

Saggio polemico sul procedimento ‘volontario’ ex artt. 737 ss. c.p.c.

di Giuseppe Vignera

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** L’art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2: rilievi generali. – **3.** Il principio di legalità quale fondamento primario della riserva di legge ex art. 111, 1° comma, Cost. – **4.** Esame critico della tesi postulante l’estraneità del principio di legalità al Potere giudiziario. – **5.** Orientamento postulante il carattere ‘assoluto’ della riserva di legge ex art. 111, 1° comma, Cost. – **6.** Esame critico dell’impostazione suindicata: carattere ‘relativo’ della riserva di legge in discorso. – **7.** Incompatibilità del procedimento camerale uniforme con il principio di legalità processuale. – **8.** La ‘finzione normativa’ degli artt. 737-738, 1° e 2° comma, c.p.c. e la direttiva inquisitoria ex art. 738, 3° comma, c.p.c. quali strumenti dilatatori della discrezionalità del giudice. – **9.** *Segue:* l’anarchia coesistente al potere giudiziale di assumere informazioni. – **10.** *Segue:* i rischi di *deregulation* assoluta connessi all’apparente specificità e completezza della normativa ex artt. 737-738, 1° e 2° comma, c.p.c. – **11.** Esame critico della tesi rapportante la legittimità costituzionale del rito camerale all’attuazione ‘pragmatica’ delle garanzie fondamentali delle parti. – **12.** *Segue:* confutazione dell’argomento incentrato sulla garanzia della ragionevole durata del processo. – **13.** *Segue:* confutazione dell’argomento richiamante il “*modulo operativo*” delle garanzie difensive asseritamente ricostruito dalla Corte costituzionale. – **14.** *Segue:* confutazione dell’argomento incentrato sulla garanzia del ricorso straordinario in Cassazione. – **15.** *Segue:* confutazione dell’argomento incentrato sulla ‘necessaria eccezionalità’ dei procedimenti camerali. – **16.** Recenti orientamenti ‘anticamerali’ della Corte di Cassazione. – **17.** La recente tendenza legislativa alla ‘decameralizzazione’ dei giudizi. – **18.** La persistente ‘mortificazione’ del principio di legalità processuale nella recente giurisprudenza costituzionale sul rito camerale. Esame critico di Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1. – **19.** *Segue:* esame critico di Corte cost. 29 maggio 2009 n. 170.

1. *Premessa.*

Il titolo del presente lavoro non casualmente ricalca quello di un notissimo scritto di Enrico Allorio ⁽¹⁾.

Le nostre odierne riflessioni, invero, integrano idealmente le considerazioni di quel compianto Maestro, il quale esattamente desumeva dagli artt. 2909 c.c. e 324 c.p.c. la “*combinata volontà del legislatore civile e di quello processuale di subordinare il giudicato alla presenza, nel processo, di certe garanzie formali, posta l’esigenza delle quali non si può, senza contraddizione, decorare con la stessa prerogativa del giudicato un procedimento a basso titolo formale, come è appunto quello in camera di consiglio*” ⁽²⁾.

Se, infatti, la formazione della cosa giudicata non può prescindere dalle “*garanzie formali*” del processo presupposte dal Legislatore civile e da quello processuale (come giustamente osservava quel saggio Maestro) ⁽³⁾, essa *a fortiori* deve comportare pure il rispetto delle garanzie costituzionali inerenti

⁽¹⁾ ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, II, 3 ss.

A quest’Uomo siamo ancora particolarmente grati perché, pur non conoscendoci personalmente e pur non appartenendo noi alla sua Scuola (né – e mai – a quella di altri), non esitò in tempi ormai lontani ad ‘ospitare’ in una prestigiosa Rivista da lui diretta uno dei nostri primi lavori in materia processuale (VIGNERA, ‘*Cognizione strumentale*’ del giudice dell’esecuzione e carenza del titolo esecutivo: spunti per una ricerca, in *Giur. it.*, 1984, IV, 312 ss.): lavoro che era stato, invece, precedentemente ‘respinto al mittente’ da un altro Direttore per “*manca di spazio*” nel ‘suo’ periodico.

Pensavamo che codesta concezione ‘feudal-patrimoniale’ delle Riviste giuridiche appartenesse soltanto all’epoca delle ‘baronie accademiche’, che molti dicono ormai superata. Recenti esperienze personali, nondimeno, ci hanno convinto del contrario e di non aver sbagliato quando trent’anni fa preferimmo la Toga alle lusinghe della Cattedra: ma di ciò è inutile parlare in questa sede, non interessando la cosa ad alcuno.

⁽²⁾ ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, cit., 35.

⁽³⁾ Ciò non significa che condividiamo **tutte** le idee espresse da Enrico Allorio in quel famoso saggio.

Non ci sembra, per esempio, esatto desumere dalla proposizione suindicata né “*l’illazione: impiego delle forme del processo dichiarativo ordinario → cosa giudicata sostanziale → giurisdizionalità del procedimento*” (ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, cit., 34 ss., spec. 35); né “*il riconoscimento dell’appartenenza della ‘giurisdizione volontaria’ all’attività amministrativa*” (ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, cit., 36 ss., spec. 40).

A nostro avviso, invero, è enucleabile oggi una ‘nozione di giurisdizione costituzionalmente rilevante’, nella quale può farsi rientrare pure la c.d. ‘giurisdizione volontaria’ (v. sul punto le condivisibili affermazioni di Montesano, che richiameremo nella nota 42).

all'esercizio della giurisdizione: garanzie costituzionali che, mentre sono quasi del tutto disattese dalla laconica disciplina comune ai procedimenti in camera di consiglio (artt. 737 ss. c.p.c.) ⁽⁴⁾, non sempre trovano attuazione nella prassi giurisprudenziale integrativa (dei vuoti) di quella disciplina ⁽⁵⁾.

2. L'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2: rilievi generali.

L'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (*Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione*) ha aggiunto nel testo dell'art. 111 Cost. altri cinque commi, spostando la collocazione dei suoi originari tre commi, i quali ne sono diventati rispettivamente il 6°, il 7° e l'8°.

Il 6° comma (già 1°) continua a divisare la garanzia della motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali ⁽⁶⁾.

Il 7° comma (una volta 2°) assicura sempre l'esperibilità del ricorso (c.d. straordinario) in Cassazione contro le sentenze ed i provvedimenti sulla libertà personale ⁽⁷⁾.

L'8° comma (ex 3°) fissa ancora i limiti (*“per i soli motivi inerenti alla giurisdizione”*) del ricorso in Cassazione avverso le decisioni delle Supreme Magistrature amministrative (Consiglio di Stato e Corte dei conti) ⁽⁸⁾.

Dei commi aggiunti dalla l. cost. n. 2 del 1999, poi, il 3°, il 4° ed il 5° si riferiscono esclusivamente al processo penale.

Il 1° ed il 2° di tali nuovi commi, invece, riguardano qualsiasi

⁽⁴⁾ V. parr. 7-8.

⁽⁵⁾ V. parr. 9, 13 e 14.

⁽⁶⁾ Su tale garanzia v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, Torino, 1997, 191 ss., dove l'obbligo motivazionale viene configurato quale condizione 'minima' di effettività del principio di legalità dell'attività giurisdizionale ex art. 101, 2° comma, Cost.

⁽⁷⁾ Sulla funzione di tale mezzo d'impugnazione (consistente nel garantire pienamente il valore della legalità ex art. 101, 2° comma, Cost. nei confronti dei provvedimenti decisorii e sulla libertà personale) e sul suo oggetto (rappresentato dalla sentenza in senso sostanziale, caratterizzata a sua volta dalla coesistenza dei requisiti della 'decisorietà' e della 'definitività') v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 205 ss.

Sui motivi deducibili con il ricorso straordinario [che oggi sono tutti (e pienamente) quelli previsti dall'art. 360, 1° comma, c.p.c.] v. la nota 93.

⁽⁸⁾ Sullo specifico tema v. BERLATI, *Limiti esterni' della giurisdizione amministrativa e ricorso in Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato*, in *Arch. civ.*, 1997, 241 ss.; MARINO, *Corte di cassazione e giudici 'speciali'*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 14 ss.

procedimento giurisdizionale ⁽⁹⁾, attesa la loro formulazione in termini generalissimi,

Infatti, il nuovo 1° comma dell'art. 111 Cost. stabilisce che “*la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*” ⁽¹⁰⁾.

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

Oggetto del presente lavoro sarà esclusivamente il nuovo 1° comma dell'art. 111 Cost.: anzi, avendo già esaminato in altra sede la garanzia costituzionale del ‘giusto processo’ ⁽¹¹⁾, qui ci

⁽⁹⁾ Precisiamo subito che nella nostra esposizione il concetto di ‘procedimento’ e quello di ‘processo’ verranno usati promiscuamente, poiché non ci sembra fondata su dati normativi positivi la loro distinzione incentrata sulla mancanza nel primo e sulla presenza nel secondo del contraddittorio tra le parti (per tale distinzione v. specialmente FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 861 ss.; FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1983, 73 ss.; PICARDI, *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, 133 ss., 154 ss.).

