità, l'innovatività e l'importanza degli strumenti di tutela delle libertà e dei diritti riconosciuti al popolo, evidentemente ritenuti *fondamentali*.

Ciò è confermato dal principio per cui solo gli organi giurisdizionali possono adottare, autorizzare o convalidare, atti lesivi dei diritti di ciascun soggetto. Sempre gli organi giurisdizionali hanno il potere e il dovere di far sì che le lesioni di tali diritti non vengano compiute da altri soggetti. Ciò in quanto «andare dal giudice è come andare dalla giustizia»<sup>5</sup>.

La *Magna Charta*, quale affermazione delle libertà del popolo inglese, è sopravvissuta alla graduale abrogazione delle sue norme di dettaglio ed è arrivata ad esercitare la sua influenza oltre i confini del regno<sup>6</sup>.

La ragione della “longevità” dei principi contenuti nella Carta, che nel corso degli anni hanno trovato riconoscimento e fioritura nei diversi ordinamenti giuridici, sta proprio nella loro manifesta rilevanza, nonostante essi nascano come atto di concessione del sovrano.

<sup>3</sup> Per lo studio delle fonti della Magna Charta e per l'esame del rapporto della stessa con lo *ius commune*, si veda, per tutti, R.H. HELMHOLZ, *La Magna Carta del 1215*, trad. it. di D. Freda, Roma, 2012, spec. p. 44 ss. e la bibl. ivi citata.

<sup>4</sup> W.S. MACKECHNIE, *Magna Carta*, cit.

<sup>5</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, IV, 20, in *Opere*, vol. VII, Roma-Bari, 1988, pp. 105-138 (trad. it. di A. Plebe).

<sup>6</sup> F. THOMPSON, *Magna Carta: its role in the making of the English Constitutions, 1300-1629*, Minneapolis, 1948; R.V. TURNER, *Magna Carta through the Ages*, Harlow, 2002; J.C. HOLT, *Magna Carta and Medieval Government*, London, 1985; S.E. THORNE, *What Magna Carta Was*, in *The Great Charter: Four Essays on Magna Carta and the History of our Liberty*, Pantheon, 1965; R.H. HELMHOLZ, *La Magna Carta del 1215*, cit.

Anche il legame tra il principio di legalità e il diritto, testimoniato dall'utilizzazione nel testo della Carta del termine "*ius*" non solo nel senso di "diritto" o "titolo", ma anche alla stregua di "legge", ha avvicinato la Carta stessa ad uno statuto dei diritti fondamentali<sup>7</sup>.

Non a caso essa è stata considerata dai commentatori non come un insieme di regole pratiche, ma piuttosto come una affermazione di principi, tra cui il diritto ad un processo legale, la supremazia della legge e la separazione della giurisdizione dalla politica<sup>8</sup>.

La forza del rinvio ad un «giudizio legale» (Capitolo 39), tanto quanto il diritto a ricevere giustizia, che non può perciò essere né «negata», né «differita» (Capitolo 40), dimostrano l'appartenenza, fin dalla *Magna Charta*, del *processo* al novero dei diritti, evidentemente fondamentali, e dei principi, le cui esigenze di tutela imponevano una risposta immediata non ulteriormente procrastinabile<sup>9</sup>.

## 2. *Il processo equo come diritto fondamentale nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 6 e 13)*

Proseguendo nell'analisi della caratterizzazione impressa al giusto processo dalle sue origini storiche ad oggi, vediamo come il processo equo "vive" nel sistema delle fonti, iniziando dalla fonte convenzionale.

Tale fonte e, precisamente, l'art. 6 (e 13) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma nel 1950 e successivamente integrata da vari Protocolli aggiuntivi, ha svolto un ruolo di primaria importanza nel riconoscimento dei diritti e del «diritto ad un processo equo» alla stregua di *principio generale*, che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e, al contempo, di *diritto fondamentale*<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> J.C. HOLT, *Magna Carta and Medieval Government*, cit., p. 206.

<sup>8</sup> In tal senso, J.C. HOLT, *Magna Carta and Medieval Government*, cit., in cui si legge, a p. 203: «*Lawyers, historians and politicians have for centuries seen the Charter not just as a collection of practical regulations but as a statement of principles. Individual liberty, trial by jury, freedom of trade, the supremacy of the law, the separation of justice from politics, all these ideas and others have been read in, and sometimes into, it.*».

<sup>9</sup> J.M. ZANE, *The Story of Law*, Liberty Fund, 1998, p. 231.

<sup>10</sup> La bibliografia sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) è molto ampia. Si vedano per tutti, senza alcuna pretesa di esaustività: S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001; B. NASCIBENE (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002; C. RUSSO, P.M. QUAINI (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2006. Con specifico riferimento all'art. 6, tra le monografie più recenti, si veda M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012.

Si partirà quindi dal dato letterale per valutare se l'inquadramento sistematico del diritto in oggetto e il contenuto delle norme ad esso riferibili, così come progressivamente delineato dalla giurisprudenza della Corte EDU, consentono di inserire il diritto a un processo equo nelle categorie dei diritti fondamentali e dei principi generali dell'ordinamento giuridico.

Di *processo equo* e *ricorso effettivo* si occupano specificamente gli artt. 6 e 13 della CEDU.

In particolare, la prima disposizione, relativa al «diritto a un equo processo», costituisce il punto di partenza per l'indagine sul contenuto del giusto processo.

Essa stabilisce che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle contestazioni sui diritti e sui doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta» e che la sentenza deve essere resa pubblicamente, salvo possibili limitazioni all'aula di udienza disposte «nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale», nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, «quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia».

La disposizione prosegue con i commi successivi, ma già nella parte qui richiamata rinvia a molteplici contenuti: dall'esame pubblico della causa, alla sua definizione in un tempo *ragionevole* affidata a un organo *indipendente e imparziale* chiamato a pronunciarsi con sentenza resa *pubblicamente*, fatta salva la facoltà di vietare l'accesso all'aula d'udienza alla ricorrenza delle condizioni sopra riportate.

Segue l'affermazione della presunzione di innocenza e del diritto dell'accusato di essere informato nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa, nonché quello di difendersi personalmente o con l'assistenza di un difensore.

In particolare, la disposizione chiarisce che ogni persona accusata di un reato «è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata».

Vengono poi enunciati una serie di diritti a garanzia dell'accusato, tra cui quello di essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; quello di disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa; quello di difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore (con facoltà di gratuito patrocinio nei casi previsti); quello di esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere l'esame dei testimoni a discarico; quello di farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza.

L'art. 6 CEDU garantisce in primo luogo il generale *diritto al processo*, ovvero il diritto di esporre dinanzi al giudice le proprie ragioni, che si traduce in un insieme di garanzie più strettamente processuali che ne costituiscono attuazione particolare.

Esso riproduce nella sostanza il testo degli artt. 10 e 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948<sup>11</sup>.

Il contenuto dell'articolo 6 CEDU è più ampio di quello descritto al successivo art. 13, il quale, dispone che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali».

La disposizione ha inteso così esplicitare la possibilità di far valere, a fronte di un'istanza nazionale, uno dei diritti o delle libertà riconosciuti dalla Convenzione.

In altre parole, essa costituisce una *specificazione modale* dei contenuti dell'art. 6 CEDU, come si vedrà meglio in prosieguo.

L'esame dell'impatto della Convenzione sui sistemi di tutela nazionali attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte EDU), costituisce l'irrinunciabile punto di partenza per il presente studio.

In virtù dell'insegnamento di Betti, il processo interpretativo in generale risponde «al problema epistemologico dell'intendere»<sup>12</sup>.

Soprattutto in fattispecie “elastiche”, come quelle in esame, la fase interpretativa assume particolare importanza. Attraverso questa attività l'operatore giuridico trae, dalle disposizioni, la norma (o le norme).

Senza voler ripercorrere la distinzione tra disposizione e norma<sup>13</sup>, è sufficiente sottolinearne il rilievo, soprattutto nell'esame dei principi. Questi ultimi, ove non esplicitati in tutto o in parte in apposite disposizioni dei testi normativi, vengono spesso qualificati come *norme senza disposizione*, con ciò assegnando all'interpretazione un ruolo primario nella loro definizione.

La “produzione del diritto” infatti «si compie non *ex ante*, al momento della

---

<sup>11</sup> L'art. 10 così recita: «Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta». Il successivo art. 11 dispone invece che: «1. Ogni individuo accusato di reato è presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente in un pubblico processo nel quale egli abbia avuto tutte le garanzie per la sua difesa. 2. Nessun individuo sarà condannato per un comportamento commissivo od omissivo che, al momento in cui sia stato perpetrato, non costituisca reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non potrà del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella applicabile al momento in cui il reato sia stato commesso».

<sup>12</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, p. 10.

<sup>13</sup> Sul punto, si ricorda il celebre contributo di V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.: «parlando di disposizione, si mette l'accento “sull'atto”, nel suo contenuto prescrittivo; parlando di norma, si mette l'accento, invece, sulla conseguenza dell'atto, il quale è appunto autorizzato a costituire, di volta in volta innovandolo, il diritto oggettivo della comunità statale». Sul punto, si ricordano anche N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, 1958 e F. MODUGNO, *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978.

definizione del testo, ma *ex post*, al momento della sua determinazione di senso»; sicché, «se la disposizione è il significante, la norma è il significato»<sup>14</sup>.

Secondo l'insegnamento di Crisafulli, la disposizione contenuta nell'atto è «soltanto una delle componenti della norma, che dall'atto trae, bensì, origine e fondamento, ma solo in parte il significato ad essa attribuibile nella sua connessione con le altre vigenti e alla stregua dei principi che conferiscono coerenza e dignità di sistema al diritto oggettivo»<sup>15</sup>.

La possibilità di trarre dalla medesima disposizione una pluralità di norme impone perciò la disamina del contenuto dei precetti normativi “per gradi”, ovvero attraverso la formulazione letterale, ma anche per il tramite dell'interpretazione.

Ciò porta a introdurre l'esame delle citate disposizioni attraverso la lente della giurisprudenza della Corte EDU.

Si è detto che l'art. 6 CEDU costituisce la disposizione primaria e l'art. 13 CEDU il suo completamento, pertanto si partirà dal primo degli indicati articoli.

L'affermazione di principio che si legge in apertura della disposizione, relativa alla possibilità che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, descrive essenzialmente il contenuto del *diritto di azione*, poi specificato attraverso le facoltà e i diritti processuali connessi.

Tale diritto sottintende evidentemente la possibilità di accesso al giudice per ottenere una decisione di giustizia.

Il “diritto al giudice”, pur non espressamente previsto dall'art. 6 CEDU, ma dallo stesso implicitamente ricavabile, è stato variamente affermato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo oltre che da quella della Corte di Giustizia<sup>16</sup>.

In particolare, l'esplicitazione del “diritto al giudice” come situazione connotata al diritto di azione è da ricondurre alla celebre sentenza della Corte di Strasburgo del 21 febbraio 1975, in C-4451/70, *Golder v. the United Kingdom*, in cui, con riferimento alla possibilità per un detenuto di accedere al giudice per far valere i propri diritti e le proprie obbligazioni civili, la Corte ha affermato che il diritto non si può attuare senza la possibilità di accesso ai tribunali<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> L'espressione è di F. MODUGNO, *Ordinamento, diritto e Stato*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2015, pp. 10-11.

<sup>15</sup> V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, cit., p. 207.

<sup>16</sup> Le principali sentenze della corte di Giustizia, in considerazione del ruolo alla stessa assegnato di interprete del diritto europeo, verranno esaminate nel paragrafo seguente con riferimento all'interpretazione dell'art. 47 Carta di Nizza e, nel Cap. II, in relazione alle singole declinazioni del principio del processo equo. Nel presente paragrafo si farà piuttosto riferimento all'interpretazione degli articoli della Convenzione da parte del giudice “naturale”, a ciò deputato, ovvero la Corte EDU.

<sup>17</sup> Le decisioni della Corte EDU che affermano espressamente l'esistenza di un vero e proprio “diritto al giudice” sono numerose, pertanto ne verranno richiamate solo alcune in questa sede a titolo meramente esemplificativo.



Comprensibilmente il diritto di azione verrebbe privato di significato ove fosse reso impossibile o difficoltoso l'accesso all'organo giudiziario. Rimarrebbe cioè una mera enunciazione di principio.

Tra le più recenti decisioni troviamo *Staibano e Mottola*<sup>18</sup>, in cui la Corte ha ravvisato una violazione del par. 1 dell'art. 6 CEDU sotto il profilo dell'incertezza del riparto di giurisdizione.

In particolare, era stata censurata l'impossibilità di riproporre il giudizio dinanzi al giudice dotato di giurisdizione dopo aver erroneamente adito un giudice privo di giurisdizione, pur a fronte dell'esistenza di un regime giuridico che poteva dar luogo a una pluralità di interpretazioni.

Altrettanto noto è il filone giurisprudenziale che ha affrontato con svariate pronunce il profilo del diritto al giudice con riferimento al tema delle immunità parlamentari<sup>19</sup>.

Tale è la valenza del diritto al giudice, che la Corte EDU, con decisione *Ješina c. Repubblica ceca*<sup>20</sup>, ne ha ulteriormente esteso il contenuto, riconoscendolo espressamente e significativamente anche in relazione a *tutti* i giudizi di appello (mentre l'unica ipotesi prevista dalla CEDU, all'art. 2 del Protocollo 7, si riferisce alla materia penale).

La sentenza rileva sotto tre profili.

In primo luogo essa ha riguardo a un aspetto *applicativo* del diritto di accesso al giudice, riguardante i limiti e le condizioni di ricorso ai giudici di grado superiore (in materia civile).

In secondo luogo essa interviene sotto il profilo *funzionale* di tale diritto, attinente alla discrezionalità riconosciuta al giudice nella valutazione delle condizioni di ammissibilità dei ricorsi.

In terzo luogo, la stessa si sofferma su un elemento *organizzativo* del diritto in questione, relativo all'individuazione delle condizioni in cui è possibile derogare al principio del previo esaurimento dei mezzi di ricorso previsti dall'ordinamento<sup>21</sup>.

Così la Corte estende il diritto di accesso al giudice in senso verticale, ricomprendendo tutti i gradi di giudizio previsti da ciascun ordinamento, ferma re-

---

<sup>18</sup> Corte EDU, 4 febbraio 2014, ric. n. 29907/07, *Staibano c. Italia*; Id., 4 febbraio 2014, ric. n. 29932/07, *Mottola e altri*. Per l'esame delle decisioni si rinvia al Cap. II, par. 1, *infra*.

<sup>19</sup> *Ex multis*, si vedano: Corte EDU, 17 dicembre 2002, ric. 35373/97, *A. c. Regno Unito*; Id., 3 giugno 2004, ric. n. 73936/01, *De jorio c. Italia*; Id., 6 dicembre 2005, ric. n. 23053/02, *Ielo c. Italia*; Id., 24 febbraio 2009, ric. n. 46967/2007, *C.G.I.L e Cofferati c. Italia*, seguita dalla sentenza del 6 aprile 2010. In dottrina, sul punto specifico, S. RODRÍQUEZ, *L'equo processo tra Corte europea e Corte Costituzionale italiana. Il caso delle immunità parlamentari*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e il rapporto tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, p. 371.

<sup>20</sup> Corte EDU, 27 luglio 2007, ric. n. 18806/02, *Ješina c. Repubblica ceca*.

<sup>21</sup> In riferimento al sistema ceco, caratterizzato da tre gradi di giudizio (le Corti distrettuali, le Corti regionali e, per motivi di diritto, la Corte Suprema, previa autorizzazione a ricorrere rilasciata dalle Corti regionali), la Corte ha affermato il principio per cui anche dinanzi ai giudici di appello occorre assicurare l'operatività delle garanzie di cui all'art. 6 CEDU.

stando la possibilità di modulare i criteri di accesso in relazione ai caratteri del singolo giudizio.

Sotto il secondo profilo, invece, la Corte impone di definire in modo chiaro e prevedibile i presupposti di accesso a un giudizio e ciò in quanto il diritto a un processo equo richiede di essere interpretato avendo riguardo al principio della certezza del diritto.

Del resto i principi della *certezza* e *accessibilità* del diritto concorrono a definire la consistenza dello stesso principio di legalità, che trova ampio riconoscimento anche nell'ambito delle disposizioni della CEDU.

Nella pronuncia da ultimo richiamata, il diritto di accesso al giudice è stato ulteriormente esteso per evitare che un mezzo di ricorso potesse essere soggetto a una valutazione eccessivamente discrezionale da parte del giudice. Sono stati così ridefiniti i rapporti tra giudici di diverso grado, sia a livello nazionale che europeo ed è stata ammessa la possibilità di trascurare i mezzi di ricorso nazionali considerati non effettivi.

Dunque, ancor prima delle garanzie che attengono al regolare svolgimento del processo, quali l'equità, la pubblicità e la celerità, l'art. 6, al paragrafo 1, riconosce e tutela in capo ai singoli il diritto di *accedere alla giustizia*, nel senso sopra descritto, e dunque prescrive il dovere di ciascun ordinamento di rendere i giudizi *accessibili*.

Avendo riguardo tanto all'enunciazione principale, quanto alle garanzie strumentali, si può certamente affermare che il paragrafo 1 costituisce il centro dell'intera disposizione.

Esso rappresenta cioè la garanzia primaria, di cui le altre garanzie elencate nei paragrafi successivi costituiscono per lo più una specificazione. In molti dei casi indicati dalla norma infatti, le stesse si pongono come modalità attuative (si pensi al diritto che ha l'imputato di far esaminare i testi a carico e quelli a discarico, che costituisce la garanzia particolare di quella più ampia del diritto di difesa e di formazione della prova in contraddittorio).

Tuttavia tali garanzie, pur essendo di indirizzo per l'interprete, delineano ma non delimitano con sufficiente certezza l'ambito del processo *equo*. Ciò vale a dire che i corollari espressi nei vari paragrafi non ne esauriscono il contenuto. Il rispetto delle garanzie enumerate, infatti, non impedisce di per sé che il processo possa essere "non equo".

Si rendono perciò necessarie ulteriori specificazioni.

Prendendo in esame il dato letterale, è opportuno anzitutto chiarire cosa si debba intendere per *equità*, al di là della giustizia sostanziale della decisione assunta e delle declinazioni del principio nel segmento più strettamente processuale, quali l'accesso al giudice, le garanzie di indipendenza ed imparzialità dell'organo giudiziario e del magistrato inteso come persona fisica, nonché di ragionevole durata, di parità tra le parti e del contraddittorio.

Preliminarmente va rilevato che l'art. 6 prevede un meccanismo di compensazione tra garanzie procedurali e garanzie processuali, riconducibile alla bipar-

tizione tra tutela *primaria* e tutela *secondaria*. Ci si occuperà più specificamente di quest'ultima essendo il processo il luogo di attuazione della giustizia. Ed è proprio tale *luogo* che deve essere scrupolosamente esplorato.

Nelle sentenze delle Corti europee non è infrequente che venga riconosciuta la violazione congiunta dei paragrafi 1 e 3 dell'art. 6 CEDU. Ad esempio, con riferimento alle ipotesi in cui le modalità di ammissione ed assunzione della testimonianza anonima non garantivano alla difesa l'opportunità di contestare le motivazioni addotte per la concessione dell'anonimato, la credibilità del testimone e la fonte della sua conoscenza<sup>22</sup>.