Questa distinzione, invero, ci pare del tutto nominalistica perché ben si potrebbero invertire le definizioni (riconoscendo al ‘procedimento’ e negando, invece, al ‘processo’ la peculiarità strutturale del contraddittorio *inter partes*) senza che ne derivino conseguenze applicative (per tale saggia obiezione v. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 822 ss.).

Ci sembra, invece, più corretto affermare semplicemente che “*l'unico dato certo, che abbia rilievo per l'interprete del diritto positivo, ... par quello che tale diritto non usa la parola ‘processo’ per definire procedimenti che non siano giudiziari, più precisamente ove non operi il giudice, e la riserva, prevalentemente, a quei procedimenti giudiziari, le cui funzioni sono giurisdizionali necessarie*” (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 7; sulla distinzione tra ‘funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie’ e ‘funzioni non necessariamente giurisdizionali’ v. la successiva nota 42).

⁽¹⁰⁾ COMOGLIO L. P., *Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*, in Riv. dir. proc., 2002, 702 ss., 739-740, evidenzia le “*imprecisioni od incertezze semantiche*” caratterizzanti le disposizioni costituzionali del 1999, esattamente rilevando (tra l'altro) che la giurisdizione “*non si ‘attua’, ma semmai ‘si esercita’ o viene ‘esercitata’ dai giudici che ne siano titolari, come è possibile argomentare dall’art. 1 c.p.c.*”.

⁽¹¹⁾ V. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del ‘nuovo’ art. 111 Cost.*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, 1185 ss., *passim*, dove (1187, nota 7) ci eravamo espressamente riservati “*di esaminare in altra sede se l’art. 111, 1° comma, Cost., stabilendo che il giusto processo deve essere ‘regolato dalla legge’, imponga una rigida predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio*”.

Dopo aver parzialmente e sommariamente anticipato in altra occasione le nostre idee sull'argomento (VIGNERA, *Il giusto processo regolato dalla legge*, in BODRITO-FIORENTIN-MARCHESELLI-VIGNERA, *Giusto processo e riti*

occuperemo *ex professo* della riserva di legge in materia processuale prevista dal nuovo art. 111, 1° comma, Cost.

Codesta restrizione dell'oggetto delle nostre osservazioni trova la sua giustificazione nel fatto che **solamente** il nuovo 1° comma dell'art. 111 Cost. ha (secondo noi) effettivamente arricchito il sistema costituzionale di valori prima inesistenti o, comunque, suscettibili di essere desunti soltanto attraverso interpretazioni aventi risultati equivoci e non sempre unanimemente condivisi ⁽¹²⁾.

Ancor prima della riforma costituzionale del 1999, infatti, era indiscussa l'esistenza delle garanzie oggi ribadite o esplicitate dal nuovo 2° comma dell'art. 111.

Invero:

a) la garanzia della parità delle parti e quella del contraddittorio (costituente estrinsecazione della prima) trovavano già il loro fondamento nell'art. 3, 1° comma, Cost. ⁽¹³⁾;

speciali, Milano, 2009, 1 ss., 25 ss.), nel presente lavoro intendiamo esporre le stesse in maniera completa e definitiva.

⁽¹²⁾ Quanto al 'giusto processo', infatti, prima della riforma costituzionale del 1999 la sua affermazione era stata fatta in dottrina da pochi scrittori ed in giurisprudenza con motivazioni svuotanti la nozione di ogni contenuto normativo, ravvisandosi nel 'giusto processo' non già un principio costituzionale autonomo, ma una semplice espressione sintetica del complesso dei valori costituzionali inerenti all'attività giurisdizionale.

In dottrina v. ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1990, 167-168; BALLERO, *Tutela sostanziale del diritto di difesa e nuovo corso della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1972, 996 ss., 997; BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1982, 360; CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale. (Art. 24 Costituzione e 'due process of law clause')*, in *Giur. cost.*, 1961, 1284 ss., 1286 ss.; MONTESANO, *'Dovuto processo' su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 915, 917 ss.; SCAPARONE, *Rapporti civili*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, art. 24-26, Bologna-Roma, 1981, 82 ss., 84; SERGES, *Il principio del 'doppio grado di giurisdizione' nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, 115 ss.

Per la giurisprudenza v. Corte cost. 26 marzo 1986 n. 66, in *Foro it.*, 1986, I, 1496; Corte cost. 22 aprile 1986 n. 102, *ivi*, 1986, I, 1762; Corte cost. 30 aprile 1986 n. 120, *ivi*, 1986, I, 1753; Corte cost. 15 settembre 1995 n. 432, *ivi*, 1995, I, 3068; Corte cost. 20 maggio 1996 n. 155, *ivi*, 1996, I, 1898; Corte cost. 31 maggio 1996 n. 177, *ivi*, 1996, I, 2278.

Per un'elencazione più completa delle decisioni della Consulta richiamanti la nozione di *giusto processo* v. CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 595 ss., 597 ss.

⁽¹³⁾ V. *amplius* ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 111 ss., 163 ss. (dove in particolare abbiamo criticato l'usuale

b) la garanzia della ragionevole durata del processo veniva considerata immanente al diritto alla tutela giurisdizionale ex art. 24, 1° comma, Cost. in quanto sua condizione di effettività⁽¹⁴⁾;

c) l'imparzialità e la terzietà del giudice erano ritenute connaturate all'essenza stessa della giurisdizione⁽¹⁵⁾.

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

“La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge” (art. 111, 1° comma Cost.).

identificazione della garanzia del contraddittorio con il diritto alla difesa ex art. 24, 2° comma, Cost.).

⁽¹⁴⁾ V. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 63 ss., 95 ss.

⁽¹⁵⁾ V. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del 'nuovo' art. 111 cost., cit.*, 1204 ss.; VIGNERA, *Incompatibilità per 'pregiudizio esecutivo' del giudice dell'opposizione ex art. 617 c.p.c.*, in *Riv. esec. forzata*, 2004, 1 ss.

Per la distinzione 'contenutistica' tra imparzialità e terzietà del giudice v. la 'storica' decisione del 20 maggio 1996 n. 155, cit., con la quale la Corte costituzionale ha chiaramente e definitivamente affermato che l'imparzialità *“richiede che la funzione del giudicare sia assegnata a un soggetto 'terzo', non solo scervo di interessi propri che possano far velo alla rigorosa applicazione del diritto, ma anche sgombrato da convinzioni precostituite in ordine alla materia del decidere, formatesi in diverse fasi del giudizio in occasioni di funzioni decisorie ch'egli sia stato chiamato a svolgere in precedenza”*.

Sulla scorta di questo chiarissimo insegnamento è possibile oggi sostenere che l'imparzialità del magistrato postula:

- A) l'insussistenza di un suo interesse personale nella causa e la sua estraneità nei confronti delle parti del procedimento (imparzialità in senso stretto);
- B) l'inesistenza di precedenti sue decisioni assunte sulla medesima *res iudicanda* in altri gradi o fasi del processo (terzietà in senso stretto).

Codesta distinzione tra imparzialità in senso stretto e terzietà in senso stretto, che abbiamo ritenuto di poter enucleare dalla surriportata parte della motivazione di Corte cost. 20 maggio 1996 n. 155 (v. pure Corte cost. 17 giugno 1999 n. 241, in *Foro it.*, 1999, I, 2420, dove si parla di *“garanzia dell'imparzialità del giudice, intesa come terzietà, non pregiudizio”*), vien fatta per mere esigenze descrittive e brachilogiche.

Ci rendiamo conto, infatti, che si potrebbero invertire le superiori definizioni, senza che ne derivi alcuna conseguenza (COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del 'giusto processo'*, in *Nuova giur. civile commentata*, 2001, II, 1, 23, invero, assegna alla nozione di “terzietà” il significato da noi dato a quella di “imparzialità”, e viceversa): v. in tal senso CECCHETTI, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, cit., 609-610, cui si rimanda per l'esame di altre opinioni in argomento.

Come detto, codesta disposizione (data l'indubbia onnicomprensività della sua formulazione) è destinata ad influenzare la struttura di ogni procedimento giurisdizionale modellato dal Legislatore ordinario: penale, civile, amministrativo, contabile o tributario che esso sia ⁽¹⁶⁾.

Qualsiasi processo giudiziario, pertanto, per essere qualificato 'conforme alla Costituzione' oggi deve essere [oltreché "giusto": coerente, cioè, con quei valori di civiltà giuridica espressi o condivisi dalla collettività ⁽¹⁷⁾] "regolato dalla legge".

Malgrado le apparenze, neppure la riserva di legge in materia processuale così divisata rappresenta una vera novità, dovendosi e potendosi considerare estrinsecazione di quel principio di legalità, che a sua volta "costituisce la 'grande regola' dello Stato di diritto" ⁽¹⁸⁾.