Recentemente la Corte EDU, nella decisione *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*<sup>23</sup>, si è pronunciata sulle «testimonianze indirette o per sentito dire»<sup>24</sup> e cioè sul diritto di controesame i testimoni a carico, che si basa sul principio secondo cui, affinché un imputato possa essere dichiarato colpevole, tutti gli elementi di prova a carico devono essere prodotti in sua presenza e in pubblica udienza ai fini del contraddittorio.

Da tale principio discendono due conseguenze. In primo luogo, l'assenza di un testimone deve essere giustificata in base a ragioni serie; in secondo luogo, nel caso in cui un provvedimento di condanna si fondi unicamente o in misura determinante sulla deposizione di un testimone assente, si deve considerare che i diritti della difesa possono aver subito delle restrizioni incompatibili con le garanzie prescritte dall'art. 6 della Convenzione.

Nella vicenda richiamata la Corte tuttavia, temperando il precedente rigore interpretativo, ha sostenuto un'applicazione più flessibile della regola della «prova unica o determinante», stabilendo che non è la semplice ammissione della deposizione di un testimone assente a porsi in contrasto con l'art. 6 della Convenzione, bensì il provvedimento di condanna fondato unicamente o in misura determinante su tale deposizione quando la restrizione ai diritti della difesa non sia stata sufficientemente compensata da solide garanzie processuali.

Occorre però procedere con ordine nel non semplice obiettivo di definire quando un processo si possa dire equo e di individuare i processi ai quali si debbano ritenere applicabili le garanzie di cui all'art. 6 CEDU.

Dalla lettura della disposizione sembra che i profili «sostanziali» dell'equo processo siano riconducibili in prima battuta all'imparzialità del giudice precostituito per legge e allo svolgimento del giudizio in udienza pubblica, sia nell'ipotesi di controversie su diritti e doveri di carattere civile, sia per le ipotesi di accusa pena-

---

<sup>22</sup> Corte EDU, 23 aprile 1997, ric. nn. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, *Mechelen e a. c. Paesi Bassi*.

<sup>23</sup> Corte EDU, 13 novembre 2014, ric. n. 45392/09, *Bosti c. Italia*, Id., 6 febbraio 2014, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*.

<sup>24</sup> La fattispecie non corrisponde alla testimonianza indiretta di cui all'art. 195 c.p.p. in ambito nazionale. Essa attiene più in generale all'ammissibilità in dibattimento delle deposizioni rese in fase di indagini preliminari.

le, cui si aggiungono specifiche garanzie in tale ultimo caso (ai commi 2 e 3)<sup>25</sup>.

L'ambito della disposizione è descritto essenzialmente dal riferimento alle controversie sui «diritti e doveri di carattere civile» e alle ipotesi di «accusa penale», variamente interpretate dalla giurisprudenza della Corte EDU, che ha riconosciuto alla norma una *vis expansiva* tale da ritenere la stessa applicabile non solo in presenza di violazioni dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, ma anche in altre fattispecie.

Ciò anticipa quanto si andrà a dimostrare in relazione al carattere fondamentale del diritto in esame.

Il significato ricavabile dalla disposizione risente dell'interpretazione che la giurisprudenza delle Corti europee ne ha dato, ad esempio riconducendo all'ambito penale anche la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, dato il carattere afflittivo della stessa legato alla possibilità di incidere significativamente nella sfera soggettiva degli individui coinvolti.

L'esigenza di dare una migliore risposta di giustizia ai cittadini ha fatto sì che la disposizione, apparentemente forzata *oltre* il senso letterale, assumesse una veste talmente flessibile da includere fattispecie in essa neppure accennate e anzi apparentemente escluse dall'espresso e circoscritto richiamo a due soli ambiti: le ipotesi di accusa penale e la tutela dei diritti e doveri di carattere civile.

Per esaminare l'art 6 CEDU in relazione al primo degli indicati ambiti occorre chiarire il significato del riferimento alla necessità di assicurare un equo processo ogni volta che si debba decidere la fondatezza di una accusa penale.

A cosa si è voluto riferire il legislatore con l'espressione «accusa penale»<sup>26</sup>?

Al di là di ciò che la locuzione rievoca a prima lettura, è stato chiarito che la parola «accusa» dovesse essere intesa «ai sensi della Convenzione»<sup>27</sup>.

Per la prima volta con la nota sentenza *Engel*<sup>28</sup>, la Corte EDU, ha elaborato la teoria della «concezione autonoma della materia penale» in riferimento a un caso avente ad oggetto l'irrogazione di sanzioni di carattere detentivo in ambito milita-

<sup>25</sup> Così, ad esempio, la Corte EDU, 26 luglio 2011, *Pozzi c. Italia e Paleari c. Italia* ha affermato l'esistenza di una violazione dell'art. 6 CEDU per la mancata previsione del dibattimento in udienza pubblica nella procedura per l'applicazione della misura di prevenzione della confisca. Relativamente alla possibilità per i ricorrenti di chiedere e ottenere una pubblica udienza nella procedura riguardante l'applicazione delle misure di prevenzione, si vedano anche Corte EDU, 8 luglio 2008, ric. n. 1905/05, *Perre e altri c. Italia*; Id., 2 febbraio 2010, ric. n. 30506/07, *Leone c. Italia*.

<sup>26</sup> La Guida pratica sulla ricevibilità dei ricorsi redatta dal Dipartimento per gli Affari di Giustizia della Corte EDU («*Guide pratique sur la recevabilité*»), precisa che il concetto di «accusa in materia penale» ha una portata «autonoma», indipendente dalle categorizzazioni utilizzate dagli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri. Esso deve essere perciò inteso nel senso della Convenzione e può, quindi, essere definito come «la notifica ufficiale, promanante dall'autorità competente, della contestazione di un'infrazione penale».

<sup>27</sup> Corte EDU, 27 giugno 1968, ric. n. 1936/63, *Neumeister c. Austria*; Id., 27 giugno 1968, ric. n. 2614/65, *Wemhoff c. Rep. Fed. Di Germania*.

<sup>28</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, in C-5100/71, 5101/71, 5102/71.

re, qualificate come sanzioni disciplinari-amministrative secondo l'ordinamento dei Paesi Bassi.

In tale occasione sono stati individuati alcuni criteri per verificare la sussistenza di un'accusa penale ai fini dell'inquadramento di una fattispecie all'interno della disciplina convenzionale.

In particolare, si è fatto riferimento alla *qualificazione del diritto interno*, alla *natura dell'infrazione* e alla *severità della pena* in cui si rischia di incorrere.

Il comportamento vietato deve avere una «connotazione intrinsecamente penale».

È bene precisare che, mentre l'art. 6 CEDU è certamente applicabile a una procedura in cui l'accusa sia qualificata come penale nell'ordinamento dello Stato membro, l'ipotesi opposta non esclude a priori l'applicabilità delle garanzie del giusto processo.

Dunque il criterio formale vale solo se utilizzato in senso estensivo ai fini dell'applicazione dell'art. 6 CEDU e delle garanzie in esso contenute.

Un ruolo di primo piano è assegnato al secondo criterio, alternativo al terzo, ovvero alla natura della sanzione e al carattere deterrente e punitivo della stessa, cui sono ricollegabili altri fattori che possono essere presi in considerazione<sup>29</sup>.

Il dubbio si è posto con riferimento alla possibilità di applicare l'art. 6 CEDU a fattispecie classificate dagli Stati come azioni (e procedimenti) *disciplinari*. Ciò in considerazione della riflessione sulla distinzione tra procedimento disciplinare e procedimento penale presente in tutti gli Stati pure in forme e gradi diversi.

La distinzione non è di poco conto se si pensa alle ipotesi di *reati misti*, caratterizzati dalla coesistenza di una doppia componente, penale e disciplinare.

In questo caso il rischio di elusione delle garanzie convenzionali risiede nella possibilità lasciata agli Stati di scegliere tra i procedimenti penali e quelli disciplinari, classificando un illecito come disciplinare anziché come penale o perseguendo l'autore di un reato misto solo sotto il profilo disciplinare, con conseguente *deminutio* di tutela per l'accusato.

La Convenzione consente infatti agli Stati membri, nello svolgimento della loro funzione di *custodi del pubblico interesse* di stabilire una distinzione tra il diritto penale e il diritto disciplinare, pur con alcuni limiti, tra cui quello dell'art. 7 CEDU.

La giurisprudenza ha ulteriormente esteso l'applicabilità della disposizione, includendo tra le sanzioni "penali" anche quelle amministrative che non comportano una privazione della libertà personale, ma si configurano come mere afflizioni personali, tra le quali quelle doganali, quelle connesse a violazioni di carat-

---

<sup>29</sup> La Guida pratica sulla ricevibilità dei ricorsi, cit., ne individua alcuni da valutare, tra cui: (i) se la norma giuridica si rivolge esclusivamente a un gruppo specifico o se, invece, si impone a tutti per natura; (ii) se l'azione è avviata da un'autorità pubblica in virtù di poteri legali di esecuzione; (iii) se la norma giuridica ha una funzione repressiva o dissuasiva.

tere tributario e le sanzioni amministrative pecuniarie<sup>30</sup>.

In considerazione del fatto che l'infrazione per essere penale deve essere rivolta alla generalità dei consociati e deve avere carattere deterrente e punitivo, la giurisprudenza ha progressivamente definito l'ambito di operatività dell'art. 6 CEDU, anche in senso negativo<sup>31</sup>.

Le implicazioni oltrepassano peraltro la singola norma e si estendono al senso che essa assume nel rapporto con le disposizioni correlate. Così ad esempio il concetto di «accusa in materia penale» è pertinente anche all'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 5 CEDU, che prevede il diritto di ogni persona privata della libertà di presentare un ricorso al tribunale affinché questo decida «entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione» e, in caso di esito negativo della verifica, ne ordini la scarcerazione.

In questo modo il diritto al giusto processo viene ulteriormente rafforzato soprattutto sotto i seguenti profili: (i) rispetto del diritto di accesso al giudice; (ii) esame e definizione della controversia entro un termine non solo ragionevole ma addirittura «breve», e (iii) principio di legalità, tramite la previsione della verifica di legittimità della detenzione e, in caso di esito negativo della verifica, dell'ordine di scarcerazione.

Le garanzie che devono assistere un processo equo prendono forma anche attraverso i rapporti tra le varie disposizioni.

Così, ad esempio, il coordinamento con il successivo art. 7 porta alla definizione del concetto di «pena», conseguente alla condanna per una «infrazione penale», per la quale soccorrono i tre criteri individuati nella citata sentenza *Engel*<sup>32</sup>.

Esaminato, sia pure per sommi capi, il riferimento normativo all'«accusa pena-

---

<sup>30</sup> Sulla qualificazione penale di una sanzione amministrativa pecuniaria si vedano, tra le tante: Corte EDU, 15 agosto 2008, in C-7460/2003, *Nadtochiy v. Ukraine*, par. 20-21; Id., 23 novembre 2006, in C-73053/01, *Jussila v. Finland*, par. 38; Id., 20 dicembre 2007, in C-21638/03, *Paykar Yev Haghtanak Ltd v. Armenia*, par. 32; Id., 27 settembre 2011, in C-43509/08, *Menarini*, che ha espressamente qualificato come penale, ai fini convenzionali, una sanzione pecuniaria irrogata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a seguito di una intesa restrittiva della concorrenza e, da ultima, Corte EDU, 4 marzo 2014, ric. nn. 18640/10, 18647/10; 18663/10; 18668/10; 18698/10, *Grande Stevens*, i cui limiti sono stati recentemente circoscritti dalla Cass., Sez. I, 2 marzo 2016, n. 4114. In sede europea il problema dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU si è posto anche con riguardo alle sanzioni *antitrust* inflitte dalla Commissione per violazione degli artt. 101 e 102 TFUE. In ambito nazionale, in tema di sanzioni CONSOB, si veda, da ultima, Cass., Sez. II, 18 gennaio 2017, n. 1205. In dottrina, tra i più recenti sul punto, si veda F. CINTIOLI, *Giusto processo, Cedu e sanzioni "antitrust"*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 2, p. 507 ss.

<sup>31</sup> *Ex multis*, Corte EDU, 5 maggio 1995, ric. n. 18465/91, *Air Canada c. Regno Unito*, par. 54; Id., 24 ottobre 1986, ric. n. 9118/80, *Agosi c. Regno Unito*, par. 65-66.

<sup>32</sup> Corte EDU, 8 giugno 1976, in C-5100/71, 5101/71, 5102/71. Sul concetto di pena, si veda Corte EDU, 9 febbraio 1995, ric. n. 17440/90, *Welch c. Regno Unito*, par. 27. I concetti di *infrazione penale* e di *pena* hanno rilevanza ben più ampia nel sistema delineato dalla Convenzione, riguardando anche l'applicazione degli artt. 2 («Diritto a un doppio grado di giudizio in materia penale») e 4 («Diritto a non essere giudicato o punito due volte») del Protocollo n. 7.

le”, per completare l’esame delle garanzie che assistono il processo equo, occorre soffermarsi sul secondo ambito indicato dalla norma: quello dei diritti di carattere civile.

Se infatti appaiono per lo più chiari in giurisprudenza i riflessi dell’art. 6 CEDU sulla potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, meno certa sembra essere la questione relativa all’attività amministrativa determinativa di diritti di carattere civile.

L’art 6 impone di assicurare un equo processo ogni volta che venga in rilievo la determinazione di «diritti e obbligazioni di carattere civile».

La stessa Corte EDU non ha puntualmente indicato il significato dell’inciso, ma lo ha progressivamente chiarito ed esteso in via interpretativa attraverso l’applicazione della norma a fattispecie di carattere pubblicistico.

È significativa in proposito la posizione espressa dalla stessa Corte, che ha precisato l’irrelevanza ai fini della sussistenza di un «diritto di carattere civile», di eventuali distinzioni operate in ambito nazionale tra diritti soggettivi in senso stretto e altre categorie giuridiche quali, ad esempio, quella degli interessi legittimi<sup>33</sup>.

In altri termini, il fatto che l’autorità amministrativa goda di un potere discrezionale nell’adozione di un provvedimento e che quindi il cittadino non possa essere certo di ottenere il bene della vita al quale aspira, non implica che lo stesso non sia titolare di un “diritto di carattere civile” ai sensi della Convenzione.

L’art. 6 è perciò applicabile anche ai casi in cui le pubbliche amministrazioni agiscono esercitando un potere e non solo quando svolgono la propria azione nell’esercizio della loro capacità di diritto privato.

I diritti civili individuati dalla Corte, che originariamente assumevano un carattere prevalentemente patrimoniale, sono stati successivamente interpretati in modo più ampio, fino a ricomprendere ogni posizione soggettiva vantata dal cittadino nei confronti della p.a.

Fin qui è stato delineato l’ambito di riferimento delle garanzie processuali. Occorre a questo punto indagare, secondo l’obiettivo originario, ciò che si intende per *equità*.

Come anticipato in premessa, l’art. 6 deve essere letto anche attraverso il successivo art. 13, che è norma complementare e che abbiamo definito come “specificazione modale” del primo, che lega il *processo equo* alla realizzazione di una *tutela effettiva*.

Tale indicazione si trae sia dalla formulazione letterale della norma che dall’interpretazione giurisprudenziale della stessa, che spesso ha affermato la violazione congiunta dei due parametri normativi, riconoscendo che laddove viene ostacolato un ricorso effettivo si verifica al contempo un processo non equo.

In proposito la Corte EDU ha più volte precisato che la via di ricorso naziona-

---

<sup>33</sup> Corte EDU, 27 ottobre 1987, in C-10426/83, *Pudas v. Sweden*.

le effettiva implica non solo la possibilità di istituire procedimenti giudiziari ma anche la pronta esecuzione delle sentenze. Ciò in quanto un ricorso, per rispettare i canoni di cui all'art. 13 CEDU, deve essere effettivo non solo in diritto ma anche nella pratica.

Tale articolo configura una clausola di salvaguardia consistente nell'adeguatezza del rimedio interno<sup>34</sup>.

La giustizia del processo, intesa in senso procedurale ma anche in termini di "giustizia" della decisione, emerge così come un diritto irrinunciabile, i cui contorni, pur sfumati, vengono di volta in volta tratteggiati dalla giurisprudenza.

Sul punto è più volte intervenuta la giurisprudenza della Corte EDU chiarendo che il diritto a un processo equo deve essere inteso anche nella più ampia accezione *funzionale*, comprensiva cioè, oltre che del diritto di azione, anche del diritto all'effettività delle forme di tutela esperibili e all'esecuzione del giudicato come strumento di piena realizzazione della pretesa dedotta in giudizio.

Ciò in quanto «il "diritto ad un tribunale", di cui il diritto di accesso (...) costituisce un aspetto, sarebbe illusorio se l'ordinamento giuridico interno di uno Stato contraente permettesse che una decisione giudiziaria definitiva ed obbligatoria restasse inefficace a scapito di una parte [sicché] l'esecuzione di una sentenza (...) deve essere considerata facente parte integrante del "processo" ai sensi dell'articolo 6»<sup>35</sup>. Ove cioè risultasse lesa nella concretezza l'effettività della tutela, verrebbe meno anche l'"equità" del processo sotto il correlato profilo attuativo del "ricorso effettivo".

Così, ad esempio, la Corte nella decisione *Wasserman*<sup>36</sup> ha individuato alcuni indici (o requisiti) di efficacia, adeguatezza e accessibilità di un ricorso con riferimento alla corretta esecuzione della decisione sotto il profilo risarcitorio, tra cui: (i) la «trattazione entro un termine ragionevole dell'azione di risarcimento»; (ii) il «pronto pagamento» del risarcimento, «generalmente non più tardi di sei mesi dalla data in cui la decisione che assegna il risarcimento diviene esecutiva»; (iii) l'adattabilità delle norme procedurali che governano un'azione di risarcimento al principio di equità garantito dall'art. 6 CEDU; (iv) la garanzia che le disposizioni relative alle spese processuali non impongano un onere eccessivo ai ricorrenti nel caso in cui l'azione sia fondata.

<sup>34</sup> C. SANNA, *Il difficile bilanciamento tra ragionevole durata ed effettività della giustizia nelle riforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 2.

<sup>35</sup> Così Corte EDU, 24 settembre 2013, ric. n. 43870/04, *De Luca c. Italia*, pt. 66, e le sentenze ivi richiamate. La Corte ha ricordato che tale diritto non è assoluto ma può essere soggetto a limitazioni implicitamente ammesse. Dette limitazioni però «non possono restringere l'accesso offerto all'individuo in maniera o ad un punto tali che il diritto ne risulti leso nella sua stessa sostanza» (pt. 69).

<sup>36</sup> Corte EDU, 10 aprile 2008, ric. n. 21071/05, *Wasserman c. Russia*, in cui il ricorrente lamentava la violazione degli artt. 6 e 13 CEDU per l'inesistenza nell'ordinamento russo di una via di ricorso effettiva per porre rimedio ai ritardi nell'esecuzione delle sentenze. La casistica sul punto è ampia.