In virtù di tale principio (di legalità), infatti, tutti i titolari di un pubblico potere [giudici e ... pubblici ministeri compresi

⁽¹⁶⁾ Sul punto v. esemplificativamente BOVE, *Art. 111 Cost. e 'giusto processo civile'*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479, 483-484, secondo cui anzi ai canoni del 'giusto processo' devono attenersi pure "la giurisdizione privata, ossia l'arbitrato (rituale), e la giurisdizione straniera, perché esse hanno ormai assunto nel nostro ordinamento piena ed autonoma rilevanza nel momento in cui il Legislatore ha statuito l'efficacia del lodo arbitrale e della sentenza straniera prescindere da ogni atto di recezione del giudice pubblico" (v. per l'arbitrato gli artt. 823, 4° comma, 827, 2° comma e 828, 1° e 2° comma, c.p.c.; e per le sentenze straniere l'art. 64 l. 31 maggio 1995 n. 218).

⁽¹⁷⁾ Sul punto rinviamo a VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del 'nuovo' art. 111 Cost.*, cit., 1193 ss.

⁽¹⁸⁾ Così icasticamente Corte cost. 2 novembre 1996 n. 379, in *Foro it.*, 1997, I, 370.

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

Sui nessi tra principio di legalità e Stato di diritto v. altresì FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 895 ss.; nonché (e pure per ulteriori informazioni bibliografiche) GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto civ.*, X, Torino, 1993, 497 ss., 498 [il quale evidenzia in particolare che, "laddove il principio di legalità vale nei confronti dei poteri esecutivo e giurisdizionale, abbiamo a che fare con uno stato diritto (senza ulteriori specificazioni); laddove il principio di legalità si estende anche al potere legislativo, abbiamo a che fare con uno stato costituzionale di diritto"].

(¹⁹)] sono tenuti “*all’osservanza delle regole, delle procedure e dei termini stabiliti dalla legge*” (²⁰).

4. Esame critico della tesi postulante l’estraneità del principio di legalità al Potere giudiziario.

Dati gli evidenti nessi esistenti tra la riserva di legge *de qua* ed il principio di legalità, stupisce non poco il fatto che [nell’intento di annichilire la valenza innovativa della disposizione costituzionale in discorso e delle altre divise dal nuovo art. 111 Cost. (²¹)] sia stato scritto: “*l’esistenza di una riserva di legge riguarda i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche, particolarmente il potere esecutivo ... Ma la riserva di legge non riguarda (non può riguardare) i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, posto che nel nostro sistema il giudice non è fonte formale di regole generali ed astratte, ma è l’organo*

(¹⁹) Di “*assoggettamento del pubblico ministero al principio di legalità processuale*” parla *ex professo* Corte cost. 23 maggio 2003 n. 178, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1521.

(²⁰) Corte cost. 18 dicembre 2001 n. 415, in *Fisco*, 2002, 4.

Sui nessi e le mutue implicazioni tra principio di legalità e riserva di legge v. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, cit., 11 (“*La riserva di legge relativa, creazione dottrinale e giurisprudenziale, è stata lo strumento indispensabile per consentire che, all’interno di precise direttrici fissate dal Parlamento, potesse esercitarsi, con l’emanazione di atti normativi e non normativi, la necessaria discrezionalità degli altri organi investiti di potere. Discrezionalità che, certo, in uno Stato di diritto, non può essere assoluta e trasformarsi in arbitrio, ma deve essere previamente disciplinata dalla norma legislativa per garantire ai singoli un eguale trattamento e per assicurare l’effettività del controllo giurisdizionale sugli atti emanati. Ma ciò è quanto, precisamente, richiede il generale principio di legalità cui, in uno Stato democratico di diritto, non può non riconoscersi valore generale. Quindi in definitiva la riserva di legge – limitata a pochi, più delicati e significativi oggetti – sarebbe forse da intendersi, come ritiene la migliore dottrina, sempre assoluta: solo – e compiutamente – dalla legge quegli oggetti hanno da essere disciplinati*”); nonché le pregevoli e semper considerazioni di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L’ordinamento costituzionale italiano (Le fonti)*, Padova, 1975, 52 ss., spec. 54-56.

(²¹) Per questa riduttiva interpretazione dell’art. 111, 1° e 2° comma, Cost. v. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, Milano, 2001, 13 ss.

In senso critico v. VIGNERA, *Il giusto processo regolato dalla legge*, cit., 4 ss., dove a proposito dell’art. 111, 1° e 2° comma, Cost. abbiamo parlato di “*norma ‘vecchia’ nel contenuto e ‘nuova’ nella funzione*”.

chiamato a concretizzarle” ⁽²²⁾.

Tale affermazione non può essere condivisa.

A) Dal punto di vista storico, per cominciare, va osservato che il “*giusto processo regolato dalla legge*” ex art. 111, 1° comma, Cost. rappresenta la ‘variante’ (non solo linguistica, ma anche ... garantistica) del *due process of law* ⁽²³⁾, di notoria

⁽²²⁾ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 18, per il quale conseguentemente “*il richiamo alla necessità di un processo ‘regolato dalla legge’ è totalmente inutile*” (pag. 19).

Secondo lo stesso Autore, inoltre, la compatibilità tra i poteri discrezionali del giudice e la riserva di legge divisata dall’art. 111, 1° comma, Cost. “*può essere dimostrata attraverso un’altra strada. Basterà far leva sul potere discrezionale attribuito al giudice di dar contenuto a fattispecie attributive di diritti, costruite dal Legislatore in maniera indeterminata. Mi riferisco alle clausole generali di diritto sostanziale*” (quale, ad esempio, quelle di ‘giusta causa’, di ‘buona fede’, di ‘buon costume’, ‘ordine pubblico’ ecc.) (così a pag. 19).

Senonché trattasi di strada ‘cieca’ come la precedente.

Invero:

- a) il suindicato ragionamento, anzitutto, non ci pare metodologicamente corretto perché finisce per ‘invertire’ i termini della questione in quanto un dato della legislazione ordinaria (la clausola generale, per l’appunto) viene assunto quale parametro valutativo di un dato della legislazione costituzionale (il principio di legalità processuale ex art. 111, 1° comma, Cost.), così risolvendosi in una (inammissibile) interpretazione ‘alla rovescia’ delle norme costituzionali (interpretazione finalizzata, cioè, ad adeguare le medesime alla legislazione ordinaria vigente anziché a rapportare questa al significato intrinseco di quelle), surrettiziamente subordinandole in tal modo alle leggi ordinarie ed “*invertendo il naturale rapporto per cui sono le prime ad incidere sulle seconde*” [per usare l’icastica espressione di FERRUA *Indipendenza del giudice e unicità della giurisdizione (ovvero la fine della giurisdizione penale del comandante di porto)*, in *Giur. cost.*, 1970, 1514 ss.];
- b) a ben considerare, poi, la clausola generale (quale direttiva di massima data dal Legislatore al giudice ai fini dell’individuazione della *regula iuris* applicabile ad una determinata situazione: cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5 ss., 29; TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1973, 16-17) si risolve in una ... riserva di legge relativa (v. la successiva nota 48, dove richiamiamo la definizione data da Crisafulli a codesto tipo di riserva): qual è per l’appunto **pure e proprio** quella divisata dall’art. 111, 1° comma, Cost. (v. specificamente il par. 6 del presente lavoro).

Sulle clausole generali e sulla distinzione (talvolta vera e talvolta ipotetica) delle stesse da concetti analoghi v. FABIANI, *Norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, clausole generali, ‘standard’ valutativi e principi generali dell’ordinamento*, in *Foro it.*, 1999, I, 3558 ss.

⁽²³⁾ Cfr. VASSALLI, *Il giusto processo: la genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, 149, 151-152: “*Mi sembra difficile negare che nell’era moderna la locuzione in discorso ripete le proprie origini soprattutto dal diritto anglosassone, prima inglese e poi americano, dove l’espressione due process, o anche l’espressione due process of law, risale indietro nei secoli fino all’inizio del presente millennio e trova particolare sviluppo presso i giuristi del secolo XIV, mantenendosi peraltro come principio vivo ed operante fino ai nostri giorni*”.

matrice anglosassone (è persino pedante ricordarlo).

Orbene!

“L’espressione ‘due process of law’ non si trova nella Magna Charta. Ciò nondimeno, le radici di tale principio sono già visibili in quel documento che per primo, nel 1215, intervenne a restringere il potere del sovrano inglese di agire *legibus solutus*. Difatti, quel documento, passato alla storia come ‘la carta delle libertà’, così disponeva nel suo XXXIX articolo: ‘Nessun uomo libero sarà (da noi sovrano) catturato e/o imprigionato, o privato dei suoi beni, oppure esiliato, o in qualunque altro modo rovinato, né noi lo perseguiremo o lasceremo che venga perseguito, salvo che mediante il legittimo giudizio (*lawful judgment*) dei suoi pari e/o in conformità della legge del regno’. Nello stabilire il dovere del sovrano di procedere ‘mediante la legge del regno’ (*by the law of the land*), traduzione del latino ‘per *legem terrae*’, la Magna Charta poneva il sovrano stesso, o verosimilmente lo Stato, nella condizione di **dover osservare le procedure legittime** al fine di infliggere una qualunque sanzione nei confronti di un individuo. Le radici del principio di giustizia ivi contenuto possono così scorgersi nel riferimento al requisito della ‘legittimità’ (*lawfulness*), inteso appunto nel senso di un **giudizio legittimamente pronunciato a seguito delle acconce procedure e nel rispetto delle leggi del regno**. Questa idea del procedimento legittimo (*lawful*) o giusto (*fair*) venne poi trasfusa nelle prime costituzioni statali, rappresentando l’antecedente diretto della frase ‘due process of law’ quale oggi si legge nella Costituzione degli Stati Uniti d’America”⁽²⁴⁾.