Invece, con riferimento all'assoluzione per intervenuta prescrizione dei reati compiuti dai responsabili di trattamenti disumani in carcere, la Corte EDU, con decisione *Serdar Guzel c. Turchia*<sup>37</sup>, ha accertato la violazione dell'art. 3 CEDU unitamente all'inosservanza degli artt. 6, sotto il profilo della durata non ragionevole del processo, e 13 per la mancanza di un rimedio effettivo avverso i maltrattamenti subiti stante l'intervenuta prescrizione del reato.

Ma l'esecuzione è solo uno dei molteplici profili che attengono alla garanzia di effettività del ricorso proposto.

Un altro profilo cui spesso ha rinviato la giurisprudenza, è quello temporale, legato alla durata del processo ai fini del rispetto del requisito dell'effettività. Ciò in quanto il termine ragionevole del processo non serve solo a garantire le parti processuali, che potrebbero vedere pregiudicata la propria posizione sostanziale e l'utilità perseguita proprio per effetto del trascorrere del tempo, ma anche ad accrescere la fiducia dei cittadini nell'amministrazione della giustizia<sup>38</sup>.

È pertanto equo il processo assistito da determinate garanzie indicate dalla legge, che realizza una tutela effettiva<sup>39</sup>.

Alla luce di quanto precede, si possono svolgere alcune considerazioni.

L'analisi degli articoli conferma l'importanza che è stata riconosciuta al diritto a un giusto processo (e al ricorso effettivo), le cui garanzie hanno trovato applicazione ben oltre il significato letterale delle disposizioni che lo prevedono, attraverso l'estensione degli ambiti di applicazione e un'interpretazione rigorosa e garantista dei diritti e delle facoltà processuali delle parti.

Dunque, si può affermare che sono almeno due gli argomenti a sostegno della riconducibilità del diritto a un processo equo alla categoria dei diritti fondamentali.

Uno è di carattere sistematico, dovuto alla posizione occupata dalle disposizioni che lo prevedono nell'ambito delle fonti del diritto; l'altro è riconducibile alla *vis expansiva* delle garanzie ad esso annesse, che attribuisce alle stesse un carattere strutturale e fondante in ciascun ordinamento giuridico.

In verità può essere rintracciato un terzo argomento nell'analogia tra l'art. 13 CEDU e l'art. 47 della Carta di Nizza<sup>40</sup>. Quest'ultimo, includendo espressamente il diritto ad un ricorso effettivo tra i diritti fondamentali cui è dedicata l'intera Carta, sembra dirimere ogni dubbio in proposito. Ma questo profilo verrà esaminato nel paragrafo seguente.

---

<sup>37</sup> Corte EDU, 15 marzo 2011, *Serdar Guzel c. Turchia*.

<sup>38</sup> Per tutte, si ricorda Corte EDU, 10 maggio 2011, *Dimitrov e Hamanov c. Bulgaria*. Per una rassegna della più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si veda F. MANGANARO, *Equo processo e diritto a un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*. Report annual 2011, in *Jus publicum Network Review*, [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com).

<sup>39</sup> Le singole garanzie costituiranno specifico oggetto d'esame nel Cap. II, *infra*.

<sup>40</sup> Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata per la prima volta a Nizza il 7 dicembre 2000.

In riferimento al primo argomento, il fatto che il «diritto ad un processo equo» abbia trovato ingresso proprio nel testo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, costituisce un significativo indice valutativo in relazione alla radice del *diritto* in questione, alla natura e alla valenza dello stesso.

La sua inclusione all'interno del nucleo essenziale di diritti – per l'appunto *fondamentali* – che hanno trovato espressa protezione nel testo della Convenzione sembra attribuire al medesimo un contenuto declinato in termini di importanza, indispensabilità e non comprimibilità.

A ciò si aggiunge che l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) stabilisce, al par. 3, che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto *principi generali*».

Quest'ultima previsione fornisce due indicazioni essenziali: la prima attiene al formale «assorbimento» dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU all'interno del diritto dell'Unione europea, mentre la seconda stabilisce una equiparazione tra i *principi generali* e i *diritti (fondamentali)* previsti nella Convenzione e dalla stessa protetti.

L'assimilazione del diritto a un processo equo ad un principio giuridico generale, è stata affermata anche dalla Corte di Giustizia in tempi risalenti<sup>41</sup>.

Questa precisazione ci consente di tralasciare la distinzione, per lo più attinente alla teoria generale del diritto, tra principi e diritti, sia per l'espressa equiparazione innanzi accennata, sia per il fatto che, ai presenti fini, la stessa passa in secondo piano. Vengono piuttosto in rilievo i meccanismi di tutela giurisdizionale dei diritti.

Significativamente Bobbio sottolineava che «rispetto ai diritti dell'uomo il problema grave del nostro tempo è non già quello di fondarli, ma quello di proteggerli» ed è proprio a tal fine che soccorre l'attività svolta dagli organismi internazionali per la tutela dei diritti dell'uomo, rilevante sotto i profili del *promovimento*, del *controllo* e – soprattutto – della *garanzia*<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ex multis*, CGCE, 14 maggio 1986, in C-222/84, *Johnston*, pt. 18-19. Per l'interpretazione degli articoli della Convenzione ad opera della Corte di Giustizia, si rinvia al capitolo seguente. Nel presente paragrafo sembra piuttosto opportuno, al di fuori del precedente richiamo, prediligere l'interpretazione data dalla Corte EDU, deputata a descrivere i margini di operatività e il contenuto in concreto delle norme convenzionali. La questione non è irrilevante, per quanto si vedrà in riferimento ai rapporti tra diritto dell'Unione e Convenzione e alla mancata adesione dell'Unione alla CEDU.

<sup>42</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, 1965, Torino, rist. 2014, pp. 17 e 35. Mentre il promovimento e il controllo si indirizzano a garanzie esistenti o da prevedere all'interno dello Stato al fine di rafforzare o perfezionare il sistema giurisdizionale nazionale, la terza garanzia «mira alla creazione di una nuova e più alta giurisdizione». Si potrà parlare di tutela internazionale dei diritti dell'uomo «solo quando una giurisdizione internazionale riuscirà a imporsi e a sovrapporsi alle giurisdizioni nazionali e si attuerà il passaggio dalla garanzia *dentro* lo Stato [...] alla garanzia *contro* lo Stato».

Ci si occupa perciò del processo equo, rubricato come *diritto* e ascrivibile, proprio in quanto diritto *fondamentale*, anche al più ampio *genus* dei *principi generali*.

Il processo equo assorbe sia il tratto caratterizzante dei diritti, e cioè l'obbligo di rispetto degli stessi, sia quello riferibile ai principi, consistente nella loro necessaria osservanza, promozione e applicazione.

Il fatto che le norme esaminate e le garanzie ivi contenute siano suscettibili di una applicazione più estesa rispetto alla formulazione letterale, conferma la possibilità di includere il processo equo nella categoria dei diritti fondamentali e, allo stesso tempo, tra i principi generali dell'ordinamento.

Sono infatti fondamentali quei diritti soggettivi attribuiti e garantiti da norme fondamentali, ovvero norme cui è riconosciuto, nella cultura giuridica di riferimento, carattere fondamentale e primario. Dunque, un diritto fondamentale è un diritto basato su una norma avente carattere, per l'appunto, fondamentale, generalmente un *principio*<sup>43</sup>.

Senza ripercorrere le costruzioni teoriche compiute in riferimento al termine «diritti fondamentali» è sufficiente in questa sede acquisirne gli esiti con riferimento a ciò che caratterizza alcuni diritti e consente agli stessi la legittima appartenenza alla categoria dei *diritti fondamentali*.

L'insegnamento di Ferrajoli consente di affermare che sono diritti fondamentali «quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tutti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini, o di persone capaci di agire»<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> La bibliografia sul tema dei diritti fondamentali è molto vasta. Ai fini che qui interessano, senza alcuna pretesa di esaustività, si ricordano le voci enciclopediche di: P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, Milano, 2008; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IV, Milano, 2011; G. PECES, B. MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1990.

<sup>44</sup> L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in E. VITALE (a cura di), *Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, 5; ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007. L'A. propone quattro tesi in tema di diritti fondamentali. La prima riguarda la differenza di struttura tra i diritti fondamentali e i diritti patrimoniali, spettanti gli uni a intere classi di soggetti e gli altri a ciascuno dei loro titolari con esclusione di tutti gli altri; la seconda è quella per cui i diritti fondamentali, corrispondendo a interessi e ad aspettative di tutti, formano il fondamento e il parametro dell'uguaglianza giuridica; la terza tesi riguarda la natura sovranazionale e internazionale di gran parte dei diritti fondamentali; la quarta riguarda i rapporti tra i diritti e le loro garanzie. Afferma l'A.: «non diversamente dagli altri diritti, i diritti fondamentali consistono in aspettative negative o positive cui corrispondono obblighi (di prestazioni) o divieti (di lesione)», questo obblighi e questi divieti costituiscono le *garanzie primarie*, cui si affiancano le *garanzie secondarie*, il cui contenuto è costituito dall'obbligo di riparare o sanzionare giudizialmente le lesioni dei diritti, ossia le violazioni delle loro garanzie primarie. Contro la tesi della confusione dei diritti e delle garanzie, «che vuol dire negare l'esistenza dei primi in assenza delle seconde», l'A. sostiene la tesi della loro distinzione, in forza della quale «l'assenza delle relative garanzie equivale invece a un'inadempienza dei diritti positivamente stipulati e consiste perciò in una indebita *lacuna* che è compito della legislazione colmare» (*Principia iuris*, cit., pp. 10-11).

Nel passaggio dalla definizione formale dei diritti fondamentali alla *sostanza* degli stessi, soccorrono poi le molteplici dimensioni conoscitive (la filosofia del diritto, il costituzionalismo, ecc.), che portano a considerare i diritti fondamentali non già come semplici “pretese” soggettive, ma come strutture portanti di un ordinamento giuridico. Essi sono elementi costitutivi che ne rispecchiano le priorità e ne disciplinano il funzionamento e per questo motivo sono stati assimilati da alcuni Autori alle norme di riconoscimento teorizzate da Hart<sup>45</sup>.

Questa accezione ne valorizza il carattere *fondante e strutturale*, per cui «i diritti fondamentali adempiono alla funzione di limitazione del potere e di guida per lo sviluppo del diritto in tutti i suoi livelli attraverso gli operatori giuridici»<sup>46</sup>.

Il diritto in esame sembra condividere con la categoria dei diritti fondamentali tutti i tratti caratterizzanti gli stessi.

Oltre al legame con la dignità umana, la libertà e l'uguaglianza, l'analogia risalta anche con riferimento ai processi storici che hanno caratterizzato tali diritti, ovvero, la *positivizzazione* (cioè il loro *divenire diritto*), la *generalizzazione* e l'*internazionalizzazione*<sup>47</sup>.

Se si ha riguardo a ciascuno di questi processi, si vede chiaramente che il diritto a un processo equo risponde a pieno alla caratterizzazione dei diritti fondamentali e ne soddisfa i requisiti. Esso è stato prima riconosciuto in via pretoria e successivamente recepito a livello normativo in una pluralità di fonti; inoltre ha carattere generale ed è garantito non solo a livello nazionale ma anche europeo.

A ciò si aggiunga una ulteriore considerazione relativa alla sua *garanzia*.

Nei secoli XIX e XX, il processo di positivizzazione si è perfezionato con la presa di coscienza della necessità della protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali.

Pur essendo previsto uno sviluppo legislativo degli stessi, che vede attribuita alla legge la loro miglior tutela, i diritti fondamentali sono suscettibili di realizzazione immediata proprio per effetto del necessario rispetto del loro contenuto essenziale.

Dunque, essi rilevano sotto il profilo della loro *azionabilità*. Ma lo stesso “spazio di giustizia” vi rientra, in via implicita o addirittura espressa<sup>48</sup>.

Questa considerazione anticipa quanto si dirà in riferimento alla protezione di tali diritti nella prospettiva del costituzionalismo multilivello<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002, pp. 7-10. È nota la costruzione di H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., e la teorizzazione delle norme primarie e secondarie e, all'interno di queste ultime, di quelle di riconoscimento, volte ad indicare i criteri per individuare come valide le norme primarie.

<sup>46</sup> G. PECES, B. MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, cit., p. 141 ss.

<sup>47</sup> ID., p. 144.

<sup>48</sup> Si rinvia al par. 3, *infra*, relativo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che disciplina, al Capo VI, la giustizia.

<sup>49</sup> Par. 5, *infra*.

Il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali rappresenta proprio il percorso evolutivo compiuto dagli stessi e la necessità che la difesa di tali diritti (per lo più accostati ai “diritti umani”) avvenga nel più ampio quadro europeo<sup>50</sup>.

Il giusto processo come principio e diritto fondamentale, che impone una garanzia di tutela *effettiva* si lega al rapporto tra legalità ed effettività in considerazione della duplice valenza della giurisdizione, intesa in senso “rimediabile”, nell’ottica del ricorrente leso e, al contempo, come garanzia di attuazione della legge nel caso concreto, come rilevava Calamandrei<sup>51</sup>.

Ciò implica, da un lato, che la Convenzione, intesa come “Carta dei diritti”, sia assistita da specifiche garanzie giurisdizionali azionabili dinanzi alla Corte EDU, e, dall’altro, che le garanzie processuali derivanti dalle varie fonti siano tra loro coordinate.

### *3. Il giusto processo come diritto fondamentale nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: il diritto a un ricorso effettivo (art. 47)*

Il giusto processo ha fatto ingresso anche nel diritto europeo attraverso la previsione del *ricorso effettivo* all’art. 47 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea (Carta di Nizza).

L’articolo dispone che «ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice». Esso precisa altresì che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare».

La disposizione trova piena corrispondenza nell’art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell’uomo<sup>52</sup> e negli artt. 6 e 13 CEDU, come si legge nelle

---

<sup>50</sup> In questi termini, A. D’ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, in A. D’ATENA, PIER. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 25; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, cit., 336. Sul sistema europeo dei diritti fondamentali, si veda G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e il rapporto tra le giurisdizioni*, Milano, 2010 e, in particolare, i contributi, ivi contenuti, di G. ROLLA, *Alcune considerazioni sui possibili effetti delle codificazioni e della giurisprudenza sovranazionale in materia di diritti sul c.d. “sistema europeo” di giustizia costituzionale*, p. 3 ss.; P. VIPIANA, *I poteri cautelari della Corte di Giustizia dell’Unione e della Corte Europea dei diritti dell’uomo a tutela dei diritti fondamentali*, p. 45 ss.

<sup>51</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit., p. 273 ss.

<sup>52</sup> L’art. 8 della Dichiarazione dispone che: «Ogni individuo ha diritto ad un’effettiva possibilità di ricorso a competenti tribunali nazionali contro atti che violino i diritti fondamentali a lui riconosciuti dalla costituzione o dalla legge».

spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali («il primo comma si basa sull'articolo 13 della CEDU [...]»).

Tuttavia, rispetto all'art. 6 CEDU, l'art. 47 della Carta di Nizza ha un ambito più ampio, in quanto si applica a ogni tipo di controversia nell'attuazione del diritto dell'Unione<sup>53</sup>.

Esso fonda la pretesa a un giusto processo non solo nei confronti delle autorità europee ma anche verso gli Stati membri nel caso in cui entrino in gioco diritti tutelati a livello europeo.

La disposizione normativa rinvia al principio del processo equo attraverso la previsione del *diritto* a un *ricorso effettivo* e a un *giudice imparziale*.

Ciò conferma che il giusto processo racchiude in sé sia l'aspetto della correttezza *procedurale*, per lo più riassunta nel principio di parità delle parti, sia quello *sostanziale*, più direttamente finalizzato al conseguimento del risultato utile (e quindi giusto), avvicinandosi così al complementare principio dell'effettività della tutela. La garanzia di effettività è riferibile alle possibilità e modalità di ricorso giurisdizionale nella doppia prospettiva dell'effettività del *mezzo* e della *tutela*, dunque dell'«effettività dei mezzi processuali di azione e difesa nel loro sviluppo dinamico dall'inizio alla fine del processo»<sup>54</sup>.

Il primo profilo attiene al diritto di difesa, mentre il secondo, relativo alla realizzazione della pretesa attraverso una decisione che si possa dire *giusta*, è sostenuto dalle garanzie relative all'organo giurisdizionale (indipendenza e imparzialità).

Il diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice è stato affermato in più occasioni dalle Corti europee, tra cui quella di Giustizia, anche anteriormente alla sottoscrizione della Carta di Nizza.

Esso infatti è sempre stato considerato come un principio generale dell'Unione, in quanto comunità di diritto, che trova attuazione anche da parte degli Stati membri nelle controversie in cui gli stessi applicano il diritto europeo<sup>55</sup>.

Prima di esaminare nel dettaglio la disposizione normativa, occorre inquadrare la fonte in cui la stessa è contenuta.

La Carta, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, è diventata giuridicamente vincolante nel 2009 con il Trattato di Lisbona, che ha inserito nell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) tre importanti indicazioni: (i) il riconoscimento da parte dell'Unione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta di Nizza, alla quale è attribuito «lo stesso valore giuridico dei trattati»; (ii) la prefigura-

<sup>53</sup> Sul profilo dell'«interpretazione parallela» di quelli che vengono definiti i diritti «corrispondenti», garantiti tanto dalla Convenzione quanto dalla Carta, cfr. E. CHITI, *Cedu e UE: un comunicato congiunto della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 899 ss.

<sup>54</sup> L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, Torino, 2004, p. 144.

<sup>55</sup> *Ex multis*, CGCE, 15 maggio 1986, in C-222/84, *Johnston*, cit.; Id., 15 ottobre 1987, in C-222/86, *Heylens*; Id., 3 dicembre 1992, in C-97/91, *Borelli*.

zione dell'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte dell'Unione; (iii) il chiarimento che i diritti fondamentali, garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali<sup>56</sup>.

Il primo profilo è determinante per quello che si vedrà in relazione ai rapporti tra le diverse fonti che contengono il principio in esame. Per effetto del riconoscimento, la Carta di Nizza è stata equiparata al diritto primario, del quale condivide la medesima forza giuridica.

Si tralascia al momento il secondo aspetto, che verrà trattato in relazione ai rapporti tra le fonti di appartenenza degli artt. 6 CEDU e 47 Carta di Nizza.

Quanto al terzo profilo, anticipato nel precedente paragrafo, esso fornisce una indicazione indispensabile: conferma quanto detto in ordine alla valenza di diritto fondamentale e di principio generale e supremo dell'ordinamento giuridico del diritto al giusto processo.

Il principio-diritto al giusto processo va pertanto opportunamente collocato nel sistema di fonti, con specifico riferimento al diritto dell'Unione europea.

In quanto principio generale, già secondo lo schema del previgente art. 6, par. 2 del Trattato, esso è compreso tra i diritti sanciti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Le modifiche dell'art. 6 TUE si inseriscono nella prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali, la cui tutela è ascrivibile al sistema risultante dalla combinazione delle fonti di riferimento.

La Carta di Nizza costituisce una vera e propria proclamazione di un "catalogo" di diritti che stabilisce il formale interesse del sistema europeo nei confronti della tutela dei diritti dell'uomo; tematica, questa, tradizionalmente riservata alle Costituzioni nazionali.