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

a) “se pure è vero che la riserva di legge, principalmente per ragioni storiche, è stata tradizionalmente studiata

⁽²⁴⁾ RE, *Due process of law*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1.

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

nell’ottica dei rapporti tra competenza normativa del legislativo e competenza normativa dell’esecutivo, è altresì vero che, nell’impostazione odierna, essa vale anche nei confronti del potere giurisdizionale” ⁽²⁵⁾;

b) più esattamente, quell’opinione si rifà ad un vetusto e “screditato” ⁽²⁶⁾ modo di vedere, “che riduce la riserva di legge a semplice criterio di ripartizione delle competenze fra la legge e le altre fonti del diritto” ⁽²⁷⁾: ormai da tempo, invece, è stato messo in evidenza come la riserva di legge riguardi (non solo le relazioni tra ‘organi’, ma) pure le relazioni tra ‘atti’ ⁽²⁸⁾ perché, “se la previsione costituzionale di una riserva significa **obbligo** per il Legislatore di disciplinare una materia, di non lasciarla riempire da altri, la riserva stessa è egualmente violata sia quando vengano attribuiti poteri normativi a fonti diverse, sia quando la legge, anziché regolare completamente la materia, la lasci praticamente sfornita di disciplina, limitandosi a generiche indicazioni o al conferimento di poteri discrezionali. In tali casi la norma, non previamente posta in modo

⁽²⁵⁾ Così BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1207 ss., 1215.

Analogamente CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 1990, 5 (le cui parole al riguardo riporteremo tra poco nel testo); GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Digesto pubbl.*, IX, Torino, 1994, 163 ss., 168 [“Il Legislatore può non disciplinare affatto la materia riservata, ma – se decide di disciplinarla – ha l’obbligo di disciplinarla ‘compiutamente’ o ‘integralmente’, così da non lasciare spazio all’intervento di fonti subordinate alla legge e, più in generale, da non lasciare margini di discrezionalità agli organi (amministrativi e giurisdizionali) dell’applicazione”].

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

⁽²⁶⁾ Così GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 498 [“... tradizionalmente, il principio di legalità è riferito non ai pubblici poteri in genere, ma specificamente al potere esecutivo. Ciò sottintende un modo di vedere risalente, secondo cui il problema della garanzia dei diritti nei confronti del legislativo e del giudiziario, semplicemente, non si pone ... Questo modo di vedere è oggi screditato. Nella cultura giuridica contemporanea si sono affermate: per un verso, la teoria secondo cui i diritti dei cittadini traggono origine non dalla legge, ma dalla costituzione, sicché si pone il problema di garantire i diritti conferiti dalla costituzione anche nei confronti del Legislatore (di qui la rigidità delle costituzioni contemporanee e i controlli di legittimità costituzionale sulle leggi); per un altro verso, la teoria secondo cui la funzione giurisdizionale non è riducibile a ‘meccanica’ applicazione della legge, ma involge invece ampi margini di discrezionalità, quanto meno di discrezionalità amministrativa”].

⁽²⁷⁾ CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 4.

⁽²⁸⁾ V. CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 1-2, 5.

completo dalla legge del Parlamento (né da alcuna altra fonte) è creata dall'organo (amministrativo o giurisdizionale) nel momento dell'applicazione” ⁽²⁹⁾.

C) Se, infine, (per pura e remotissima ipotesi) fosse davvero esatto che in passato *“l'esistenza di una riserva di legge riguardava i rapporti tra potere legislativo e gli altri poteri dello Stato legittimati ad emanare norme giuridiche”*, proprio il ‘novellato’ art. 111 Cost. dovrebbe imporre all'interprete le seguenti domande:

a) è ancora corretto continuare a dire che *“la riserva di legge non riguarda (non può riguardare) i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario”* ⁽³⁰⁾?

b) oppure è più corretto sostenere che proprio l'art. 111, 1° comma, Cost. ha determinato il definitivo, solenne e formale superamento di quella vetusta concezione?

Ci sembra superfluo esplicitare la nostra risposta.

5. Orientamento postulante il carattere ‘assoluto’ della riserva di legge ex art. 111, 1° comma, Cost.

All'opinione precedentemente confutata si contrappone idealmente l'affermazione di alcuni Scrittori, secondo cui la Costituzione impone oggi una ‘rigida’ predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio: così presupponendo chiaramente che per l'art. 111, 1° comma, Cost. il processo giurisdizionale costituisce l'oggetto di una riserva di legge ‘assoluta’, la quale comporta *“esclusione dalla materia che ne forma oggetto, oltre che di normazione regolamentare – ad eccezione soltanto (stando all'opinione preferibile) dei regolamenti di stretta ‘esecuzione’ della legge – anche di concreti provvedimenti discrezionali”* degli organi preposti alla sua applicazione, *“solo ammettendosi interventi ‘vincolati’ alla legge, che ne costituiscano necessaria applicazione”* ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 5.

⁽³⁰⁾ Così (come abbiamo visto) ritiene CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 18.

⁽³¹⁾ Codesta definizione di riserva di legge assoluta è stata mutuata da CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 52-53.

Sulla distinzione tra riserva di legge assoluta e riserva di legge relativa v. esemplificativamente CARLASSARE, *Legge (Riserva di)*, cit., 5: *“Nelle materie coperte da riserva di legge relativa si attenuerebbe il rigore dell'esclusione degli*

Affermato quanto sopra, quegli stessi Studiosi hanno concluso che:

a) i procedimenti a contenuto contenzioso ⁽³²⁾ devono ne-

interventi non provenienti da fonte legislativa: del tutto vietati (quando non siano di ‘mera esecuzione’) laddove la Costituzione dispone una riserva assoluta, sarebbero invece, qui, consentiti, purché la legge abbia disciplinato la materia in modo ‘sufficiente’, e comunque idoneo a circoscrivere la discrezionalità di chi è autorizzato ad intervenire”.

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

⁽³²⁾ Richiami dottrinari sulla nozione di procedimento di natura contenziosa (o decisoria) ci appaiono superflui alla stregua del ‘diritto vivente’ rappresentato dall’ormai stabilizzata giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di ricorso straordinario ex art. 111 Cost.

Più esattamente, in base a codesta giurisprudenza la ‘decisorietà’:

- inizialmente era stata ravvisata in uno dei possibili contenuti indicati dall’art. 279, 2° comma, c.p.c. (così Cass. Sezioni unite 30 luglio 1953 n. 2593, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, VI, 204);
- successivamente è stata identificata con la (semplice) ‘incidenza’ su posizioni di diritto soggettivo o *status* (v. esemplificativamente Cass. 14 gennaio 1981 n. 322; Cass. 13 aprile 1981 n. 2182; Cass. 3 giugno 1981 n. 3598, in *Giust. civ.*, 1982, I, 1318; Cass. 12 ottobre 1982 n. 5241; Cass. 27 marzo 1985 n. 2151, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 265; Cass. 2 dicembre 1992 n. 12861, *ivi*, 1993, I, 1, 1694);
- da circa venti anni tende ad essere stabilmente intesa come (non semplice ‘incidenza’, ma vera) ‘risoluzione di una controversia’ (o conflitto o contestazione o lite) in ordine a diritti soggettivi o a *status* (cfr. *ex plurimis* Cass. Sezioni unite 23 ottobre 1986 n. 6220, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1616; Cass. Sezioni unite 21 gennaio 1988 n. 424 e Cass. 3 dicembre 1987 n. 8974, entrambe in *Foro it.*, 1989, I, 504; Cass. Sezioni unite 10 giugno 1988 n. 3931, *ivi*, 1988, I, 1858; Cass. 2 agosto 1990 n. 7708; Cass. 24 aprile 1991 n. 4527, in *Foro it.*, 1991, I, 3107; Cass. 4 dicembre 1991 n. 13009, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 882; Cass. 9 dicembre 1991 n. 13221, in *Foro it.*, 1992, I, 2760; Cass. 26 aprile 1994 n. 3942, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1260; Cass. Sezioni unite 1° marzo 1995 n. 2317, in *Foro it.*, 1996, I, 3462; Cass. 22 gennaio 1996 n. 461, *ivi*, 1996, I, 2836; Cass. 18 maggio 1996 n. 4620, *ivi*, 1996, I, 2376; Cass. 4 settembre 1996 n. 8063, in *Famiglia e diritto*, 1997, 39; Cass. 22 ottobre 1997 n. 10379; Cass. Sezioni unite 2 aprile 1998 n. 3387; Cass. 23 febbraio 1999 n. 1548; Cass. 10 novembre 1999 n. 12463; Cass. 16 giugno 2000 n. 8226; Cass. 6 dicembre 2004 n. 22789, in *Guida al diritto*, 2005, 3, 72; Cass. 26 giugno 2006 n. 14742, in *Arch. locazioni*, 2007, 1, 81).

Giustamente, pertanto, è stato scritto: “Decisorio non è qualunque provvedimento comunque incidente su diritti, ma soltanto quello che ha risolto una controversia in atto tra contrapposte posizioni di diritto soggettivo o di *status*, assumendo il contenuto tipico (di accertamento, di condanna, costitutivo) della sentenza. Costituiscono indici della presenza di tale carattere, descritto talvolta

cessariamente uniformarsi al modello del processo ordinario di cognizione (³³) o, comunque, a quello di un processo a cognizione piena (³⁴), le cui forme *de iure condito* sono le sole ad es-

anche come idoneità al giudicato: a) una domanda di tutela su diritti soggettivi; b) una conseguente attività cognitiva decisoria del giudice; c) un provvedimento conclusivo avente contenuto decisorio, che cioè abbia accertato la volontà di legge nel caso concreto” (CIVININI, *Provvedimenti camerali: orientamenti giurisprudenziali in tema di ricorribilità in Cassazione ex art. 111, 2° comma, Cost.*, in *Foro it.*, 1984, I, 2844 ss., 2856).

A riprova del ‘pendolarismo giurisprudenziale’ caratterizzante questa materia, tuttavia, ricordiamo che l’equazione ‘decisorietà’-‘incidenza’ su diritti o *status*’ è stata recentemente riproposta, per esempio, da Cass. Sezioni unite 26 gennaio 2005 n. 151, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 1447.

(³³) LANFRANCHI, *‘Pregiudizi illuministici’ e ‘giusto processo’ civile*, in *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001, 1 ss.

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

(³⁴) PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 241 ss., 242-243; il quale nondimeno ha in altra sede precisato che l’essenza della cognizione piena è costituita non dal “*grado di razionalità dell’accertamento logico compiuto dal giudice*”, ma “*dalla predeterminazione legale del modello di processo*” (PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro it.*, 2002, 65 ss., 65-66).

In quest’ultimo senso v. ultimamente GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 137 ss., spec. 141-143, il quale conseguentemente così conclude: “*Se queste premesse sono corrette, ossia se è l’integrale predeterminazione legale della regola processuale di riferimento a caratterizzare la cognizione piena, è del tutto evidente che la discrezionalità nell’individuazione del modus procedendi non potrà che essere carattere distintivo della cognizione sommaria*”.

Dissentiamo da simili ragionamenti, che secondo noi impropriamente confondono il ‘dover essere’ del sistema normativo con il suo ‘essere’, risolvendosi in astratte ricostruzioni ideali [o, meglio, idealistiche o panlogistiche di ispirazione hegeliana: v. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto (Prefazione)*, Bari, 1954, 15, secondo cui “*ciò che è razionale è reale; e ciò che è reale è razionale*”; sulla contrapposizione del pensiero hegeliano a quello kantiano su ‘essere’ e ‘dover essere’ v. GIULIANI MAZZEI, *Kant e Hegel. Un confronto critico*, Napoli, 1998].

E’ innegabile, infatti, che nel sistema normativo ‘positivo’ (così com’è, cioè) esistono – da un lato – ‘procedimenti a cognizione sommaria legalmente predeterminati’ (si pensi al procedimento monitorio *stricto sensu*: artt. 633- 644 c.p.c.); e – dall’altro lato – ‘procedimenti a cognizione piena legalmente indeterminati’ (quali sono i c.d. procedimenti camerali a contenuto contenzioso: v. le note 35 e 41).

sere – per l'appunto – predeterminate dalla legge;

b) in particolare, deve escludersi la legittimità costituzionale del procedimento in camera di consiglio *ex artt. 737 e ss. c.p.c.* [c.d. rito camerale o 'volontario' ⁽³⁵⁾], in cui forme, termini e modalità di attuazione del contraddittorio sono lasciate pressoché integralmente alla determinazione discrezionale del

Alla stregua del 'diritto' (e non della 'filosofia del diritto') e del 'diritto positivo' (e non del 'diritto ideale'), pertanto, alle superiori ricostruzioni preferiamo il sempiterno insegnamento di CHIOVENDA *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1980 (Ristampa anastatica della terza edizione del 1923), 196 ss., 202 nota 1, il quale, dopo avere esaminato le varie forme di accertamento con prevalente funzione esecutiva (distinguendo gli accertamenti con cognizione *incompleta* o perché *non definitiva* o perché *parziale* o perché *superficiale*), precisa: "L'essere la cognizione completa o no riguarda le condizioni del provvedimento del giudice e non le forme: altro è la cognizione sommaria, altro è il procedimento sommario. La cognizione è completa quando il convenuto prima del provvedimento del giudice è ammesso a far valere tutte le eccezioni contro la domanda, e quando la domanda, anche se il convenuto è contumace, è esaminata in tutti i suoi elementi costitutivi. Ciò può avvenire con forme più complesse (procedimento formale) o più semplici (procedimento sommario)".

⁽³⁵⁾ Quest'ultima qualificazione trova (com'è noto) la sua ragion d'essere nel fatto che attraverso il procedimento in discorso si esercita normalmente la c.d. giurisdizione volontaria (o non contenziosa): alla quale va riconosciuta "integrale giurisdizionalità" (MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 20) per le ragioni magistralmente evidenziate da MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 1985, 17 ss. 54 ss.

Negli ultimi decenni, tuttavia, il rito camerale è stato sempre più frequentemente applicato dal Legislatore a specifiche categorie di controversie in ordine a diritti soggettivi o a *status* (c.d. 'procedimenti camerale contenziosi') ed a fattispecie che, pur non integrando controversie tra contrastanti posizioni di diritto soggettivo in senso proprio, sono comunque caratterizzate dalla presenza di soggetti portatori di interessi contrapposti [c.d. 'procedimenti camerale quasi-contenziosi', quali sono per esempio la maggior parte di quelli a tutela dei minori appartenenti alla competenza del tribunale per i minorenni: v. esemplificativamente Cass. 8 ottobre 2002 n. 14380, in *Arch. civ.*, 2003, 1361: "In tema di tutela dei minori, i provvedimenti che limitano o escludano la potestà dei genitori naturali, ai sensi dell'art. 317 bis c.c., che pronuncino la decadenza della potestà sui figli o la reintegrazione in essa, ai sensi degli artt. 330 e 332 c.c., che dettino disposizioni per ovviare a una condotta dei genitori pregiudizievole per i figli, ai sensi dell'art. 333 c.c., o che dispongano l'affidamento contemplato dell'art. 4, 2° comma, l. 4 maggio 1983 n. 184 (che richiama l'art. 330 cit.), ancorché resi dal giudice di secondo grado in esito a reclamo, non sono impugnabili con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 cost., perché sono privi dei requisiti della decisorietà (intesa come risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o *status*) e della definitività (intesa come mancanza di rimedi diversi e attitudine del provvedimento a pregiudicare, con l'efficacia propria del giudicato, quei diritti o quegli *status*), essendo revocabili in ogni tempo per motivi originari o sopravvenuti ed avendo la funzione non di decidere una lite tra due soggetti attribuendo ad uno di esso un 'bene della vita', ma di controllare e governare gli interessi dei minori"]].

giudice ⁽³⁶⁾.

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

L'impostazione suindicata si espone a diverse obiezioni.

Non si comprende, anzitutto, perché per le controversie in ordine a diritti soggettivi o a *status* l'art. 111, 1° comma, Cost. dovrebbe imporre 'sempre e solo' il giudizio **ordinario** di cognizione: "*regolati dalla legge*", infatti, ben possono essere **pure** altri modelli processuali a cognizione piena [i c.d. processi a rito speciale ⁽³⁷⁾], quali ad esempio quello del lavoro e quello delle locazioni, nonché il 'morto ma non ancor sepolto' rito societario a cognizione piena ⁽³⁸⁾] ⁽³⁹⁾.

Postulare l'inesistenza di una cognizione piena nel procedimento camerale a contenuto decisorio ⁽⁴⁰⁾, a sua volta, significa equivocare tra 'deformalizzazione della cognizione' (caratterizzante il rito camerale) e 'sommarietà della cognizione' stessa [fenomeno estraneo, invece, al procedimento camerale allorché

⁽³⁶⁾ Questo tema costituirà l'oggetto specifico della seconda parte del presente lavoro (parr. 7 e ss.).

⁽³⁷⁾ Per la distinzione tra 'procedimenti speciali di cognizione non sommaria' (i quali divergono sotto qualche aspetto dalla disciplina del procedimento ordinario di cognizione) e 'procedimenti di cognizione non sommaria a rito speciale' (che hanno una strutturazione particolare e diversa da quella del processo ordinario di cognizione, suggerita dalla specialità della situazione sostanziale sulla quale incidono) v. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1995, 169 ss.; TOMMASEO, *Appunti di diritto processuale civile. Nozioni introduttive*, Torino, 1993, 19 ss.

⁽³⁸⁾ Com'è noto, l'art. 54, 6° comma, l. 18 giugno 2009 n. 69 ha abrogato gli artt. 1-33, 41, 1° comma, e 42 d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, aggiungendo tuttavia che tali disposizioni "*continuano ad applicarsi alle controversie pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge*": per codeste controversie, quindi, il rito *de quo* sopravvive ancora.