Il passaggio logico è duplice: da una parte si ha riguardo all'ampliamento della gamma dei diritti e, dall'altra, al sistema di protezione degli stessi.

Tale sistema, a fronte dell'adesione degli Stati membri all'Unione, tiene conto della *maggior* tutela offerta al fine di garantire che a livello nazionale gli stessi non subiscano una indebita compressione. Ciò avviene allineando i sistemi di tutela.

Il ruolo e la "vitalità" della Carta erano ben noti già anteriormente al riconoscimento della sua efficacia vincolante, tanto che il suo "plusvalore" la rendeva una sorta di *Bill of rights* dell'Unione europea<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 145 ss.

<sup>57</sup> Tra i vari Autori che si sono espressi in questo senso, si vedano: A. CELOTTO, *L'Italia e l'Unione europea*, in F. MODUGNO (a cura di), *Diritto pubblico*, Torino, 2015, p. 221; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, 1, p. 193 ss. Quest'ultimo, prima ancora dell'efficacia vincolante assunta dalla Carta, ne rilevava il *plusvalore*, riconoscendo alla stessa il merito di aver razionalizzato un vero e proprio sistema di diritti in un unico documento, tale da rappresentare un «valore garantista, come tale limitativo del potere pubblico europeo».

Non a caso ci sono stati frequenti richiami alla Carta da parte degli Avvocati Generali della Corte di Giustizia e dei giudici nazionali, quale *immediato e riconosciuto ausilio interpretativo*, «fonte preziosissima» e «strumento privilegiato» di identificazione dei diritti e dei principi generali, tanto che in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale «non si possono ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne può ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche – della scena comunitaria»<sup>58</sup>.

La Carta si caratterizza per il suo impianto sistematico: il testo, preceduto da un Preambolo, è suddiviso in sette capi, di cui i primi sei raggruppano i diritti.

L'art. 47 è compreso nel Capo VI, espressamente dedicato alla giustizia, che include così il «diritto alla giustizia» tra i diritti fondamentali cui è espressamente dedicata la Carta<sup>59</sup>.

Completano il Capo le previsioni degli artt. 48, 49 e 50.

L'art. 48, relativo alla presunzione di innocenza e ai diritti di difesa, stabilisce che ogni imputato è considerato innocente fin quando la sua colpevolezza non sia stata *legalmente provata* e che il rispetto dei diritti della difesa deve essere garantito ad ogni imputato.

Esso esplicita, dunque, la presunzione di innocenza dell'imputato, cui collega, secondo un nesso di strumentalità, il diritto di difesa.

I successivi articoli stabiliscono due ulteriori specificazioni dell'effettività della tutela sotto i profili della legalità, della proporzionalità e della difesa.

L'art. 49 indica i principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene, mentre l'art. 50, che chiude il Capo dedicato alla giustizia, afferma il principio del *ne bis in idem*.

Questi tre articoli costituiscono, rispetto al diritto a un ricorso effettivo, dei complementi di tutela.

La disposizione primaria rimane però l'art. 47, il suo contenuto essenziale è la previsione di un meccanismo di tutela per le «ipotesi di violazione dei diritti e delle libertà garantiti dal diritto dell'Unione».

La Carta di Nizza conferma che, anche nell'ambito dell'Unione europea, le garanzie giurisdizionali per l'effettività della tutela dei diritti fondamentali si articolano in tre momenti: la precostituzione del giudice naturale, il diritto di difesa e il giusto processo<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, 8 febbraio 2001, in C-173/99, BECTU *Secretary of State for Trade and Industry*. Sulla valenza di strumento interpretativo imprescindibile della Carta nella difesa delle garanzie dei cittadini, si vedano anche le Conclusioni dell'Avv. Generale Colomer, 12 settembre 2006, in C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*.

<sup>59</sup> R. ROMBOLI, *La Giustizia nella Carta dei diritti di Nizza. Osservazioni sull'art. 47*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2003, 1, p. 9.

<sup>60</sup> P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2011, p. 142.



Anche queste garanzie si sono affermate prima attraverso l'interpretazione giurisprudenziale e poi con il loro riconoscimento nella Carta.

Le Corti europee hanno inciso in modo profondo sulla configurazione complessiva del sistema dell'Unione, facendo del diritto un fattore decisivo della costituzione europea. Per questo motivo il ruolo svolto non è stato puramente giurisdizionale, ma ha influito sul modo di essere dell'ordinamento europeo<sup>61</sup>.

Costituiva infatti un dato acquisito quello per cui i diritti qui richiamati figurano tra i diritti fondamentali appartenenti alla struttura costituzionale di ciascuno Stato. Essi sono valori *fondanti e strutturali* di ciascun ordinamento, tanto da dover essere comunque garantiti indipendentemente dall'esistenza di una apposita previsione normativa.

In questi termini, si ricorda, tra le tante, la decisione *Mediocruso*<sup>62</sup>, in cui si legge che «il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario che dev'essere garantito anche in mancanza di qualsiasi norma riguardante il procedimento di cui trattasi. Tale principio impone che i destinatari di decisioni che pregiudichino in maniera sensibile i loro interessi siano messi in condizione di far conoscere utilmente il proprio punto di vista».

Questo non esclude la possibilità di applicare alcune restrizioni al diritto di difesa, purché non manifestamente sproporzionate e conformi agli obiettivi di interesse generale (art. 52 della Carta). Ciò in quanto i diritti fondamentali non sono prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione svolta nella società.

Le restrizioni devono però rispondere effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dall'Unione e non si devono risolvere «in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti»<sup>63</sup>.

Così ad esempio recentemente la Corte di Giustizia è intervenuta con la decisione *Gavril Covaci*<sup>64</sup>, in tema di diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, chiarendo che la normativa nazionale può vietare alla persona nei cui confronti sia stato emesso un decreto penale di condanna, di proporre opposizione in una lingua diversa da quella del procedimento purché l'opposizione non sia rilevante (non costituisca cioè «un documento fondamentale»).

Il processo equo si attua, per la Corte di Giustizia come per la Corte EDU, in primo luogo sotto il profilo del contraddittorio tra le parti e della parità delle armi. La difesa – e, dunque, il principio del contraddittorio – occupa un ruolo cen-

---

<sup>61</sup> In questi termini R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 254.

<sup>62</sup> CCUE, 21 settembre 2000, in C-462/98.

<sup>63</sup> CGCE, 13 luglio 1989, in C-5/1988, *Wachauf*.

<sup>64</sup> CGUE, 15 ottobre 2015, in C-216/14.

trale nelle garanzie processuali, come testimoniato dalle numerose pronunce in cui la violazione dedotta attiene proprio alla lesione del diritto di difesa o alla previsione di poteri processuali non equivalenti<sup>65</sup>.

Ancora una volta l'interpretazione giurisprudenziale ha riempito di contenuto e significato le norme, specificandone la portata e i limiti.

Sono state numerose le pronunce della Corte di Giustizia che hanno sottolineato le applicazioni del «diritto a un ricorso effettivo».

Una larga applicazione del principio si trova in ambito penale.

Si ricorda la presa di posizione dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón del 6 luglio 2015 in una causa in tema di custodia cautelare nell'ambito della più ampia fattispecie attinente al mandato d'arresto europeo<sup>66</sup>.

In questa occasione è stato precisato che una persona posta in stato di custodia cautelare in attesa della decisione definitiva sull'esecuzione del mandato d'arresto europeo deve poter disporre, una volta decorsi i termini di custodia, «di un mezzo di ricorso che le consenta di ottenere con celerità una decisione giudiziaria sulla questione se il suo mantenimento in custodia cautelare sia comunque giustificato da ragioni legittime diverse da quelle che hanno motivato l'emissione del mandato d'arresto europeo, o da motivi particolari debitamente individuati e inerenti al procedimento di adozione della decisione definitiva sull'esecuzione di tale mandato o, infine, da circostanze eccezionali non imputabili allo Stato membro dell'esecuzione e debitamente giustificate». In caso contrario deve essere ordinata la sua scarcerazione.

Sempre in riferimento all'art. 47, la Corte di Giustizia ha precisato che il principio di effettività esige che il giudice che abbia effettuato il controllo di legittimità di una decisione che costituisce l'attuazione del diritto dell'Unione, possa verificare se le prove sulle quali tale decisione si fonda non siano state ottenute e utilizzate in violazione dei diritti garantiti dal diritto dell'Unione e, in special modo, dalla Carta di Nizza<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Le pronunce in tal senso sono numerose. In riferimento alla normativa nazionale e, precisamente, alle disposizioni che permettono ad una sola delle parti del ricorso straordinario di ottenere la trasposizione dinanzi al TAR senza il consenso o il concorso del ricorrente o delle altre parti del giudizio, si ricorda la recente domanda di rinvio pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato italiano il 28 settembre 2015, C-520/15, *Aiudaps c. AIFA, Ministero della Salute*.

<sup>66</sup> C-237/15 PPU *Minister for Justice and Equality c. Francis Lanigan*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Alta Corte dell'Irlanda sulla decisione quadro 2002/584.

<sup>67</sup> CGUE, 17 dicembre 2015, in C-419/14, *WebMindLicenses Kft. C. Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*. La Corte ha precisato che il requisito è soddisfatto se il giudice investito di un ricorso avverso la decisione dell'amministrazione tributaria relativa a un accertamento dell'IVA è anche abilitato a controllare che le prove provenienti da un procedimento penale parallelo non ancora concluso, sulle quali si basa, siano state ottenute conformemente ai diritti garantiti dal diritto dell'Unione. Se tale requisito non è soddisfatto non è ammessa l'utilizzazione nel procedimento amministrativo tributario delle prove ottenute nell'ambito del procedimento penale e, in caso di loro utilizzazione, la decisione che si basa su tali prove è annullabile (pt. 88-89).

Non occorre soffermarsi ulteriormente sull'inclusione del diritto a un ricorso effettivo tra i diritti fondamentali, sia per l'espressa previsione dello stesso nell'ambito della Carta dei diritti, sia per il riconoscimento del suo carattere fondamentale addirittura anteriormente alla previsione normativa. Ma il quadro richiede un breve cenno all'ambito di applicazione della Carta.

L'art. 51 precisa che le disposizioni della Carta si applicano alle istituzioni, agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà e agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. La Carta «non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». Ma su tale profilo ci si soffermerà in prosieguo.

Il successivo art. 52, sopra richiamato, definisce la portata dei diritti garantiti, stabilendo che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà.

Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove queste siano necessarie e rispondano effettivamente «a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

L'articolo precisa altresì che i diritti riconosciuti dalla Carta si esercitano «alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati».

Di particolare importanza è la specificazione per cui la Carta contiene diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», salva la facoltà dell'Unione di concedere una protezione più estesa.

Si introduce così una clausola orizzontale: in caso di corrispondenza tra i diritti riconosciuti dalla Carta e i diritti garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il relativo contenuto è parificato.

Vengono cioè formalmente equiparati il *significato* e la *portata* dei diritti contenuti nella CEDU e quelli "equivalenti" previsti dalla Carta di Nizza. In questo modo trovano corrispondenza anche l'art. 6 della Convenzione e l'art. 47 della Carta di Nizza.

Come precisato dal successivo art. 53, che individua in positivo il livello di protezione, nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata «come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione (...)».

Il quadro è completato dall'art. 54, che, in linea con le precedenti disposizioni, concorre a definire, questa volta in negativo, l'ambito di applicazioni della Carta, vietando l'"abuso di diritto", ovvero l'imposizione ai diritti di limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Carta<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Sul divieto di abuso di diritto cfr. Cap. II, par. 6, *infra*.

Sul piano generale, la Carta ha ricondotto determinati diritti ai “super-principi”<sup>69</sup>, cioè a quei principi che coincidono con i «valori indivisibili e universali» sui quali l’Unione si fonda, così creando una differenziazione in termini gerarchici – o meglio, come si vedrà, di preminenza – le cui implicazioni in sede interpretativa sono evidenti. Così «l’inquadramento dei singoli diritti in categorie di valori [...] ha permesso di costruire una Carta dei principi prima che di diritti»<sup>70</sup>.

La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha l’obiettivo di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali» nell’ambito della più ampia base comune costituita dall’Unione europea fondata sui principi di «democrazia e dello stato di diritto»<sup>71</sup>.

Per questi motivi la Corte di Giustizia ha sottolineato in più occasioni che l’esistenza di un controllo giurisdizionale effettivo, destinato ad assicurare il rispetto delle disposizioni del diritto dell’Unione, è inerente all’esistenza stessa di uno Stato di diritto<sup>72</sup>.

I principi generali sono solitamente equiparati al diritto primario, col quale concorrono nella definizione della “Costituzione” dell’Unione. Il ruolo svolto dagli stessi consente di comprendere in quale misura l’interpretazione giurisprudenziale ha contribuito, anche in questo caso, a definire il contenuto del principio-diritto di cui ci si occupa.

I principi generali del diritto dell’Unione assolvono a una tripla funzione: essi sono (i) parametri di legittimità degli atti adottati dalle istituzioni dell’Unione; (ii) criteri interpretativi e (iii) strumenti per integrare o colmare eventuali lacune normative.

A tal proposito occorre fare una precisazione, cui si renderà merito in seguito.

Alcuni dei principi generali concorrono specificamente a formare la base giuridica dell’Unione europea, definendone le finalità (si pensi ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà); altri sono principi generali del diritto, comune agli ordinamenti degli Stati membri, quali ad esempio la legalità, la certezza del diritto, il legittimo affidamento.

Tra queste due tipologie assumono un ruolo preminente i principi relativi alla tutela dei diritti fondamentali<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> Così V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti*, Padova, 2008, p. 133.

<sup>70</sup> Così A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, pp. 37-38. L’A. rileva che le singole posizioni soggettive in essa ricomprese trovano la loro giusta interpretazione in correlazione (necessaria) con i valori oggettivi che la guidano; questi a loro volta diventano il filo conduttore della Carta, sicché «si inverte nella Carta (...) il circuito descritto dall’art. 6 c. 2 TUE: i diritti fondamentali (...) sono garantiti in quanto principi generali del diritto comunitario».

<sup>71</sup> Così si legge nel Preambolo della Carta.

<sup>72</sup> Tra le più recenti: CGUE, Grande Sezione, 6 ottobre 2015, in C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*.

<sup>73</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., p. 139. Si vedano an-

Delle altre tipologie di principi e della loro incidenza in ambito interno ci si occuperà in un secondo momento, per lo più con riferimento al giusto processo amministrativo nazionale e, più in generale, all'effettività del sistema giustizia così come disciplinato nell'ambito dell'autonomia processuale riconosciuta a ciascuno Stato membro e all'incidenza che il diritto europeo ha sullo stesso, in una doppia prospettiva. La prima è di tipo "soggettivo" e riguarda il modo in cui il diritto del singolo viene garantito nell'ambito del più ampio principio della tutela equivalente. La seconda è di tipo "oggettivo" e attiene alla conformità del sistema processuale nazionale al diritto eurounitario.

Si osserverà quindi in che modo il giusto processo viene "conformato" sotto il primo degli indicati profili, e come viene invece "limitato" avendo riguardo al secondo.

L'accesso alle Corti, così come il diritto a un giudizio atipico ed elastico, costituisce la garanzia di tutela minima e indefettibile in ciascuno Stato, pertanto laddove non viene garantito, soccorre il meccanismo di salvaguardia, che riveste un carattere sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di garanzia<sup>74</sup>.

Come si può intuire, il diritto di azione (e di difesa), inteso come mezzo di realizzazione della posizione giuridica soggettiva attraverso una tutela misurata sui bisogni individuali, richiede di superare la mera proclamazione dei diritti e presuppone la strutturazione di un sistema giudiziario – nazionale ed europeo – idoneo a garantire gli stessi.

Il potere giudiziario è «forza realizzatrice dell'effettività della tutela di sempre nuovi diritti fondamentali [ed] è l'unico dei tre poteri dello Stato che il cittadino può direttamente attivare e dal quale può attendersi una risposta individuale alle sue richieste»<sup>75</sup>.

---

che: M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007; C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Pol. dir.*, 2008, 1; T. GIOVANNETTI, *L'Europa dei diritti. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009; I. PERNICE, F. MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritto e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, 2003.

<sup>74</sup> G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e il rapporto tra le giurisdizioni cit. e ivi*, A. IANNIELLO SALICETI, *Il significato delle tradizioni costituzionali comuni nell'Unione europea*, p. 139 ss.; S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005. Sull'incidenza della Carta in ambito nazionale: A. PITINO, *Diritto vivente versus diritto vigente: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nelle sentenze della Corte di Cassazione italiana*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e il rapporto tra le giurisdizioni*, cit., p. 397 ss.

<sup>75</sup> Così G. SANTACROCE, *Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015*, in *www.cassazione.it*.

#### 4. *Il giusto processo come diritto fondamentale nella Costituzione (art. 111)*

Il principio del processo equo ha trovato espresso riconoscimento anche in ambito nazionale e, precisamente, nell'art. 111 Cost., per effetto della legge costituzionale del 23 novembre 1999, n. 2, recante, appunto, l'«inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione»<sup>76</sup>.

La disposizione prevede, al comma 1, che «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Prosegue affermando che «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

Dopo aver individuato i tratti caratterizzanti di tutti i processi, l'art. 111, analogamente alla previsione dell'art. 6 CEDU, specifica la disciplina del processo penale.

La disposizione stabilisce, ad esempio, la necessità di informare la persona accusata di un reato della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico e quella di assicurare che la stessa disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa; la facoltà di interrogare o di far interrogare dinanzi al giudice le persone che rendono dichiarazioni a suo carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a difesa nelle stesse condizioni; l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova.

Sempre con riferimento al giudizio penale, che per lungo tempo ha costituito l'ambito primario (o esclusivo) di applicazione del principio del giusto processo, l'art. 111 precisa che esso «è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova» e che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato (o del suo difensore).

La sola legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio.

L'applicazione della norma trova spazio anche nelle altre tipologie di giudizi, essendo l'istruttoria il luogo di formazione della prova finalizzata al convincimento del giudice e, quindi, uno dei principali momenti di esplicazione del contraddittorio processuale.

---

<sup>76</sup> M. BOVE, *Art. 111 e «giusto processo civile»*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 500. Sull'art. 111 la bibliografia è molto ampia. Senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano S. TARULLO, *Giusto processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, 1, Milano, 2008, p. 380; L. LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)*, in *Enc. giur., Agg.*, Roma, 2001; M. CHIAVARIO, *Giusto processo (processo penale)*, *ivi*; F. GALLO, *Giusto processo (diritto tributario)*, *ivi*; TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo» in materia civile: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001; V. CAIANIELLO, *Riflessioni sull'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 45 ss., anteriormente alla riforma, S. CASSESE, A.G. ARABIA (a cura di), *L'amministrazione e la Costituzione. Proposte per la costituente*, Bologna, 1993 e, in particolare, S. CASSESE, *Perché una nuova Costituzione deve contenere norme sulle pubbliche amministrazioni e quali debbono essere queste norme*, *ivi*, p. 19; F. MERUSI, *I rapporti tra governo e amministrazione*, *ivi*, p. 25; A. ROMANO, *La giustizia amministrativa*, *ivi*, p. 35.