⁽³⁹⁾ Coerente con tale impostazione appare Corte cost. 14 dicembre 1989 n. 543, in *Foro it.*, 1990, I, 366: "*In proposito va sottolineato che, in ogni caso ..., è da escludere che ogni rito processuale diverso da quello ordinario possa, di per sé, essere considerato in contrasto con l'art. 24 Cost., e ciò perché quest'ultimo rito non costituisce ... l'unico ed esclusivo strumento di attuazione della garanzia costituzionale*".

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

⁽⁴⁰⁾ Così, invece, sostanzialmente fa Lanfranchi negli scritti ricordati alla nota 33.

esso abbia natura contenziosa ⁽⁴¹⁾): di guisa che la conformità del rito ‘volontario’ all’art. 111, 1° comma, Cost. va verificata indipendentemente dal ‘grado di completezza’ della relativa attività cognitiva, potendo quest’ultima essere (bensì informale, ma) piena.

In terzo luogo, poi, risulta difficile capire perché quegli Studiosi abbiano connesso l’esigenza di una predeterminazione legislativa delle forme processuali **solamente** ai procedimenti a contenuto contenzioso e non anche, invece, a quelli di volontaria giurisdizione *stricto sensu*, a quelli esecutivi ed a quelli cautelari: i quali (al pari dei giudizi contenziosi) hanno sicuramente natura giurisdizionale e, pertanto, rientrano anch’essi a pieno titolo nella previsione *ex art.* 111, 1° comma, Cost. [che si riferisce a **ogni** tipo di processo “*attuativo della giurisdizione*” ⁽⁴²⁾].

⁽⁴¹⁾ Al riguardo v. sempre Corte cost. 14 dicembre 1989 n. 543, cit., nella cui motivazione si legge che il procedimento camerale non solo “*non appare in contrasto con la garanzia costituzionale del diritto alla difesa dal momento che risulta assicurato il principio del contraddittorio per la generale applicabilità dell’art. 101 c.p.c.*”, ma soprattutto che quello stesso procedimento “*è caratterizzato ... da una fase istruttoria solo eventuale e comunque più rapida, in quanto non formale, purchè, quando si tratta di giurisdizione contenziosa, siano osservati i principi sulla prova propri di essa*”.

Nello stesso senso, con riferimento alla previgente disciplina della fase camerale del procedimento per dichiarazione di fallimento (v. par. 17), Corte cost. 23 dicembre 2005 n. 460, in *Foro it.*, 2006, 3, 1, 639: “*... la fase dell’opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento assume certamente ‘valore impugnatorio con contenuto sostanziale di revisio prioris instantiae’: non soltanto la sentenza dichiarativa di fallimento, ove non opposta, è idonea a passare in giudicato, non soltanto le condizioni che legittimano il provvedimento sono oggetto di rivalutazione in sede di opposizione, ma proprio la gravità delle conseguenze (non di rado irreversibili) derivanti dalla dichiarazione di fallimento rende evidente come la ‘sommarietà’ della cognizione camerale vada intesa nel senso non già di ‘parzialità’ o ‘superficialità’, bensì di ‘deformalizzazione’. Ove ciò non fosse - se, cioè, la dichiarazione di fallimento potesse seguire ad una cognizione parziale o incompleta, nella quale gli elementi utilizzabili dal giudice per la decisione non fossero assunti nel (sia pur non formalizzato) contraddittorio delle parti (ed in primis del fallendo) - la disciplina legislativa, che consente effetti tanto rilevanti e potenzialmente definitivi, sarebbe di più che dubbia costituzionalità*”.

⁽⁴²⁾ Pur non trovandosi nella Costituzione un’espressa definizione della giurisdizione, ci sembra comunque possibile ricostruire una nozione di giurisdizione costituzionalmente rilevante. A tal fine consideriamo esatta l’opinione di MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 17 ss., 54 ss., il quale:

- distingue tra ‘funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie’(che, cioè, “*il Legislatore è vincolato ad istituire e ad attribuire ai giudici*”) e ‘funzioni non

Ritenere che la dizione “*regolato dalla legge*” ex art. 111, 1° comma, Cost. equivalga a ‘rigida predeterminazione legislativa delle modalità di svolgimento del giudizio’, infine, significa assegnare corrvivamente ed apoditticamente un carattere ‘assolutato’ alla riserva di legge *de qua*: il che appare non corretto dal punto di vista metodologico ⁽⁴³⁾ e assolutamente sterile dal punto di vista applicativo, posto che “*la Corte costituzionale mostra la tendenza inquietante a degradare a riserve relative anche certe riserve che in precedenza erano considerate assolute (specialmente, la riserva di cui all’art. 25, 2° comma, Cost.)*” ⁽⁴⁴⁾.

necessariamente giurisdizionali’ (che, cioè, “*possono o no, a discrezione del Legislatore, essere affidate ai giudici*”);

- afferma che, ove queste ultime “*siano affidate a giudici ordinari, l’interprete non può dubitare che, salvi casi eccezionali, la scelta del Legislatore sia per la giurisdizionalità, dato il principio generale della giurisdizionalità di ogni provvedimento di magistrato ordinario*”;
- individua, più esattamente, tale principio nell’art. 102, 1° comma, Cost., dal quale si desume che “*ai magistrati ordinari non spettano altre funzioni che quelle giurisdizionali, onde si deve qualificare giurisdizionale, o, se si preferisce, denominare processo, ogni procedimento il cui atto finale sia di magistratura ordinaria ...; a tale principio si potranno rinvenire eccezioni là dove l’effetto dell’atto predetto non abbia il ... carattere di attuazione puramente oggettiva dell’ordinamento, cioè là dove, in sostanza, il giudice o i giudici non operino come tali, ma come organi dello Stato-persona giuridica (o dell’amministrazione in senso lato) o comunque come soggetti inquadrati in uno degli apparati burocratici e autoritari dello Stato medesimo (si pensi, ad esempio, ai poteri disciplinari e di ordine interno attribuiti ai capi degli uffici giudiziari, e alle decisioni in materia di nomine agli uffici giudiziari che spettano al Consiglio superiore della magistratura)*”.

In questa prospettiva, più precisamente, le ‘funzioni giurisdizionali costituzionalmente necessarie’ sono: a) la tutela dei diritti e degli interessi legittimi; b) la cognizione, positiva o negativa, dei reati e la loro punizione.

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

⁽⁴³⁾ Invero, “*il carattere della riserva di legge, chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia che essa legge ha operato, dipende dalle specifiche norme costituzionali che prevedono le varie riserve, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica*” (Corte cost. 27 novembre 1998 n. 383, in *Cons. stato*, 1998, II, 1622).

⁽⁴⁴⁾ Così GUASTINI, *Legge (riserva di)*, cit., 170, nota 35.

Alla stregua di quest'ultima considerazione è – a nostro avviso – preferibile evitare di scrivere pagine (più o meno eleganti, ma) destinate ad essere sicuramente ‘cestate’ dalla Corte costituzionale e riconoscere senz'altro il carattere ‘relativo’ della riserva di legge in questione ⁽⁴⁵⁾.

Qualificati Scrittori, del resto, hanno dimostrato “*che tutte le riserve sono relative, salvo poi verificare, di volta in volta, quali sono i margini di discrezionalità che la legge può validamente lasciare agli organi deputati alla sua applicazione (siano essi amministrativi o giurisdizionali)*” ⁽⁴⁶⁾.

7. Incompatibilità del procedimento camerale uniforme con il principio di legalità processuale.

‘Assoluta’ o ‘relativa’ che sia, la riserva di legge *de qua* è sicuramente violata dalle disposizioni contenute negli artt. 737-742 c.p.c., le quali integrano la disciplina del procedimento camerale uniforme ⁽⁴⁷⁾ perchè “*si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone*” (art. 742 bis c.p.c.).

Invero, anche a voler ritenere che quella riserva di legge sia soltanto ‘relativa’ (di guisa che l’affermazione che ci apprestiamo a fare varrebbe *a fortiori* in presenza di una riserva ‘assoluta’), nessuno comunque potrebbe dubitare del fatto che contrasta con essa il procedimento appena ‘abbozzato’ dagli artt. 737 e ss. c.p.c.: e ciò, perchè tale normativa lascia all’organo giurisdizionale una discrezionalità praticamente ... ‘sconfinata’.

⁽⁴⁵⁾ Conf. COMOGLIO, *Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*, cit., 744 ss.

⁽⁴⁶⁾ BALDUZZI-SORRENTINO, *Riserva di legge*, cit., 1218.

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

⁽⁴⁷⁾ Abbiamo così mutuato la qualificazione usualmente data (in conseguenza del suo generale ambito applicativo *ex art. 669 quaterdecies* c.p.c.) al procedimento cautelare previsto dagli artt. 669 bis-669 terdecies c.p.c.

Conseguentemente, la sua incompatibilità con l'art. 111, 1° comma, Cost. è (più che dubbia) **certa**, non essendo rinvenibile negli artt. 737 e ss. c.p.c. **neppure** una disciplina di principio che regoli gli aspetti essenziali della materia, in modo da circoscrivere la discrezionalità del giudice nell'esercizio dei suoi poteri (⁴⁸).

8. La 'finzione normativa' degli artt. 737-738, 1° e 2° comma, c.p.c. e la direttiva inquisitoria ex art. 738, 3° comma, c.p.c. quali strumenti dilatatori della discrezionalità del giudice.

Altri hanno già ben dimostrato il disvalore del procedimento camerale rispetto “*al modello costituzionale di processo regolato dalla legge e di giudice garante delle regole*” (⁴⁹).

Pertanto [ed anche allo scopo di evitare che discorsi assiologici incentrati sui ‘nobili principi’ vengano frettolosamente elusi nel nome di un (benefico) pragmatismo contrapposto ad un (deleterio) “*formalismo delle garanzie*” (⁵⁰)], riteniamo op-

(⁴⁸) In questo modo abbiamo parafrasato la definizione di ‘riserva relativa’ data da CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, cit., 53, la quale è sostanzialmente recepita dalla Consulta (v. per esempio Corte cost. 29 luglio 1982 n. 161, in *Giur. cost.*, 1982, I, 1402; Corte cost. 5 febbraio 1986 n. 34, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 22; Corte cost. 5 maggio 1988 n. 507, in *Foro it.*, 1988, I, 2098; Corte cost. 9 marzo 1989 n. 102, in *Giur. cost.*, 1989, I, 536).

(⁴⁹) CIVININI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘giusto processo civile’. Le garanzie*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, cit., 271 ss., 276 ss., dove si richiamano in particolare i valori della dell'imparzialità del giudice, della certezza del diritto e dell'uguaglianza “*non solo all'interno e nello svolgimento della singola controversia o del singolo affare, ma anche all'esterno, tra controversia e controversia (appartenenti alla stessa categoria), affare e affare, ufficio giudiziario e ufficio giudiziario*”.

(⁵⁰) V. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 17 ss., il quale ‘liquida’ il discorso sulla conformità a Costituzione dei procedimenti camerale con singolari affermazioni, che confuteremo nel prosieguo del presente lavoro (parr. 11-15).

Questo Autore (com'è noto) da decenni tende a presentarsi come il principale antagonista del fenomeno da lui stesso chiamato “*formalismo delle garanzie*” [v. esemplificativamente CHIARLONI, *Questioni rilevabili di ufficio, diritto di difesa e ‘formalismo delle garanzie’*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.; *Giudice monocratico e giudice collegiale nella riforma del processo civile (ancora contro il formalismo delle garanzie)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 473 ss.; *Le vie infinite del formalismo garantistico: il nuovo art. 111 Cost. e la pretesa illegittimità del processo indiziario*, *ivi*, 2001, 1479 ss.; *La sentenza ‘della terza via’ in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, *ivi*, 2002, 1363 ss.].

portuno dare qui al nostro discorso una connotazione applicativa, evidenziando le ‘storture’ che le norme in esame possono provocare (e non di rado provocano) nella prassi giudiziaria.

A questo scopo occorre, anzitutto, considerare che la disciplina del procedimento di prima istanza (artt. 737-738 c.p.c.)⁽⁵¹⁾ si risolve nella previsione:

- a) della forma dell’atto introduttivo (ricorso: art. 737 c.p.c.);
- b) della forma del provvedimento conclusivo (decreto motivato: art. 737);
- c) della nomina di un relatore, in caso di procedimento innanzi a giudice collegiale (art. 738, 1° comma);
- d) delle modalità acquisitive dell’eventuale parere del pubblico ministero (previa comunicazione degli atti a quest’ultimo e stesura delle sue conclusioni in calce al provvedimento presidenziale: art. 738, 2° comma);
- e) della possibilità per il giudice di assumere sommarie informazioni (art. 738, 3° comma).

Tutto il resto [modalità di instaurazione del contraddittorio, termini di comparizione, domande riconvenzionali, intervento di terzi, termine preclusivo al rilievo *ex officio* dell’incompetenza *ex* art. 38, 1° comma, c.p.c.⁽⁵²⁾, assistenza del difensore, sospensione del procedimento, corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, regolamento delle spese, ecc.⁽⁵³⁾] è rimesso integralmente alla discrezionalità del giudice: con la conseguente esistenza (da un lato) di prassi spesso contraddittorie ed inesistenza (dall’altro lato) di ogni ... certezza del diritto.

Le stesse previsioni *ex* artt. 737-738 c.p.c., peraltro, si rivelano quasi del tutto inutili perché:

- A) equivalente al ricorso *ex* art. 737 c.p.c. viene considerato l’atto di citazione⁽⁵⁴⁾;

⁽⁵¹⁾ Le stesse regole si applicano al procedimento di reclamo, stante l’espresso richiamo delle forme camerali operato dall’art. 739, 1° comma, c.p.c.

⁽⁵²⁾ La più recente giurisprudenza, nondimeno, considera applicabile pure ai procedimenti camerali il limite temporale posto dall’art. 38 c.p.c. per il rilievo dell’incompetenza: v. al riguardo la parte conclusiva della nota 87.

⁽⁵³⁾ Su questi ed altri problemi v. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, Torino, 1994, 73 ss.

⁽⁵⁴⁾ V. in tal senso CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 159. Per la giurisprudenza v.:

B) l'obbligo di motivare il decreto conclusivo non solo deriva direttamente dall'art. 111, 6° comma, Cost. [*“tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”* ⁽⁵⁵⁾], ma spesso viene pure sostanzialmente eluso ⁽⁵⁶⁾;

C) la nomina del relatore, se fatta, sarebbe possibile pur senza l'art. 738, 1° comma, c.p.c. in quanto essa [considerata altresì la mancanza *in subiecta materia* di una norma prescrivente la trattazione collegiale ⁽⁵⁷⁾] rappresenterebbe comunque un'estrinsecazione dei poteri organizzatori propri del presidente; mentre la stessa (nomina del relatore), se non fatta, non potrebbe comportare alcuna invalidità, non essendo configurabili in capo al relatore poteri propri e/o diversi rispetto a quelli del collegio;

D) è ben vero che il parere del pubblico ministero *ex art.*

- Cass. 21 febbraio 1997 n.1608 [*“Il giudizio di merito relativo alla dichiarazione di paternità o maternità naturale di minori, innanzi al tribunale, a norma dell'art. 38 disp. att. c.c. (come modificato dall'art. 221 l. 19 maggio 1975 n. 151 e dall'art. 68 l. 4 maggio 1983 n. 184), ove attivato con citazione invece che con ricorso (a mezzo del quale deve essere introdotto, a norma dell'art. 737 c.p.c., trattandosi di giudizio soggetto al rito camerale anziché al rito contenzioso ordinario) non è viziato da nullità quando l'atto introduttivo contenga tutti gli elementi necessari a farlo considerare come ricorso e siano stati adottati dal giudice i conseguenti provvedimenti di legge ai fini della instaurazione del contraddittorio”*];

- Trib. Pavia 23 ottobre 1987, in *Giust. civ.*, 1988, I, 252 (*“La modifica delle condizioni della separazione consensuale omologata va richiesta con il rito camerale e non nelle forme del giudizio ordinario, ma la citazione può essere convertita in ricorso, ove di questo contenga tutti gli elementi necessari e sia munita dei requisiti indispensabili al raggiungimento dello scopo”*).

⁽⁵⁵⁾ Cfr. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 191 ss. spec. 200-202.

⁽⁵⁶⁾ V. Cass. 8 luglio 2005 n.14390: *“La motivazione del decreto, ove necessaria, come nel caso in cui tale provvedimento sia emesso per definire un procedimento in camera di consiglio, non dev'essere ampia come quella della sentenza, né succinta, come quella dell'ordinanza, ma può ben essere sommaria, nel senso che il giudice, senza ritrascriverli nel decreto, può limitarsi ad indicare quali elementi, tra quelli indicati nell'istanza che lo ha sollecitato, lo abbiano convinto ad assumere il provvedimento richiesto, essendo comunque tenuto, in ottemperanza all'obbligo di motivazione impostogli dall'art. 111, 6° comma, Cost., a dar prova, anche per implicito, di aver considerato tutta la materia controversa”*.

⁽⁵⁷⁾ V. art. 350, 1° comma, prima parte, c.p.c. (*“Davanti alla corte di appello la trattazione dell'appello è collegiale”*).

Si ricorda, poi, che l'art. 27 l. 12 novembre 2011 n. 183 (con effetto dal 31 gennaio 2012) ha aggiunto alla disposizione suindicata le seguenti parole: *“ma il presidente del collegio può delegare per l'assunzione dei mezzi istruttori uno dei suoi componenti”*.

738, 2° comma, è stato [erroneamente ⁽⁵⁸⁾] considerato “atto doveroso, che non può essere omissivo in quanto costituisce elemento essenziale del procedimento” ⁽⁵⁹⁾; ma è altrettanto vero che sarebbe del tutto irragionevole ritenere che il mancato compimento di tale atto da parte del pubblico ministero (specialmente quando il giudice, rilevata l’omissione, lo abbia nuovamente e vanamente invitato a compierlo!) possa impedire la pronuncia del provvedimento camerale e/o ne possa provocare l’invalidità: di guisa che la norma ex art. 738, 2° comma, c.p.c. si risolve sostanzialmente nella (sola) previsione della comunicazione degli atti al pubblico ministero, la quale nondimeno è **già** imposta al giudice dalla ‘disposizione generale’ ex art. 71, 1° comma, c.p.c. (letto in combinazione con l’art. 70, 1° comma, n. 5, c.p.c.) ⁽⁶⁰⁾.