La disposizione prosegue introducendo, in senso ampliativo rispetto alle altre norme esaminate, una previsione fondamentale ai fini del processo giusto: quella per cui «tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

La motivazione assume infatti un ruolo determinante nella realizzazione del processo equo sotto il profilo della giustizia della decisione.

Questa previsione si lega alla successiva specificazione della possibilità di proporre ricorso in Cassazione per violazione di legge contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali e, per i soli motivi inerenti alla giurisdizione, contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.

Sotto il profilo strutturale, la disposizione si compone di cinque commi: i primi due dedicati alle garanzie comuni a ogni tipo di processo e gli ultimi tre rivolti specificamente al processo penale.

In particolare, il primo comma, che prevede una espressa riserva di legge (e di giurisdizione), sottintende che il *giusto processo* rappresenta l'unica modalità possibile di attuazione della giurisdizione. Prosegue aggiungendo la specificazione del contenuto del giusto processo attraverso la previsione dell'obbligo – per «ogni processo» – di svolgersi «nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale».

Dunque, il processo attua la giurisdizione solo quando è giusto; nel caso opposto esso è al di fuori dell'ordinamento giuridico.

D'altra parte se si cercasse un altro senso del termine giustizia, ci si troverebbe di fronte a molteplici accezioni che derivano dai contributi che la filosofia e la teoria politica hanno costruito nei secoli<sup>77</sup>.

Capograssi si riferiva alla giustizia come una «misteriosa idea (...) misteriosamente vivente nell'animo degli uomini»<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Si pensi al concetto di giustizia per HART, in *Il concetto di diritto*, cit., intesa come *uguaglianza, equilibrio, proporzione*. Alcuni principi giuridici, come quello del contraddittorio o della terzietà del giudice, sono *garanzie di uguaglianza*. Si veda E. OPOCHER, *Giustizia (filosofia)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 557 ss. che, nel compiere un tentativo di ricostruzione, afferma significativamente che «la definizione della giustizia, di questa umanissima idea che, dal più profondo del cuore degli uomini, sale all'orizzonte incorruttibile delle forme, carica di tutta la disperazione e di tutta la speranza che alimentano le vicende della condizione umana, ha sempre costituito, come è noto, uno dei più gravi ed ardui problemi del pensiero riflesso», e che «tanta è la distanza che separa nella giustizia il "sentimento" dalla "definizione", la "validità" dalla sua razionale giustificazione». Le difficoltà che si incontrano nella definizione di giustizia in generale, si accentuano nel passaggio alla definizione della c.d. *Iustitia particularis*, vale a dire quando si vuole porre l'idea di giustizia a confronto con quella del diritto e dell'esperienza giuridica. Riferirsi alla giustizia in senso giuridico significa riconoscere alla giustizia il "fine" o il "valore" del diritto e ciò in quanto, almeno idealmente, il diritto tende alla realizzazione della giustizia. L'A. conclude affermando che l'accezione fondamentale della giustizia in senso giuridico può essere ricondotta alla *giustizia legale*, alla *giustizia ideologica* o alla giustizia come *riconoscimento della verità*, a seconda che «il "fulcro" dell'esperienza giuridica venga individuato nella volontà soggettiva, nella posizione delle norme giuridiche o nel giudizio del giudice».

<sup>78</sup> G. CAPOGRASSI, *Pensieri dalle lettere*, Roma, 1958, p. 32.

Si può senz'altro dire che per "giusto" (*iustum*) si intende ciò che è conforme a diritto o a giustizia, essendo la *iustitia* intesa appunto come conformità a diritto. Occorre però coniugare l'aggettivo con il successivo riferimento al processo.

L'approfondimento del legame storico ed etimologico del rapporto tra i due termini conduce proprio alla conclusione che l'idea della giustizia sorge sul piano di una progressiva «sostanzializzazione» delle forme inerenti al rapporto processuale e, quindi, in definitiva, al giudizio<sup>79</sup>.

Dal punto di vista della teoria generale sono state individuate varie forme di manifestazione della giustizia nella procedura: pura, perfetta e imperfetta<sup>80</sup>.

Le prime due mirano a ottenere un risultato giusto, con la differenza che nel caso della prima il risultato è giusto perché la procedura è giusta in sé, mentre nella seconda lo è in base a criteri esterni alla procedura.

Al contrario, la giustizia procedurale imperfetta non è strutturata in maniera tale da ottenere sempre un risultato finale giusto, ma mira piuttosto a conseguire un risultato attraverso l'uso corretto della procedura, ossia attraverso una giusta procedura.

Nella giustizia procedurale pura e perfetta l'obiettivo è rappresentato dall'efficienza ed efficacia in funzione di un risultato da conseguire. La giustizia procedurale imperfetta è, viceversa, conformata al rispetto delle garanzie relative alla formazione della decisione.

Sotto questo profilo rileva anche il principio di imparzialità, che governa tanto l'attività amministrativa quanto l'operato del giudice, soprattutto in considerazione delle nuove competenze acquisite. Egli non è più solo "la bocca della legge" ma l'interprete della stessa, che viene così argomentata e comparata, rendendo con ciò indispensabile l'esistenza di norme di autocontrollo come contropartita degli importanti poteri di cui dispone.

Tra le norme di riferimento troviamo l'art 104 Cost. sull'indipendenza e sull'imparzialità, che impone di evitare qualsiasi condizionamento gerarchico della magistratura da parte di altri poteri, trattandosi di un ordine autonomo e indipendente, e l'art. 101, comma 2, Cost., secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge.

Il principio è riaffermato dal successivo art. 108, comma 2, in virtù del quale è attribuito al legislatore il compito di assicurare «l'indipendenza dei giudici e delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia».

Ciò in quanto l'indipendenza della magistratura è un aspetto fondamentale del principio della separazione dei poteri.

Si ricorda in proposito il pensiero di A.M. Sandulli, il quale, nel rilevare che «l'imparzialità è tanto meno sicura e garantita quanto più estesi sono i settori in cui i poteri pubblici siano in grado di operare discrezionalmente e quanto meno estesi e penetranti sono i controlli politici, amministrativi e giurisdizionali am-

<sup>79</sup> E. OPOCHER, *Giustizia (filosofia)*, cit., p. 564.

<sup>80</sup> J. RAWLS, *A theory of justice*, 1971.



messi in ordine all'uso della discrezionalità», individuava l'essenza della democraticità di uno Stato nell'«impiego di regole giuridiche – sostanziali e processuali – scritte e fatte osservare da genuini e indipendenti rappresentanti del popolo e nelle quali siano sempre, e prima di tutto, presenti (come oggetto fondamentale di ogni rispetto e di ogni tutela) le libertà inviolabili, la dignità e l'uguaglianza degli uomini»<sup>81</sup>.

Diversamente da quanto visto in relazione all'art. 6 CEDU, che enuncia le garanzie del processo equo in termini di diritti soggettivi, i primi due commi dell'art. 111 Cost. le configurano piuttosto in chiave oggettiva come canoni di esercizio della giurisdizione, tali da assorbire anche la dimensione soggettiva<sup>82</sup>.

Il comma 2 riproduce nella sostanza il sistema di tutela in ambito penale di cui all'art. 6 CEDU (e, in particolare, il paragrafo 3, lett. *a, b, d*). Esso accentua le garanzie istruttorie sull'acquisizione dei mezzi di prova, esplicita l'operatività del principio del contraddittorio nella formazione della prova e demanda alla legge la disciplina delle deroghe a tale principio generale (per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita).

È proprio l'incidenza delle disposizioni europee su quelle nazionali che hanno portato a una estensione delle garanzie<sup>83</sup>.

Ad esempio, tra le più recenti aperture in ambito nazionale, si ricorda la decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma 3, 678, comma 1 e 679, comma 1, c.p.p. nella parte in cui non consentivano, su istanza degli interessati, lo svolgimento del procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza nelle forme dell'udienza pubblica<sup>84</sup>.

La norma contiene ulteriori garanzie.

Il comma 3 dell'art. 111 prevede la facoltà della persona accusata di un reato di interrogare o far interrogare davanti al giudice le persone che rendono dichiarazioni a suo carico. In questo modo viene riconosciuto il diritto (costituzionale) a confrontarsi con l'accusatore.

Il disposto è modellato sul testo dell'art. 6 CEDU, salvo due aspetti.

<sup>81</sup> A.M. SANDULLI, *Lo Stato sociale, consolidando la democrazia (frammenti di idee)*, in *Studi in occasione del primo centenario della Corte dei conti nell'unità d'Italia*, Milano, 1963.

<sup>82</sup> Sul rapporto tra l'art. 6 CEDU e l'art. 111 Cost., si vedano, *ex multis*, A. TRAVI, *L'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sull'evoluzione del controllo giurisdizionale*, in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Annuario AIPDA*, 2007, Napoli, 2008, p. 291 ss.; A. ANDRONIO, *Art. 111*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 2099 ss.; C. PEPE, *La tutela costituzionale del diritto di difesa (nei giudizi contro la P.A.)*, Padova, 2006.

<sup>83</sup> In ambito nazionale, si veda Cass. pen., Sez. I, 3 marzo 2015, n. 24384, la quale ha affermato la rilevanza d'ufficio in sede di giudizio di legittimità della violazione del principio secondo cui, per riformare *in peius* una sentenza assolutoria il giudice d'appello è obbligato a rinnovare l'istruzione dibattimentale quando intende operare un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una prova orale acquisita dal primo giudice in sede di integrazione probatoria.

<sup>84</sup> Corte cost., 21 maggio 2014, n. 135.

In primo luogo la previsione per cui il confronto deve trovare attuazione *davanti al giudice*. Ciò rafforza la garanzia per l'imputato.

In secondo luogo, con riferimento ai dichiaranti a carico, viene fatto riferimento alle "persone" e non ai "testimoni". Anche questa scelta non è casuale, ma indica piuttosto la volontà di estendere il riferimento, includendo, ad esempio, il dichiarante coimputato.

Conformemente al diritto alla prova contraria, il terzo comma riconosce altresì il diritto di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a difesa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova, salvo il potere del giudice di valutare l'ammissibilità delle richieste di prova formulate.

A seguire, il comma quarto consacra il principio del contraddittorio oggettivo come metodo di conoscenza e di acquisizione della prova<sup>85</sup>.

I successivi commi introducono il principio della *motivazione*, cui soggiacciono tutti i provvedimenti giurisdizionali, e la garanzia di ricorso per Cassazione contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali (con il limite del ricorso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione nel caso di decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti).

L'attuale formulazione del comma 7 racchiude la garanzia della funzione nomofilattica attribuita alla Suprema Corte e riconosce il ricorso in Cassazione come nucleo essenziale del giusto processo e come garanzia soggettiva delle parti del giudizio di merito di ottenere il controllo di legittimità.

Tale garanzia assolve una funzione strettamente processuale, connessa alla possibilità di impugnazione della sentenza, e una di tipo extraprocessuale, che consente un controllo esterno sull'operato del giudice<sup>86</sup>.

L'esercizio della funzione nomofilattica ha un ruolo centrale nell'affermazione della certezza del diritto e del principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge. Ciò in quanto la Corte di Cassazione, pronunciandosi in via interpretativa sull'esatta portata della legge, esprime principi che, pur non avendo il valore di precedente vincolante tipico degli ordinamenti di *common law*, hanno la forza di orientare le decisioni del giudice.

A fronte della garanzia assicurata al cittadino dall'art. 111, comma 2, nessuna norma che restringa tale diritto, pur a tutela di altre esigenze, si può ritenere conforme al dettato costituzionale.

---

<sup>85</sup> Sulle diverse tesi in merito, si veda F. PERCHINUNNO, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari, 2005. Secondo una tesi il giudice può legittimamente basare la propria decisione esclusivamente sulle prove formate nel corso dell'esame incrociato, cioè durante il confronto orale tra accusa e difesa, mentre secondo altra tesi, maggiormente estensiva, si devono ritenere conformi al principio del contraddittorio anche le prove raccolte nel corso delle contestazioni e sono pertanto utilizzabili anche le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari.

<sup>86</sup> Sul ruolo e sull'importanza della motivazione ai fini dell'attuazione del giusto processo, si rinvia a quanto si dirà al Cap. II, par. 4, *infra*.

Al contrario, l'art. 111 estende l'ambito di operatività dell'art. 6 CEDU a fattispecie non ritenute comprese sotto l'"ombrello" di tale norma dalla Corte di Strasburgo.

Il concetto di garanzia impone infatti di distinguere tra il *riconoscimento* e la *tutela dei diritti*, riferendosi in tal senso, per un verso, alla protezione astratta realizzata sul piano normativo degli stessi e, per altro verso, alla protezione concreta, che si traduce in termini propriamente giudiziali<sup>87</sup>.

Occorre allora leggere l'art. 111 Cost. unitamente all'art. 24 Cost., che ne costituisce il necessario complemento.

Il rapporto tra le due norme testimonia il legame tra le situazioni giuridiche soggettive, accomunate dalla possibilità di agire in giudizio per la loro tutela, e integra una garanzia di "adeguatezza" delle forme di tutela apprestate dall'ordinamento per il soddisfacimento dei diritti e degli interessi<sup>88</sup>.

L'art. 24 Cost. prevede la possibilità di ciascun soggetto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. Esso afferma l'*inviolabilità* del diritto di azione e difesa.

Il *diritto di azione*, che è stato elevato a garanzia costituzionale in senso proprio, gioca un ruolo di primo piano ai fini del riconoscimento dei diritti e ne garantisce la concreta attuazione.

Significativamente, è stato rilevato in proposito che esso cessa di essere un diritto al processo *tout court* per divenire un «diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato»; cioè al «dovuto processo legale che si svolge secondo le forme dovute e con le dovute garanzie»<sup>89</sup>.

Dunque, la decisione deve essere adottata nel rispetto delle garanzie processuali e dei principi inerenti al convincimento del giudice.

La giurisprudenza ha variamente interpretato l'estensione della norma e le sue implicazioni sotto il profilo delle singole declinazioni del giusto processo<sup>90</sup>.

Si ricorda in proposito la decisione della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014, n. 238, che ha confermato, ove ce ne fosse stato bisogno, il ruolo decisivo dell'art. 111 Cost. e il carattere fondamentale del diritto in esso enunciato, affermando che il diritto al giudice di cui all'art. 24 Cost. è un *principio supremo*

<sup>87</sup> L. FANOTTO, *I principi costituzionali in materia di giustizia*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011.

<sup>88</sup> A. TRAVI, *Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Foro it.*, 2011, V, c. 165. L'A. rileva l'importanza della lettura dei principi come «principi unitari di garanzia» superando le difficoltà di fondo che le disposizioni costituzionali sulla tutela giurisdizionale riflettono. Con il passare degli anni si è passati da una lettura dell'art. 24 Cost. attraverso la prospettiva che identificava in esso il fondamento di due tutele parallele (quella dei diritti soggettivi e quella degli interessi legittimi) a una lettura «più impegnativa» che riconduce al medesimo articolo l'esigenza di una pienezza di tutela, in virtù della quale non si possono ammettere spazi o margini rispetto ai quali il gioco della distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi lascia il cittadino senza tutela».

<sup>89</sup> V. DENTI, *Azione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988, p. 6.

<sup>90</sup> Per le quali si rinvia al Cap. II, *infra*.

dell'ordinamento e, come tale, costituisce un limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto<sup>91</sup>.

Il limite che segna l'apertura dell'ordinamento italiano all'ordinamento internazionale e sovranazionale (artt. 10 e 11 Cost.) è infatti costituito dal rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili dell'uomo, che costituiscono elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale.

Fin dalla sentenza 27 dicembre 1965, n. 98, la Corte ha affermato che il diritto alla tutela giurisdizionale «è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

Anche in altre pronunce successive la Corte ha incluso il diritto alla tutela giurisdizionale «tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»<sup>92</sup>; ciò in quanto al riconoscimento della titolarità di diritti si accompagna necessariamente il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale, pertanto, «l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti (...) è essa stessa il contenuto di un diritto (...) da annoverarsi tra quelli inviolabili e caratterizzanti lo stato democratico di diritto»<sup>93</sup>.

La previsione in Costituzione del principio-diritto a un processo "giusto" ne conferma, anche a livello nazionale, il carattere fondamentale.

Sono stati ricordati in precedenza i tre momenti maggiormente significativi dell'affermazione dei diritti fondamentali: la positivizzazione, la generalizzazione e l'internazionalizzazione.

---

<sup>91</sup> La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dal Tribunale di Firenze con tre distinte ordinanze di identico tenore, adottate il 21 gennaio 2014, nn. 84, 85 e 113. Essa riguardava la norma nazionale di recepimento di una consuetudine internazionale. Si lamentava la violazione degli artt. 2 e 24 Cost., in quanto, impedendo l'accertamento giurisdizionale e la valutazione della pretesa di risarcimento dei danni derivanti dalle gravi violazioni dei diritti fondamentali subite dalle vittime dei crimini di guerra e contro l'umanità commessi da altro Stato, anche se *iure imperii*, le norme oggetto del giudizio di legittimità contrastavano con la garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti. La Corte costituzionale è stata perciò chiamata a verificare, ai sensi dell'art. 10, comma 1, Cost., «se la norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, come interpretata nell'ordinamento internazionale, possa entrare nell'ordinamento costituzionale, in quanto non contrastante con principi fondamentali e diritti inviolabili». La Corte ha confermato il proprio orientamento osservando che fra i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale vi è il diritto di agire e di resistere in giudizio, «in breve il diritto al giudice». Ciò vale a maggior ragione quando il diritto in questione è fatto valere a tutela dei diritti fondamentali della persona. Ha perciò concluso per l'impossibilità di considerare le ipotesi di immunità dalla giurisdizione degli Stati, introdotte dalla normativa internazionale, alla stregua di limitazioni consentite ai diritti fondamentali perché, nella specie, la norma consuetudinaria internazionale determinava il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale.

<sup>92</sup> Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18; Id., 19 marzo 1996, n. 82.

<sup>93</sup> Corte cost., 11 febbraio 1989, n. 26; Id., 4 febbraio 2003, n. 29; Id., 14 dicembre 2004, n. 386; Id., 9 maggio 2014, n. 120.

Quanto al primo, si deve rilevare che l'incorporazione del diritto in esame nel diritto positivo è maggiormente apprezzabile proprio in virtù del rilievo costituzionale<sup>94</sup>. Del resto i principi che esprimono diritti fondamentali sono solitamente enunciati in Costituzione oppure dalla stessa ricavati.

Questo avviene in ragione del fatto che la Costituzione è «aperta ad una visione assiologica che guarda più che alle fonti alle norme per come vivono nell'interpretazione dei giudici in un continuo gioco di rimandi e rinvii, mai concluso, che appare indirizzato al massimo dispiegamento della tutela dei diritti fondamentali e, fra essi, della coppia libertà eguaglianza»<sup>95</sup>.

La giurisprudenza costituzionale tende a far coincidere la primazia assiologica, propria dei diritti costituzionalmente enunciati (impliciti o trasversali), con una caratteristica specifica della inviolabilità. In altre parole, «se un diritto riconosciuto o riconoscibile sulla base delle opzioni costituzionali costituisce un valore primario, codesto diritto è perciò stesso fondamentale e inviolabile. Ciò non toglie che a ciascun diritto sia propria una determinata, specifica struttura di valore che lo rende comparabile e bilanciabile, in vario modo, nei confronti degli altri diritti-valori costituzionali che non sono diritti; come non toglie che in ciascun valore-diritto siano prevalenti il momento garantistico o il momento integrativo»<sup>96</sup>.

Significativamente, è stato rilevato che «un diritto costituzionale costituisce (o contribuisce alla costituzione di) un principio supremo in quanto sia da considerare come inviolabile o fondamentale» ed è proprio l'inclusione dei diritti inviolabili tra i principi supremi a rendere «doverosa un'interpretazione dinamica ed evolutiva delle disposizioni costituzionali che li prevedono»<sup>97</sup>.

All'interno della Costituzione si trovano alcune norme che esprimono *principi supremi*, talmente fondamentali da definire la *fisionomia dello stesso ordinamento costituzionale*.

La garanzia di tali principi risiede in primo luogo nella immodificabilità degli stessi per le vie legali. Essi «si pongono come *assolutamente condizionanti l'intero ordinamento*, si irradiano in esso e lo pervadono, al punto che da essi non possa mai prescindere, che con essi si debba necessariamente fare i conti, quali che sia-

<sup>94</sup> Sul punto cfr. anche Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, che riconosceva al diritto alla tutela giurisdizionale dignità di principio supremo, pur limitandone la portata al suo «nucleo più ristretto ed essenziale», consistente nell'assicurare sempre a tutti, in relazione a ciascuna controversia, «un giudice e un giudizio».

<sup>95</sup> R. CONTI, *Il giusto processo avanti al giudice ordinario e contabile, Il giusto processo avanti al giudice ordinario e contabile: questioni comuni*, Esercizio della giurisdizione e responsabilità contabile, Roma, Corte dei conti, 5-6 ottobre, 2015, p. 4.

<sup>96</sup> F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, 1995, p. 73.

<sup>97</sup> F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., p. 91. Sui diritti fondamentali e sul loro rapporto con la piena attuazione della democrazia, si ricordano i significativi contributi, di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit.; M. LUCIANI, *Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 71.

no le regole legali che lo costituiscono». E tra i principi supremi non possono non essere ricompresi i diritti inviolabili «se dunque principi supremi e diritti inviolabili nel loro contenuto assiologico non possono assolutamente essere pregiudicati (...) non è difficile riconoscere nel giudizio di costituzionalità la sede idonea ed esclusiva per l'individuazione tanto dei principi supremi, quanto del contenuto assiologico dei diritti inviolabili»<sup>98</sup>.

Non è necessario, né opportuno, rievocare la distinzione tra principi e regole e le teorie dei diritti fondamentali che hanno portato alla loro proclamazione in termini di absolutezza e inviolabilità, essendo sufficiente acquisirne le conclusioni<sup>99</sup>.

I principi hanno il carattere della generalità e un ampio campo di applicazione, dovuto alla loro riconosciuta importanza e cioè al *peso* che gli stessi vantano<sup>100</sup>.

Si vedrà come tale “peso” non sia sempre determinabile a priori in modo astratto e assoluto ma dipenda dalla presenza di altri principi concorrenti o confliggenti.

Ciò è maggiormente evidente con riferimento all'effettività della tutela.

Per questo motivo la Corte di Giustizia ha spesso fatto ricorso al principio di proporzionalità per giustificare in alcuni casi le limitazioni dei diritti fondamentali nazionali imposte dalla necessità di perseguire obiettivi di armonizzazione dell'Unione europea.

In questi casi sono stati presi in considerazione i diritti fondamentali apparte-

<sup>98</sup> F. MODUGNO, *I «nuovi diritti»*, cit., p. 91 ss.; ID., *Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 199 ss.

<sup>99</sup> Tra le questioni *teorico-giuridiche* di massimo interesse vi sono senz'altro quelle relative alla definizione di diritto fondamentale e di diritto soggettivo e, ancor prima, quella dell'individuazione del contenuto dei *diritti*, del riconoscimento da parte degli ordinamenti giuridici di diritti fondamentali tra loro intrinsecamente contrapposti o comunque suscettibili di conflitto, nonché la possibilità di individuare un ordine gerarchico tra gli stessi e di distinguere la *violazione* di un diritto fondamentale, da una sua *limitazione* o *regolamentazione*. Quanto agli orientamenti espressi sulla distinzione tra principi e regole, si fa per lo più riferimento a una distinzione di tipo *forte* (qualitativa, ontologica, logica, ecc.) o piuttosto *debole* (quantitativa, di grado). La prima afferma l'esistenza di caratteristiche costantemente esibite dai principi, necessarie e sufficienti a distinguerli dalle regole, tra cui il notevole grado di *generalità* che li caratterizza (sono “norme senza fattispecie”, o con fattispecie “aperta”). La seconda si basa invece sulla impossibilità di delineare una distinzione netta e certa tra regole e principi.

<sup>100</sup> Sui principi generali del diritto e sui principi costituzionali, si ricordano i celebri studi di V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1941; ID., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952; ID., *I principi costituzionali sull'interpretazione e applicazione della legge*, in *Studi in onore di Santi Romano*, Padova, 1940; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1970; ID., *Costituzione*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1976, *ad vocem*; ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985. Sulla distinzione tra *principi* e *diritti*: G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, Milano, 1958; N. BOBBIO, *Principi generali del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 887 ss.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 543 ss.; F. SORRENTINO, *I principi generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. soc.*, 1987, p. 181 ss.

menti agli ordinamenti nazionali e la tutela di tali diritti è stata resa compatibile con gli scopi perseguiti dall'Unione, nonché con il principio dell'effetto utile<sup>101</sup>.

La disciplina di dettaglio di un diritto fondamentale è infatti inevitabilmente condizionata dal rispetto di diritti, principi o, più in generale, esigenze confliggenti con quel diritto, sicché il principio che fonda il diritto può subire alcune limitazioni o essere in parte sacrificato, pur rimanendo fermo il nucleo essenziale che caratterizza per l'appunto l'inviolabilità del diritto stesso.

Tale inviolabilità consiste nell'impossibilità di pregiudicarne il nucleo essenziale. Essa comporta il riconoscimento che i diritti fondamentali costituiscono altrettanti principi supremi dell'ordinamento<sup>102</sup>.

Ciò che rileva è pertanto la portata del principio e il contenuto dello stesso, oltre alle modalità della sua attuazione (*garanzie processuali*), che impone di avere riguardo alla giurisdizione e al processo come *luogo di attuazione della legge* nel caso concreto per l'imprescindibile legame tra principio di legalità ed effettività della tutela.

Per giurisprudenza costante il principio di effettività della tutela si ritiene rispettato ove: (i) la decisione finale sia resa in modo tempestivo e perciò utile, sia irrevocabile e garantisca la stabilizzazione degli effetti attribuendo al ricorrente vittorioso tutte le utilità allo stesso spettanti in base al diritto sostanziale; (ii) la decisione sia eseguita rapidamente (e, in caso contrario, che al ricorrente vittorioso sia data la possibilità di esperire un'azione di esecuzione per ottenere l'ottemperanza); (iii) nel corso del giudizio possa essere adottata ogni opportuna misura cautelare affinché la decisione possa attribuire tutte le utilità spettanti in base al diritto sostanziale.

I principi contenuti nella Costituzione attinenti alla materia della giustizia si traducono così in una serie di garanzie di carattere individuale, che riguardano il rapporto tra Stato e persona, e garanzie di carattere strutturale, relative all'assetto della giurisdizione.

Quest'ultimo aspetto è caratterizzato dalla interrelazione tra il potere giudiziario e la funzione giurisdizionale. Uno è rivolto a identificare i soggetti preposti all'esercizio dell'azione (profilo soggettivo della giurisdizione), l'altro è volto invece a specificarne l'attività svolta (profilo oggettivo della giurisdizione).

Dunque, anche il sistema nazionale conferma l'inquadramento del giusto processo tra i diritti fondamentali, nonostante in dottrina si siano distinti per lo più due orientamenti sul significato di giusto processo: quello che lo ha interpretato come una clausola di sintesi, priva di precettività, riferita alle garanzie presenti nell'ordinamento e operanti sia sul piano oggettivo dell'esercizio della funzione giudiziale-

---

<sup>101</sup> Tra i più recenti: D.U. GALETTA, *Le fonti europee (diritto dell'Unione europea e CEDU)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015; ID., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza*, ivi; G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.

<sup>102</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, p. 10 ss.

ria, sia sul piano soggettivo della persona sottoposta a procedimento penale<sup>103</sup>, e quello che invece ha riconosciuto un significato e una portata precettiva autonoma, che lo ha reso norma di apertura del sistema delle garanzie costituzionali sulla giurisdizione<sup>104</sup>.

Il quadro delineato da quest'ultima posizione, da ritenere senz'altro prevalente, è completato dalla previsione della riserva di legge contenuta nell'art. 111 Cost., la quale impone che i modelli processuali siano delineati dal legislatore ordinario al fine di tradurre le garanzie costituzionali (ed europee) finalizzando le proprie scelte alla realizzazione effettiva di tali garanzie<sup>105</sup>.

Del resto è evidente la rilevanza dei sistemi processuali nell'ordinamento perché istituzionalmente preposti all'amministrazione della giustizia, sicché occorre garantire che tutti i procedimenti giurisdizionali siano caratterizzati da "equità e giustizia"; elementi indispensabili per l'attuazione e il conseguimento della giustizia<sup>106</sup>. Non a caso il principio del giusto processo regolato dalla legge è stato definito un *principio a tessitura aperta*<sup>107</sup>, attraverso il quale il diritto costituzionale si lega al diritto processuale per il tramite della disciplina positiva del processo e delle garanzie apprestate dalla Costituzione, che costituiscono i limiti entro i quali al legislatore è data facoltà di disciplinare detto ambito.

##### 5. *Il giusto processo nel rapporto tra le fonti: la protezione dei diritti fondamentali nel sistema di tutela multilivello*

Nei precedenti paragrafi si è dato conto della configurazione del giusto processo attraverso l'esame delle singole norme che lo prevedono nelle varie fonti

<sup>103</sup> S. CHIARLONI, *Giusto processo e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, p. 493; ID., *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, *ivi*, 2008, 1, p. 129 ss.

<sup>104</sup> G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del "nuovo" art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 4, p. 1185 ss.; G. COSTANTINO, *Il giusto processo*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2002, 3, p. 244 ss.

<sup>105</sup> L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in *Jus*, 2000, p. 348 ss., il quale precisa che: «se il "processo" fosse di per sé "giusto", solo perché "regolato dalla legge" ... la portata garantistica del concetto costituzionale si arresterebbe alla prima (e più esterna) barriera protettiva, assumendo un significato puramente estrinseco e superficiale. È certo invece che il processo non possa dirsi "giusto", se non in quanto la "legge" da cui è comunque regolato, rispetti *ab intrinseco* le condizioni essenziali (...) dettate nel secondo comma dell'art. 111».

<sup>106</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit., p. 282; ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 46 ss.; N. TROCKER, *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, cit., p. 968.

<sup>107</sup> Così M. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2001, p. 606. Sull'evoluzione storica e sui lavori preparatori del progetto di revisione costituzionale del 1999, si veda F. PERCHINUNNO, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, cit. Con l'espressione utilizzata (principi a "tessitura aperta") ci si riferisce al fatto che i nuovi precetti del "giusto processo" non esauriscono la loro portata nel mero significato letterale, ma costituiscono gli elementi essenziali che devono caratterizzare ogni processo.



prese isolatamente, così come interpretate dalla giurisprudenza delle Corti.

Si è altresì dato atto della riferibilità del diritto-principio in oggetto alla categoria dei diritti *fondamentali* avendo riguardo sia alla sua collocazione nazionale che a quella europea.

In tutte le fonti di riferimento il diritto al processo equo è raffigurato come un diritto strutturale dell'ordinamento di appartenenza e gode perciò di una serie di tutele rafforzate.

Prima di esaminare le diverse "declinazioni" del giusto processo, che costituiranno oggetto del capitolo seguente, occorre quindi dare conto delle interrelazioni tra le diverse fonti che concorrono all'applicazione del principio-diritto in un sistema di tutele e garanzie crescenti, per poi valutare in concreto le ripercussioni sul "fronte interno" dei sistemi normativi e giurisdizionali europei nell'applicazione del diritto stesso<sup>108</sup>.

Si parte dal dato di fatto per cui la *valenza* del diritto è la medesima in ciascuna delle indicate fonti (mentre l'*estensione* del relativo ambito è parzialmente diversa). Esso può essere inquadrato tra i diritti fondamentali, ovvero tra quei diritti «il cui riconoscimento risulti assolutamente ineliminabile o indifferibile nell'assetto di una determinata convivenza, trattandosi di diritti irrinunciabili, indisponibili, o meglio (...) inviolabili»<sup>109</sup>.

Si può perciò dire che il "peso specifico" assunto dal diritto in ciascuna fonte sia lo stesso.

Questo comporta alcune conseguenze. In primo luogo va rilevato che il diritto in questione, al di fuori dei rapporti di preminenza tra le fonti di appartenenza, mostra una situazione "valoriale" di partenza del tutto analoga.

Un'altra considerazione, in deroga a quanto detto, ma che risiede anch'essa nel carattere fondamentale del diritto, attiene all'impossibilità anche per le fonti sovraordinate (e quindi *preminenti*) di incidere su valori e principi costituzionali ritenuti strutturali.

Tutte queste considerazioni si riassumono nell'esame del rapporto tra le diverse fonti fin qui citate.

Già anteriormente all'attuale assetto normativo, si riteneva che la tutela dei diritti dell'uomo entrasse in rilievo nel sistema eurounitario «anche nei confronti degli Stati, nella misura in cui il diritto fondamentale invocato si riallaccia a un

---

<sup>108</sup> G.A. BENACCHIO, *Fonti del diritto (dir. com.)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. I, Milano, 2007, p. 616 ss.; G. STROZZI, *Fonti (dir. com.)*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, vol. III, p. 2526 ss.; M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO (a cura di), *L'efficacia delle fonti comunitarie nell'ordinamento italiano: normativa, giurisprudenza e prassi*, Torino, 2003; G. GAJA, *Fonti comunitarie*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, p. 433 ss.; D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 89 ss.

<sup>109</sup> C. RUPERTO, *Relazione all'Incontro di studio tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee*, 4-5 aprile 2002, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

rapporto o a una situazione giuridica la cui disciplina costituisce l'oggetto specifico del trattato»<sup>110</sup>.

Tale obbligo veniva meno solo nei settori di competenza esclusiva degli Stati membri, ovvero in assenza di elementi di collegamento con una qualsiasi delle situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato.

L'ampliamento del catalogo dei diritti ha fatto sì che gli ordinamenti degli Stati membri si confrontassero con le fonti europee coerentemente con l'idea di un ordine unitario, sia pure risultante da una pluralità di ordinamenti giuridici, sotto i profili *strutturale* e *teleologico*<sup>111</sup>.

Così, al rafforzamento dei diritti a livello interno, si è accompagnato il processo di "sovranazionalizzazione" degli stessi, in coincidenza con la graduale affermazione dell'idea della protezione dei diritti come specifico compito dell'Unione europea che ha progressivamente riconosciuto nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia i diritti fondamentali come complementi indispensabili dello spazio unico europeo.

Ne è testimonianza l'art. 67 del TFUE, collocato nell'ambito del Titolo V, dedicato, appunto, allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia realizzato dall'Unione «nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». Ciò avviene facilitando l'accesso alla giustizia, in particolare attraverso il principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali in materia civile.

Le caratteristiche di *coerenza* e *completezza* di un ordinamento giuridico, e soprattutto le relazioni di coerenza tra le norme, vanno perciò oggi misurate sulla base dell'appartenenza degli Stati membri all'Unione europea e all'adesione degli stessi alla Convenzione europea per i diritti e le libertà fondamentali.

Lo sguardo al sistema delle fonti del diritto e ai relativi piani di intervento consente l'esame integrato di un sistema di tutela dei diritti, essenzialmente strutturato su tre piani: quello dell'Unione europea, quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e i livelli nazionali<sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Trabucchi, 2 giugno 1976, in C 118/75, *Watson e Belmann*, pt. 5.

<sup>111</sup> Ciò corrisponde alla nozione di ordinamento legato all'idea di ordine in un duplice significato: *strutturale*, in quanto sistema insieme ordinato di parti, e *teleologico*, cioè finalistico in quanto volto alla produzione di un ordine sociale: è l'«*ordo ordinans* e *ordo ordinatus*». In questi termini, F. MODUGNO, *Ordinamento, diritto, Stato*, cit.

<sup>112</sup> F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005; G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni della rivista – Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 2001. In senso critico con riferimento all'uso del termine multilivello, in quanto implica una connotazione gerarchica che descrive solo in modo parziale il fenomeno, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'Amministrazione europea*, Torino, 2013, p. 27. L'A. rileva che, più che un rapporto gerarchico, nell'Unione vi è «una pluralità di arene, più o meno ampie. In esse si realizza una varietà di forme di interazione tra i vari pubblici poteri: integrazione, cooperazione, competizione»; ID., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma,

Ma il “trasferimento” della garanzia dei diritti fondamentali dai singoli ordinamenti statuali a quello dell’Unione non è esente da problematiche applicative.

Il rapporto tra fonti non è infatti governato da un vero e proprio criterio “gerarchico”; ad esso si sostituiscono piuttosto i criteri della *rilevanza*, della *preminenza* e dell’*applicazione uniforme* del diritto dell’Unione. Ciò in quanto il nuovo assetto ha affiancato al criterio della gerarchia quello della competenza<sup>113</sup>.

Si perde così l’elemento di certezza dato da un criterio forte come quello gerarchico e, in sua assenza, si rende necessario cercare in altro modo l’equilibrio nella composizione delle fonti.

Anzitutto va detto che con il termine tutela multilivello dei diritti fondamentali, indica comunemente «il complesso di istituti di origine normativa e giurisprudenziale, attraverso i quali si articolano le competenze e le relazioni tra le varie istanze giurisdizionali degli ordinamenti nazionali e sovranazionali davanti a cui è possibile far valere la tutela dei diritti fondamentali»<sup>114</sup>.

Essa include l’idea che c’è diritto costituzionale in presenza di libertà fondamentali e diritti tutelati. I diritti fondamentali vengono cioè riconosciuti proprio in virtù della disciplina costituzionale, che assicura anche la relativa garanzia giurisdizionale.

È così che, quella che è stata definita una *federalizzazione dei diritti*<sup>115</sup>, può portare a una tutela “a geometria variabile” degli stessi, che ne determina la differenziazione e la graduazione nei diversi contesti in cui si fanno valere.

La creazione di più piani di tutela dei diritti in generale e del diritto in esame in particolare, ha prodotto effetti rilevanti anche nei confronti dei giudici, chiamati a indossare un “doppio cappello”<sup>116</sup>, ossia a dover rendere conto ai giudici superiori delle soluzioni interpretative prescelte<sup>117</sup>.

L’importanza dell’interpretazione risiede nell’applicazione del diritto stesso.

---

2003; ID., *European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, in *Heidelberg Journal of International Law* (70), 2010, 1, p. 284.

<sup>113</sup> In questi termini, R. BIN, *L’interpretazione conforme come canone ermeneutico. Due o tre cose che so di lei*, in *Riv. AIC*, 2015. L’A. rinvia proprio alle relazioni tra norme dell’Unione e norme interne, per lo più caratterizzata in termini di *preminenza* perché «i principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto dell’Unione guardano ai risultati, non alle modalità con cui si producono o alla definizione del rango delle fonti».

<sup>114</sup> A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, cit. Sul punto si vedano anche A. D’ATENA, *Costituzionalismo moderno e tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 25 ss.; ID., *Tutela dei diritti, Costituzione europea e giustizia costituzionale: alcuni spunti per un modello integrato*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 365.

<sup>115</sup> Così A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in *www.federalismi.it*, 2013, 1.

<sup>116</sup> L’espressione è di RODRÍGUEZ-IGLESIAS, nell’intervento all’incontro di studio tra la Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità europee, Corte cost., 4-5 aprile 2002, in *www.cortecostituzionale.it*.

<sup>117</sup> S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit.; S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

Essa si evidenzia maggiormente nei casi di contrasto tra due o più diritti che vengono in rilievo nella medesima fattispecie e che perciò implicano un bilanciamento. È per questo che occorre raggiungere una convergenza sulla natura e sulla portata dei diritti “condivisi” tra i diversi ordinamenti<sup>118</sup>.

È decisivo a tal proposito l’apporto giurisprudenziale e il rapporto tra la Corte di Giustizia e la Corte EDU nella definizione e nell’applicazione delle disposizioni sin qui esaminate, al fine di comprenderne l’incidenza sul sistema interno di garanzie<sup>119</sup>.

Del resto è proprio attraverso l’opera interpretativa della Corte di Giustizia che i diritti interni vengono conformati ai principi europei e viene così garantito un sistema integrato di tutela nel quadro della piena attuazione della *legalità europea*<sup>120</sup>.

Il dialogo tra le Corti assume maggiore rilievo in ragione dell’idea di Costituzione, non più “autosufficiente” ma «consapevole della propria finitezza ed imperfezione»<sup>121</sup>.

Tale consapevolezza impone di realizzare un *ordine intercostituzionale* composto da ordinamenti distinti ma tra loro integrati, che concorrono alla «incessante rigenerazione semantica dei materiali normativi espressivi dei diritti»<sup>122</sup>.

La sfida è però complessa, in considerazione del moltiplicarsi delle Corti, dei diritti e dei relativi mezzi di tutela giurisdizionale.

Occorre pertanto analizzare le interazioni tra le fonti, il cui rapporto non è affatto scontato.

<sup>118</sup> Ricordava N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., p. 11 ss. che sono pochi i diritti «privilegiati», cioè «non posti in concorrenza con altri diritti pur essi fondamentali, quelli [cioè] che non vengono sospesi in qualche circostanza o negati per qualche categoria di persone (...) in altre parole sono pochi i diritti ritenuti fondamentali che non vengano posti in concorrenza con altri diritti ritenuti pur essi fondamentali, e che non impongano pertanto, in certe situazioni e con riguardo a particolari categorie di soggetti, una scelta». Parimenti interessante, ma al di fuori del campo della presente trattazione, è il percorso compiuto dall’A. per la «ricerca di un fondamento assoluto», per concludere per il carattere illusorio della stessa, stante l’impossibilità per due diritti fondamentali ma antinomici di vantare un fondamento “assoluto”, cioè che renda «un diritto e il suo opposto entrambi inconfutabili e irresistibili».

<sup>119</sup> S. GAMBINO, *Diritti fondamentali, fra Unione europea e Costituzione italiana*, in *Panóptica*, 2010, 18; S. PAJNO, *L’integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Torino, 2001.

<sup>120</sup> La legalità europea ha riguardo non solo alle regole che derivano dal diritto europeo, ma in buona parte anche dal diritto nazionale. La giurisprudenza europea, infatti, spesso «induce – o dichiara di indurre – i principi dai diritti nazionali, li rielabora e li restituisce filtrati agli ordinamenti degli stati membri, producendo una omogeneizzazione dei loro diritti». Così B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l’autotutela amministrativa*, Relazione al 53° convegno di studi amministrativi su “*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*”, Varenna, 20-22 settembre 2007, in [www.aspid-online.it](http://www.aspid-online.it).

<sup>121</sup> L’espressione e le citazioni sono di A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit.; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 7, p. 955 ss.

<sup>122</sup> A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit.

Il primo chiarimento proviene dagli ambiti di operatività di ciascuna fonte.

Prendiamo in esame la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, successivamente, si proseguirà con l'ordine in precedenza seguito.

L'oggetto e l'ambito di applicazione della CEDU sono implicitamente ricavabili dall'art. 1 della Convenzione stessa, recante l'«obbligo di rispettare i diritti dell'uomo». Tale articolo stabilisce che le parti contraenti riconoscono a ogni persona soggetta alla propria giurisdizione i diritti e le libertà definiti in Convenzione.

Lo scopo dichiarato è quello di salvaguardare e contribuire allo sviluppo dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottando misure atte ad assicurare la garanzia collettiva dei diritti enunciati.

L'interpretazione di tali diritti è prerogativa della Corte EDU, che ne chiarisce l'estensione e l'applicazione.

Le disposizioni della Convenzione e l'interpretazione delle stesse fornita dalla Corte EDU svolgono anche una funzione di indirizzo rispetto ai corrispondenti, ma non sempre coincidenti, precetti delle Carte costituzionali nazionali, sicché «la lente che il buon giudice deve usare è quella che lo pone di fronte alle fonti normative nelle quali il giusto processo è stato riconosciuto, conoscendole e dando ad esse piena attuazione»<sup>123</sup>.

I rapporti tra CEDU e ordinamento nazionale sono definiti dall'art. 117, comma 1, Cost., su cui si fonda il riconoscimento della natura di parametro interposto alle norme di adattamento ai trattati internazionali e a cui consegue l'obbligo per il giudice di interpretazione conforme agli obblighi internazionali.

A questo si aggiunga che l'art. 6 CEDU per l'ordinamento interno ha assunto una importanza ancora maggiore da quando la Corte costituzionale, con le decisioni nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 ha riconosciuto per la prima volta alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il valore di *norme interposte*, che integrano il parametro costituzionale (art. 117, comma 1, Cost.), nella parte in cui lo stesso dispone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> L'espressione è di R. CONTI, *Il giusto processo avanti al giudice ordinario e contabile: questioni comuni*, cit. L'A. sottolinea come il nuovo ruolo del giudice lo renda sempre più propenso alla concreta attuazione delle Carte dei diritti, nonostante la difficoltà di tale operazione, che appare tutt'altro che «facile e piana», risultando viceversa «disseminata di insidie». Il ruolo del giudice nell'attuazione del giusto processo è comune a tutti i tipi di processo. Lo testimonia l'adozione del Codice della giustizia contabile con d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, che riprende i principi – tra cui, per l'appunto, quello del giusto processo – di cui al codice del processo amministrativo.

<sup>124</sup> Nel par. 4.7 del Considerando in diritto della richiamata sentenza n. 348 si legge che la Consulta deve effettuare un doppio controllo consistente nel «verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe, e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta». Tra le note alle citate sentenze si ricordano, senza pretesa di esaustività: F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti*

È proprio il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali e, in particolare, della Convenzione ai sensi del richiamato art. 117, comma 1, Cost. (oltre che degli artt. 2, 10 e 11 Cost.), che porta a interventi di interpretazione c.d. *convenzionalmente orientata* della normativa interna<sup>125</sup>.

L'incidenza di queste disposizioni sull'impianto costituzionale dei diritti è stata significativamente sintetizzata dalla Corte nell'affermazione dell'«improrogabile necessità che l'ordinamento predisponga adeguate misure atte a riparare, sul piano processuale, le conseguenze scaturite dalle violazioni dei principi della Convenzione in tema di “processo equo”, accertate da sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo»<sup>126</sup>.

Nel diritto europeo risiede l'interpretazione evolutiva delle disposizioni nazionali e l'impulso alla modifica che spesso ne ha caratterizzato la riforma, come è avvenuto proprio per l'art. 111 Cost.

Ma, a differenza del diritto dell'Unione europea, in riferimento al quale opera l'art. 11 Cost., la CEDU può vincolare lo Stato italiano in quanto fonte internazionale pattizia, ma non si può imporre direttamente sulle norme di legge interna.

La CEDU «non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale (...) da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti (...) per tutte le autorità interne degli Stati membri»<sup>127</sup>.

Ne consegue che, qualora il giudice interno ravvisi un contrasto tra una disposizione nazionale e una disposizione convenzionale, deve in primo luogo cercare la soluzione in via interpretativa. Ove ciò non sia possibile, viene sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. per il tramite della disposizione CEDU invocata come norma interposta.

---

*del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario), in Foro it., 2008, I, c. 40 ss.; M. CARTABIA, Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici, in Giur. cost., 2007, p. 3573 ss.; V. SCIARABBA, Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali e internazionali, ivi, p. 3579 ss.; A. GUAZZAROTTI, La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117, comma 1, Cost., ivi, 2008, p. 3574 ss., M. LUCIANI, Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale, ivi, p. 201 ss.; V. MAZZARELLI, Corte costituzionale e indennità di esproprio: «serio ristoro» e proporzionalità dell'azione amministrativa, ivi, p. 32 ss.; F. SORRENTINO, Apologia delle “sentenze gemelle” (brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2997 della Corte costituzionale), in Dir. soc. 2009, p. 213 ss.; F. MANGANARO, L'indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo, in [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it).*

<sup>125</sup> V. GAFFURI, *Gli effetti dell'art. 117.1 Cost. sul sistema di protezione dei diritti*, in G. ROLLA (a cura di), *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e il rapporto tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, p. 307 ss.

<sup>126</sup> Corte cost., n. 129/2008, par. 3 del Considerando in diritto.

<sup>127</sup> Corte cost., 3 luglio 2007, n. 348, par. 3.3 del Considerando in diritto.

A sua volta, il giudice delle leggi esaminerà la disposizione della Convenzione europea nel significato che le è stato attribuito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, verificando che il contenuto della stessa non sia in conflitto con altre norme costituzionali. È fatto salvo il «margine di apprezzamento nazionale», che consente agli Stati membri, entro certi limiti, di scegliere diverse modalità di attuazione dei diritti protetti dalla Convenzione proprio al fine di riequilibrare i rapporti di potere fra la Corte europea e gli ordinamenti nazionali<sup>128</sup>.

Si profila perciò il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Convenzione e, al tempo stesso, alla Costituzione «poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»<sup>129</sup>.

Da qui il diverso grado di incidenza del diritto CEDU e del diritto dell'Unione europea.

Proseguiamo nell'analisi delle fonti. La seconda fonte esaminata, attraverso il rinvio all'art. 47, è la Carta di Nizza, che ha acquisito forza vincolante con il Trattato di Lisbona, con cui è stata equiparata al diritto primario dell'Unione europea.

Per ciò che attiene all'*oggetto*, la Carta si riferisce ai medesimi diritti di cui si occupano una serie di altre fonti. Per ciò che invece riguarda l'*ambito di applicazione*, la Carta si applica all'Unione e agli Stati membri «nell'attuazione del diritto dell'Unione» (art. 51).

L'art. 47 individua come destinatari dei precetti contenuti nella Carta sia le istituzioni e gli organi dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà, che gli Stati membri *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*.

Ciò avviene «secondo le rispettive competenze», in considerazione del fatto che la Carta «non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati» (art. 51, par. 2).

Un'altra importante indicazione è rintracciabile nella previsione dell'art. 53 della Carta, secondo cui nessuna delle disposizioni ivi previste deve essere interpretata come «limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali, delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

---

<sup>128</sup> In proposito il Protocollo n. 15 CEDU, prevede che gli Stati, al fine di garantire «conforme al principio di sussidiarietà» il «rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella presente convenzione e nei suoi protocolli», «godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>129</sup> Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, la quale sottolinea anche che «il più delle volte l'auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, offrirà una soluzione al caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti».

Queste disposizioni offrono tre indicazioni essenziali.

La prima è quella per cui la Carta si applica *esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione*, non dunque anche a fattispecie non previste e disciplinate dallo stesso. In questo modo ne viene circoscritto l'ambito di applicazione.

La seconda indicazione è quella per cui la Carta *non introduce nuove competenze né modifica le competenze e i compiti definiti dai Trattati*.

La stessa precisa ulteriormente che le relative disposizioni non possono essere intese in senso *limitativo o lesivo* dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti dalle convenzioni e, in particolare, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Tuttavia nonostante l'espressa garanzia per cui la Carta non estende i diritti fondamentali dell'Unione, l'ancoraggio alle competenze esercitabili non è risolutivo ai fini della restrizione del compito attribuito alla stessa. Tale compito presenta elevati profili di problematicità in considerazione del ruolo chiave svolto dalla Carta all'interno di uno spazio giuridico (e giudiziario) europeo multilivello di protezione dei diritti fondamentali<sup>130</sup>.

Uno dei problemi riguarda la possibile estensione della disciplina più favorevole della Carta a quelle fattispecie alle quali la stessa, per forza propria, non si applicherebbe.

Un'altra questione attiene poi al tipo di efficacia: mentre è pacifica quella "verticale", riferita ai rapporti tra soggetti privati e Unione o tra soggetti privati e Stati membri, non lo è anche quella "orizzontale", relativa ai rapporti tra cittadini.

Con riferimento ai diritti fondamentali occorre comporre le ipotesi in cui i livelli di protezione degli stessi risultano diversificati da una fonte all'altra e quelle in cui il contrasto tra due o più diritti fondamentali viene disciplinato con soluzioni opposte.

Ciò corrisponde all'evoluzione dell'ordinamento europeo rispetto alle missioni originarie, che ha determinato l'inclusione della garanzia dei diritti fondamentali fra i propri compiti.

È significativa a tale proposito la decisione della Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in cui si afferma che «il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso (...) il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». Mentre la Corte EDU «è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento ai singoli diritti, i diversi valori in giuoco, [la Corte costituzionale] opera una va-

<sup>130</sup> A. DI STASI, *L'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'Unione europea: ancora a proposito dell'interpretazione dell'articolo 51, paragrafo 1*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, 3, p. 445 ss. Sul punto, si veda G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'Amministrazione europea*, cit., p. 1.



lutazione sistemica, e non isolata dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata»

Ciò spiega il motivo per cui in questo contesto acquista maggiore intensità la forza prescrittiva del vincolo di interpretazione “conforme”<sup>131</sup>.

La «conformità» esprime una duplice valenza: *descrittiva* e *prescrittiva*, in quanto orienta l’interpretazione<sup>132</sup>. In altre parole, i rapporti tra i diversi ordinamenti sono sempre fatti oggetto dal punto di vista della Costituzione, in modo tale che il primato del diritto europeo sul diritto interno sia inteso *secondo Costituzione*.

Descritto l’ambito di applicazione di ciascuna fonte di riferimento, occorre esaminare l’interazione tra le stesse e, dunque, il rapporto tra gli ordinamenti interni e l’ordinamento europeo.

Lo Stato democratico, i cui valori fondanti sono riassumibili nei principi supremi dell’ordinamento, si potrebbe trovare dinanzi a situazioni che vedono incisi tali valori per effetto del principio del primato del diritto dell’Unione.

Questo ha determinato lo scontro tra la pretesa della Corte costituzionale di imporre anche al diritto europeo, i (contro)limiti di tutela apprestati dal diritto costituzionale nazionale come “meccanismo difensivo interno”, e l’opposta rivendicazione da parte della Corte di Giustizia di far valere il rispetto dei diritti fondamentali nei confronti di atti nazionali posti in esecuzione della normativa europea.

La nota teoria dei c.d. controlimiti impone infatti alle fonti europee, nonostante la loro forza para-costituzionale, di misurarsi con la resistenza alla *primauté* dei principi supremi e dei diritti inviolabili degli ordinamenti nazionali.

La “cessione di sovranità” opera entro confini ben precisi, oltre i quali deve prevalere la difesa dei principi supremi della Costituzione poiché l’esistenza di tale limite è implicito nello stesso principio di attribuzione, che impone «a qualunque potere “delegato” dalla Costituzione di tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*»<sup>133</sup>.

---

<sup>131</sup> R. BIN, *L’interpretazione conforme*, cit., il quale significativamente così si esprime: «che le valutazioni di ciascun organo in merito alle precedenze tra i diritti possano divergere è, non un rischio, ma una certezza [e] siccome l’ordinamento giuridico e i suoi interpreti non amano la schizofrenia, si cerca di nascondere questa complessità potenzialmente conflittuale tessendo un mantello irenico con i fili del “dialogo”, dell’integrazione e del perseguimento del livello più elevato di tutela dei diritti». Di particolare interesse è anche il saggio di A. RUGGERI, *L’interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registrati nell’esperienza, gli auspicabili rimedi*, in *www.federalismi.it*, 2005, p. 10. Sul punto si rinvia alla Parte II, Capitolo unico, par. 2.

<sup>132</sup> A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell’interpretazione conforme*, in M. D’AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009, p. 388. L’A. sottolinea il legame tra la *validità del parametro* e la *conformità dell’oggetto*: la prima è condizione della seconda. La teoria delle fonti fonda e condiziona la teoria dell’interpretazione.

<sup>133</sup> R. BIN, *L’interpretazione conforme come canone ermeneutico*, cit.

Ciò è conforme alla nozione di Costituzione quale idea di un principio supremo dell'intero ordinamento statale ed essenza della comunità costituita da quest'ordinamento<sup>134</sup>.

La necessità di comparare le modalità e l'intensità della protezione dei diritti fondamentali interni rispetto alle forme di riconoscimento e di protezione dei diritti dell'Unione e di quelli internazionali-convenzionali porta a considerare i principi e i diritti fondamentali come nucleo compatto del costituzionalismo, che si pone come "controlimite" al primato e alla diretta applicabilità del diritto dell'Unione attraverso un controllo di costituzionalità che si estende a qualsiasi norma del Trattato.

In caso di contrasto fra norme europee e principi generali dell'ordinamento costituzionale, viene garantita l'intangibilità del "nucleo essenziale" dei diritti garantiti.

La sentenza *Fragd*<sup>135</sup> ricorda come, pur essendo riconosciuto l'ampio ed efficace sistema di tutela giurisdizionale europeo dei diritti e degli interessi dei singoli, di cui il ricorso alla Corte di Giustizia costituisce lo strumento più importante, i diritti fondamentali desumibili dai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono parte integrante ed essenziale dell'ordinamento europeo. Dunque, non può venire meno la competenza della Corte costituzionale a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato si ponga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale.

In senso opposto, la Corte di Giustizia rileva la necessità che l'interpretazione dei diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione.

Ispirandosi alla necessità di difendere l'autonomia del diritto dell'Unione, la Corte di Giustizia aveva affermato l'applicabilità degli *standard* di tutela più elevati ai sensi dell'art 53 della Carta «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretato dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»<sup>136</sup>.

Questo passaggio è particolarmente rilevante per quanto si dirà sull'autonomia processuale degli Stati membri e sul rapporto tra il diritto al giusto processo in ambito nazionale e la sua previsione a livello europeo in termini di rafforzamento della garanzia individuale del singolo.

Proseguendo nella disamina delle questioni connesse alla compresenza di una pluralità di fonti di riferimento, occupa un posto di rilievo il rapporto tra l'Unione e la CEDU, che sconta la mancata adesione della prima alla seconda.

La questione non è affatto nuova per la dottrina, che ha oscillato tra una in-

<sup>134</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano, 1981.

<sup>135</sup> Corte cost. 21 aprile 1989, n. 232, *Fragd c. Amministrazione Finanze*.

<sup>136</sup> CGUE, 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni c. Ministero Fiscal*.

interpretazione strettamente formale e una maggiormente estensiva, per cui si riteneva che l'Unione avesse aderito alla CEDU sulla base della sola previsione del nuovo par. 2 dell'art. 6 del TUE, in virtù del quale: «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»<sup>137</sup>.

In senso contrario si è però espressa la Corte di Giustizia con il parere 2/13 del 18 dicembre 2014, relativo alla conformità ai Trattati del progetto di accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Le motivazioni si riassumono nella possibilità di un simile accordo di «attentare» alle caratteristiche specifiche e all'autonomia del diritto dell'Unione, dal momento che, in caso di adesione, la Convenzione vincolerebbe le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri e formerebbe parte del diritto dell'Unione<sup>138</sup>. In questo contesto, da un lato, l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte EDU vincolerebbe l'Unione e tutte le sue istituzioni e, dall'altro, l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia di un diritto riconosciuto dalla convenzione non vincolerebbe la Corte EDU.

Le criticità sono dovute essenzialmente all'assenza di una base giuridica idonea a consentire l'adesione dell'Unione, stante la peculiare natura della stessa<sup>139</sup>.

La Corte di Giustizia e la Corte EDU intervengono sempre più spesso in settori rilevanti quale quello dei processi nazionali con l'effetto di uniformare progressivamente i livelli di tutela nei confronti dell'azione dei soggetti pubblici, anche in considerazione del fatto che la tutela giurisdizionale è terreno di attuazione della legalità<sup>140</sup>.

In relazione al rapporto tra i giudici nazionali e le Corti europee, è stato sottolineato che i giudici nazionali possono senz'altro essere considerati come «giudici

---

<sup>137</sup> In senso critico, A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, cit. il quale rileva che l'adesione dell'Unione alla CEDU non è ancora avvenuta e dovrebbe comunque avvenire secondo l'iter procedurale delineato dal Protocollo 8 allegato al Trattato di Lisbona.

<sup>138</sup> Nel parere la Corte ha evidenziato come una simile ingerenza nel campo di applicazione materiale del diritto eurounitario sarebbe illegittimo per tre ragioni fondamentali: l'assenza all'interno delle disposizioni contenute nel progetto di accordo di un meccanismo di coordinamento fra la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, l'equiparazione dell'Unione ad uno Stato e il rapporto tra Stati membri ai fini del controllo reciproco e il mancato coordinamento tra il Protocollo 16 alla CEDU e il rinvio pregiudiziale.

<sup>139</sup> Tra i vari contributi, si ricordano quelli di C. ZANGHÌ, *La mancata adesione dell'Unione europea alla CEDU nel parere negativo della Corte di Giustizia UE*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, 1; F. CHERUBINI, *Qualche riflessione in merito alle prospettive di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo alla luce del parere 2/13 della Corte di Giustizia*, *ivi*, 2015, 2.

<sup>140</sup> G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, spec. pp. 13-14; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994, p. 86.

comunitari» quando le controversie coinvolgono situazioni conformate dal diritto dell'Unione<sup>141</sup>.

L'inquadramento appena fornito è funzionale a chiarire i rapporti tra le norme esaminate nei paragrafi precedenti (artt. 6 CEDU, 47 Carta di Nizza e 111 Cost.).

Si è detto che, con il Trattato di Lisbona, i *diritti fondamentali* sono entrati a far parte del diritto dell'Unione in quanto *principi generali* che vengono in rilievo solo in riferimento a fattispecie alle quali è applicabile il diritto eurounitario.

Dunque, sicuramente l'art. 47 della Carta di Nizza, opera con riferimento esclusivo a fattispecie alle quali risulta applicabile il diritto dell'Unione.

Parte della giurisprudenza non ha però mancato di sottolineare che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, i principi dell'effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 6 e 13 CEDU sono divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, anche sulla scorta della previsione di cui all'art. 6, paragrafo 3 del TUE come modificato dal Trattato di Lisbona, il quale prevede che «i diritti fondamentali, garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»<sup>142</sup>.

<sup>141</sup> M. CARTABIA, J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 55.

<sup>142</sup> In tal senso, tra le tante pronunce, si veda Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1220, in *Giustamm*, con note di A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, cit. e di R. SESTINI, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla nota del Prof. Alfonso Celotto sulla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*. In senso critico: A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in *www.rivistaaic.it*, il quale, in riferimento all'affermazione del richiamato Consiglio di Stato circa la diretta applicabilità nel sistema nazionale delle disposizioni della CEDU, equiparata a «un sassolino che rotolando rischia di produrre una frana», prende una posizione cauta nei confronti di tale filone giurisprudenziale e della conclusione dallo stesso raggiunta, per cui al giudice comune si attribuisce il potere di procedere in via immediata e diretta alla disapplicazione [delle leggi statali contrastanti] in favore del diritto eurounitario, previa eventuale pronuncia del giudice europeo «ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno». Il presupposto per il quale la Carta di Nizza o la CEDU possano trovare diretta applicazione è «l'esistenza di una fattispecie comunitariamente rilevante. In assenza di tale presupposto, la Carta non è «più applicabile» della CEDU da parte del giudice nazionale come da parte di quello dell'Unione. Se al contrario la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione dell'Unione e si profila un contrasto con un diritto garantito dalla CEDU (...) il giudice interno, al pari di quello europeo, sarà tenuto a rilevare tale contrasto con esiti omologhi a quanto accadrebbe se il contrasto fosse con una disposizione della carta di Nizza». Sulla applicabilità delle disposizioni della Carta di Nizza agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, si veda CGUE, ord., 1 marzo 2011, in C-457/09, *Chartry*. Sul punto si veda anche R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2011 (molto evocativo in proposito, il passaggio in cui si legge: «nell'operare quotidiano [del giurista] forse prevale la «contaminazione» tra i sistemi [normativi] o forse meglio la loro *confusione*. Il fenomeno a cui si assiste può essere illustrato ricorrendo al *principio di entropia* ... [che in fisica] indica la tendenza del sistema verso il maggior «disordine»»).

Tale affermazione è tuttavia suscettibile dei limiti sin qui evidenziati. Il senso della previsione e del rapporto tra le disposizioni è sempre più spesso rimesso alla giurisprudenza.

Con specifico riferimento al *processo equo*, viene in rilievo anche la tematica degli effetti della violazione del giusto processo e dell'individuazione delle sue conseguenze, se cioè la violazione di tale garanzia sia di per sé idonea a produrre un vizio processuale oppure se essa debba aver effettivamente prodotto una reale incidenza sulla decisione della causa (questione rilevata anche a livello procedimentale con riferimento al c.d. contraddittorio endoprocedimentale), con una oscillazione di soluzioni offerte<sup>143</sup>.

Il discorso è ben più ampio e coinvolge sia profili connessi ai rapporti tra legalità ed effettività sotto l'aspetto dei possibili deficit di tutela, sia questioni riferibili al delicato equilibrio tra autonomia processuale degli Stati membri e primato del diritto dell'Unione europea.

#### 5.1. (segue). *Il giusto processo tra diritto europeo e sistemi processuali nazionali: il principio dell'autonomia processuale. Cenni*

Il rapporto tra le fonti di riferimento e la reciproca influenza introduce un ulteriore e complesso tema: quello dell'autonomia (procedurale e) processuale degli Stati membri ovvero la facoltà di disciplinare i sistemi processuali nazionali e i limiti che tale facoltà può subire per effetto dell'appartenenza all'Unione.

In particolare, ci si chiede se l'autonomia, ovvero la capacità degli Stati di autodeterminarsi, sia piena o se piuttosto si debba intendere limitata per effetto della possibilità dell'Unione di intervenire nella tutela dei diritti fondamentali per conformarla agli *standard* minimi e, per altro verso, dai principi generali dell'Unione.

La questione necessita di una premessa sull'*autonomia istituzionale*, riconosciuta in via interpretativa, pur in modo non univoco nella descrizione del relativo contenuto.

Il concetto di autonomia istituzionale è stato infatti variamente utilizzato per definire gli assetti organizzativi nazionali o la libertà degli Stati membri di scegliere le modalità di esecuzione del diritto europeo<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> Talvolta la giurisprudenza ha evidenziato che la nullità dell'atto adottato in spregio a tale garanzia determina la nullità solo quando emerge che il rispetto del giusto procedimento avrebbe determinato un risultato diverso da quello raggiunto dall'atto (da ultimo, CGUE, 14 luglio 2015, ord., C-84/14 P), talaltra è stata invece esclusa la violazione dell'art. 6 CEDU in assenza di prova sul pregiudizio conseguente alla sua inosservanza (CGUE, 21 giugno 2005, *Milotová c. Rep. Ceca*).

<sup>144</sup> Tale concetto costituisce per lo più frutto dell'elaborazione dottrinale. Secondo G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, p. 22, proprio in attuazione del principio di autonomia istituzionale è attribuito agli Stati membri il potere di stabilire l'assetto e il funzionamento delle amministrazioni nazionali. Per una ricostruzione delle diverse qualificazioni attribuite al concetto, riferite a molteplici aspetti del principio, e per la sua differenziazione dal concetto di autonomia procedurale, si veda M. LOTTINI, *Principio di autonomia istituzionale e pub-*

L'idea di una autonomia istituzionale è infatti connaturata alla nozione stessa di Stato, cui è riconosciuto il potere di stabilire l'assetto e il funzionamento interno delle amministrazioni nazionali e dei sistemi di tutela rimediabile (secondaria) volti a sanzionare la violazione dei principi di legalità e buon andamento nell'esercizio dell'azione amministrativa<sup>145</sup>.

Essa si deve misurare con l'ordinamento eurounitario in considerazione dell'appartenenza dello Stato all'Unione europea.

Sotto questo profilo, il contenuto dell'autonomia istituzionale può includere l'obbligo degli Stati membri di dare piena effettività ai principi eurounitari per i quali non siano state previste specifiche misure di armonizzazione e di adottare tutte le misure necessarie all'applicazione delle norme del diritto dell'Unione europea, nel caso in cui siano stati adottati atti di armonizzazione<sup>146</sup>.

Questo profilo dell'autonomia istituzionale la rende uno strumento di recepimento a livello nazionale dei principi eurounitari conformemente al principio di leale cooperazione.

Non è necessario ripercorrere il dibattito dottrinario circa l'esatto contenuto dell'autonomia istituzionale, ma è utile il richiamo allo stesso per comprendere il concetto di autonomia procedurale (e, quindi, anche di autonomia processuale), in riferimento al quale lo stesso è per la verità spesso usato alla stregua di un sinonimo<sup>147</sup>.

Sembra che si possa individuare nella prima un concetto più ampio, comprensivo degli aspetti più strettamente procedurali e processuali.

L'*autonomia procedurale* degli Stati membri include, in una delle sue accezioni, la possibilità per gli Stati membri di disciplinare autonomamente i procedimenti nazionali mentre l'autonomia processuale indica l'autonoma determinazione delle regole processuali<sup>148</sup>.

I principi, seppur variamente ricostruiti nei loro contenuti essenziali, sono pacificamente riconosciuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in cui si trovano riferimenti espressi all'autonomia procedurale e all'autonomia processuale.

La Corte di Giustizia ha infatti progressivamente espresso il principio per cui

---

*bliche amministrazioni nel diritto dell'Unione europea*, in corso di pubblicazione, e la bibliografia *ivi* citata, in cui si rileva che, da una parte, si riconduce all'autonomia istituzionale la libertà degli Stati membri di definire gli assetti organizzativi nazionali; dall'altra, la libertà degli Stati membri di scegliere le modalità di esecuzione del diritto europeo, nonché di individuare i soggetti competenti.

<sup>145</sup> A. MASSERA, *I principi generali*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, parte generale, vol. I, II ed., Milano, 2007.

<sup>146</sup> In tal senso si vedano le Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Léger, presentate il 19 settembre 1996, nella causa *Sutton*, C-66/95, par. 65.

<sup>147</sup> Si ritrova l'utilizzo del doppio termine "*autonomia istituzionale e autonomia processuale*" nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Melchior Wathelet del 16 settembre 2015, in C-419/14, pt. 34. Di autonomia istituzionale parla anche – tra i più recenti – l'Avvocato generale Niilo Jääskinen, Conclusioni del 30 giugno 2015, in C-276/14.

<sup>148</sup> Cfr. Parte II.

in materia procedurale (e processuale) i singoli ordinamenti nazionali possono scegliere le soluzioni che preferiscono se non sussistono specifiche previsioni di fonte europea e a condizione che la tutela dei diritti che discendono dall'ordinamento comunitario sia di livello almeno pari a quella degli altri diritti e, in ogni caso, non venga resa eccessivamente difficile.

I legislatori nazionali definiscono quindi in piena autonomia i modelli processuali dei singoli giudizi (civile, penale, amministrativo, ecc.) nel quadro delle indicazioni di principio di cui agli esaminati artt. 6 CEDU e 47 Carta di Nizza.

Il ragionamento che il giudice nazionale deve condurre muove dalla supremazia e dall'immediata applicazione del diritto eurounitario e prosegue con la presa d'atto che tale diritto è interpretato dalla Corte di Giustizia, per cui interpreta le norme nazionali in modo da renderle conformi al diritto europeo o a disapplicarle, in caso di contrasto<sup>149</sup>.

Si ricorda in proposito la celebre sentenza *Granital*<sup>150</sup>, che ha riconosciuto il potere del giudice interno di applicare direttamente un regolamento delle istituzioni europee nonostante l'esistenza di norme statali successive contrastanti.

La sentenza parte dalla premessa per cui i due ordinamenti, nazionale ed europeo, pur distinti e autonomi, sono coordinati per il trasferimento delle competenze ai sensi dell'art. 11 Cost.

In sostanza, la sentenza *Granital* ha ricostruito il modello dei rapporti tra ordinamento giuridico dell'Unione e ordinamento nazionale avendo riguardo all'ipotesi che il potere trasferito all'Unione si estrinsechi «con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno».

Tuttavia, se il problema è di semplice soluzione quando il diritto eurounitario dispone direttamente, è imposta molta cautela ogniqualvolta ci si riferisce a settori che, pur fondamentali, quale quello del giusto processo, non trovano una disciplina puntuale e di dettaglio in ambito europeo.

Gli articoli esaminati in precedenza in materia di giusto processo e di ricorso effettivo non sono in grado di delineare un sistema giudiziario europeo, né, dunque, di vincolare i singoli stati membri oltre il valore generale delle norme. In altri termini, da esse non è possibile far discendere conseguenze univoche sul modo di individuare le regole dei singoli processi nazionali.

Tali principi sono semmai da intendere alla stregua di principi di sbarramento per situazioni estreme, a conferma del fatto che il legislatore nazionale si deve muovere all'interno della trama di principi delineati dall'Unione e non oltre la stessa.

Si è detto che l'art. 111, comma 1, Cost., prevede una espressa riserva di legge stabilendo che il giusto processo è disciplinato, per l'appunto, *dalla legge*.

È dunque lo Stato che, nella propria sfera di autonomia e nel quadro dei prin-

<sup>149</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 219.

<sup>150</sup> Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170.

cipi eurounitari e interni, delinea i singoli giudizi attraverso l'individuazione di specifiche regole processuali (tra cui i termini di costituzione e difesa, i mezzi di ricorso esperibili, la definizione dei gradi di giudizio, ecc.).

Con riferimento all'art. 47 della Carta di Nizza sul ricorso effettivo e sul giudice imparziale, si è peraltro posta in dottrina la questione della possibilità o meno di affermare l'esistenza di un diritto processuale o, meglio, di un *diritto giudiziario europeo*<sup>151</sup> e di valutare se la rigida regolamentazione normativa nazionale dei modelli processuali sia compatibile con tale disposizione e con la flessibilità che sembra emergere dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ciò vale a dire che il legislatore nazionale opera legittimamente nell'ambito delle proprie competenze all'interno degli spazi lasciati vuoti tra un principio e l'altro.

Se ciò appare semplice a livello teorico, non altrettanto si può dire in relazione al risolto pratico.

Il livello normativo europeo nel settore del diritto processuale oscilla fra due poli opposti: da una parte la supremazia del diritto eurounitario e, dall'altra, l'incompletezza e l'eterogeneità delle norme eurounitarie, che impediscono di modellare in modo univoco il diritto processuale degli Stati membri.

Per questo è stato sostenuto (con riferimento al diritto processuale civile), che il rapporto con il diritto eurounitario «vive una dialettica non facile fra autonomia e attrazione, non senza dare luogo a episodi di vera e propria resistenza»<sup>152</sup>.

Una equilibrata integrazione europea richiede per i diritti, almeno per quelli di matrice europea, una situazione sufficientemente armonica nelle modalità di realizzazione della tutela giurisdizionale.

Così ad esempio è stata affermata la necessità che i sistemi nazionali apprestassero strumenti idonei a consentire una tutela d'urgenza per situazioni soggettive minacciate da un pregiudizio grave e irreparabile.

In assenza di indicazioni precise soccorre anzitutto il principio per cui il diritto europeo è impiegato come chiave interpretativa del diritto nazionale.

Da un lato si verifica un effetto di trascinamento dei diritti processuali nazionali ad opera di quello eurounitario, dall'altro tali diritti tendono ad assimilarsi fra loro.

Sono significative a tal proposito, le Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger<sup>153</sup>, in cui si legge: «conformemente ai principi generali su cui si basa il sistema istituzionale della Comunità e che disciplinano i rapporti fra la Comunità e gli Stati membri, spetta a questi, in forza dell'art. 5 del Trattato, garantire sul loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria (...). Qualora il diritto comuni-

---

<sup>151</sup> P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano tra attrazione, autonomia e resistenza*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 717 ss.

<sup>152</sup> ID., p. 721.

<sup>153</sup> Conclusioni del 19 settembre 1996, nella causa *Sutton*, C-66/95, parr. 65 e 67.



tario, ivi compresi i principi generali dello stesso, non contenga in proposito norme comuni, le autorità nazionali, per attuare la normativa comunitaria, agiscono applicando i criteri di forma e di sostanza del loro diritto nazionale, e resta inteso (...) che tale principio va temperato con l'esigenza di uniforme applicazione del diritto comunitario (...). L'obbligo incombente agli Stati membri di dare piena effettività ai principi comunitari per i quali non sono stati previsti provvedimenti di armonizzazione si realizza quindi, secondo la vostra giurisprudenza, nel rispetto del *principio dell'autonomia istituzionale*, il quale implica che vengano adottate le misure necessarie all'applicazione delle norme comunitarie, nell'ambito dei sistemi statali da parte delle istituzioni nazionali e secondo le procedure e i poteri di cui detti sistemi dispongono».

Il giudice comune è perciò tenuto a fare opera di "adattamento" delle proprie regole processuali in virtù dell'applicazione del diritto europeo.