Alla stregua di quanto precede risulta evidente che la sola disposizione ‘utile’ contenuta nella disciplina del procedimento

⁽⁵⁸⁾ V. la nota seguente.

⁽⁵⁹⁾ V. Cass., 21 agosto 1993, n. 8862: “A differenza dei procedimenti di volontaria giurisdizione nei quali il parere del p.m., cui fa riferimento l’art. 738, 2° comma, c.p.c., è atto doveroso, che non può essere omissivo in quanto costituisce elemento essenziale del procedimento, nel processo contenzioso, ove l’art. 72 c.p.c. dispone che il p.m., interveniente nelle cause che avrebbe potuto proporre, ha i medesimi poteri che competono alla parte, e che lo stesso, negli altri casi di intervento, può produrre documenti, dedurre prove e prendere conclusioni nei limiti delle domande delle parti, tale organo, malgrado la natura pubblicistica dell’interesse che presiede al suo intervento, è assimilato alle altre parti circa la libertà di far valere i suoi poteri, fino al punto di legittimare il mancato esercizio dei poteri stessi”.

Codesta distinzione, peraltro, ci sembra fondata su una ‘formalistica’ lettura comparata degli artt. 72 e 738, 2° comma, c.p.c.

A parte la considerazione logica che sarebbe assurdo consentire ad un pubblico ministero ‘obbligato ad intervenire’ ex art. 72, 1° comma di far **meno** di quello richiesto al pubblico ministero ‘chiamato solo ad ... interloquire’ nei casi richiamati *per relationem* dall’art. 738, 2° comma, a nostro avviso quest’ultima disposizione (se letta nel contesto della ‘laconicità’ caratterizzante la disciplina ex art. 737 ss. c.p.c.) intende **soltanto** disciplinare le **modalità di acquisizione** del parere del pubblico ministero nei procedimenti camerale (in forma scritta e previa comunicazione degli atti per ordine presidenziale), allorché la legge ne prevede espressamente la partecipazione.

Tale partecipazione, a sua volta, è assimilabile all’intervento obbligatorio ex art. 70, 1° comma, n. 5: di tal che i poteri spettanti al pubblico ministero nei procedimenti camerale non si esauriscono nell’esternazione di un parere, ma ricomprendono (pure) quelli ex art. 72, 2° comma.

⁽⁶⁰⁾ V. la parte conclusiva della nota precedente.

Quanto testè detto rende superflua la considerazione che non di rado il parere del pubblico ministero ex art. 738, 2° comma, c.p.c. si risolve in un neutro “*visto*”: e, quindi, di fatto ... non viene dato!

camerale uniforme è quella *ex art. 738, 3° comma, c.p.c.* (“*Il giudice può assumere informazioni*”) ⁽⁶¹⁾, che dà a quel procedimento un’ispirazione inquisitoria, così derogando al principio dispositivo divisato *generaliter* dall’art. 115 c.p.c. ⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Sul contenuto di questo potere la Consulta ha dimostrato di avere idee alquanto confuse.

Invero, Corte cost. 10 luglio 1975 n. 2, in *Foro it.*, 1975, I, 1575 ha affermato che “*l’art. 9 della legge n. 898 del 1970, nell’indicare i mezzi probatori consentiti, per coonestare o per contraddire la domanda di revisione, fa riferimento testuale alla sola ‘assunzione di informazioni’ ossia ad un mezzo di indagine non formale, ma atipico, consistente tradizionalmente nell’acquisizione di dati forniti, a richiesta, dalla polizia giudiziaria o dalla pubblica amministrazione*” (ragione per la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale della norma predetta “*nella parte in cui non consente il normale esercizio di facoltà di prova*”).

Invece, Corte cost. 17 maggio 2001 n. 140, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 814, e Corte cost. 26 febbraio 2002 n. 35, in *Foro it.*, 2002, I, 1290, hanno sostenuto che “*il potere attribuito al giudice dall’art. 738 c.p.c. di assumere informazioni è assai più ampio di quello previsto dall’art. 213 c.p.c., perché non ha esclusivamente come destinatario una p.a., ma può essere indirizzato nei confronti di qualsiasi soggetto pubblico e privato in grado di fornire elementi affidabili e postula che le risposte possano essere fornite con qualunque mezzo di comunicazione, compresi quelli tecnologicamente più avanzati*”.

Sull’istituto in questione v. in generale CAPPONI, *Le ‘informazioni’ del giudice civile (appunti per una ricerca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 911 ss.

⁽⁶²⁾ Sul tema v. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 182 ss., la quale opera pure un’attenta e rigorosa ricognizione dell’ambito operativo dei poteri istruttori officiosi e delle attività in cui si concretano tali poteri, nonché degli oneri e dei poteri attribuiti alle parti.

In argomento v. altresì:

- Corte cost. 14 dicembre 1989 n. 543, cit.: “*il procedimento camerale, è caratterizzato...da una fase istruttoria solo eventuale e comunque più rapida, in quanto non formale, purché, quando si tratta di giurisdizione contenziosa, siano osservati i principi sulla prova propri di essa*”; di guisa che anche “*nel rito camerale ... è possibile acquisire ogni specie di prova precostituita e procedere alla formazione di qualsiasi prova costituenda, purché il relativo modo di assunzione - comunque non formale nonché atipico - risulti, da un lato, sempre compatibile con la natura camerale del procedimento, e, d’altro lato, non violi il principio generale della idoneità degli atti processuali al raggiungimento del loro scopo*”;
- Cass. 4 ottobre 2005 n. 19354, in *Giur. it.*, 2006, 2266 (in tema di equa riparazione per durata irragionevole del processo), nella cui motivazione si legge: “*la formulazione dell’art. 3, 5° comma, della legge n. 89 del 2001 non esclude che i mezzi di prova attraverso i quali ricostruire i fatti rilevanti ai fini del decidere siano, e restino, quelli ‘tipici’ di ogni procedimento il quale, come accade in materia di equa riparazione, pur articolandosi nelle forme della camera di consiglio (art. 3, 4° comma, della già citata legge n. 89/001), non realizzi un’espressione di giurisdizione volontaria (così da rendere possibile al giudice di assumere informazioni sui fatti in modo tendenzialmente libero e di ricorrere a mezzi di prova anche ‘atipici’), ma abbia per oggetto un conflitto di posizioni tra le parti applicato a diritti soggettivi, ovvero costituisca l’espedito normativo per dare vita ad una forma processuale semplificata ed alternativa rispetto a quella ordinaria, ma volta a finalità di accertamento e/o di condanna che sono analo-*

E' importante evidenziare adesso come le due situazioni testè segnalate (*id est*: il 'nulla giuridico' dissimulato dalla 'finzione normativa' rappresentata dagli artt. 737 e 738, 1° e 2° comma, c.p.c.; e la direttiva inquisitoria data dall'art. 738, 3° comma, c.p.c.) contribuiscano a dilatare ulteriormente gli spazi della c.d. discrezionalità del giudice *in subiecta materia*, rendendoli ... illimitati.

9. Segue: l'anarchia coesistente al potere giudiziale di assumere informazioni.

Per quanto concerne, per cominciare, il potere *ex art.* 738, ultimo comma, c.p.c., si rileva che esso (da un lato) 'nel nome della ricerca della verità' consente al giudice di sentirsi autorizzato a far tutto quello che vuole sul piano delle indagini⁽⁶³⁾; e che lo stesso (dall'altro lato) 'nel nome della discrezionalità' può essere o può non essere esercitato dal giudice *ad libitum*⁽⁶⁴⁾.

ghe od identiche, onde dal catalogo delineato dagli artt. 2699 e ss. c.c. e dagli artt. 191 e ss. c.p.c., ivi comprendendo, quindi, altresì la prova testimoniale, le parti e la corte di appello (quest'ultima nell'esercizio dei suoi poteri ufficiosi) possono attingere senza limitazioni particolari, tanto più in un caso, come quello di specie, in cui le norme sul procedimento di equa riparazione, contenute nel richiamato art. 3 della legge n. 89/2001, non recano alcuna esplicita disposizione in contrario”.

Mette conto sottolineare come da codeste pronunce si desuma inequivocabilmente che:

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

⁽⁶³⁾ V. la motivazione di Cass. 8 marzo 1999 n. 1947, nella parte in cui sta scritto: “secondo la previsione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 738 c.p.c., il giudice, senza che sia necessario il ricorso alle fonti di prova disciplinate dal codice di rito, risulta in effetti svincolato dalle iniziative istruttorie delle parti e procede con i più ampi poteri inquisitori, i quali si estrinsecano appunto attraverso l'assunzione di informazioni (Cass., 25 maggio 1982, n. 3180; Cass., 23 settembre 1998, n. 9499), che, espressamente consentita dalla disposizione da ultimo citata, non resta subordinata all'istanza di parte (in deroga al principio della disponibilità delle prove)”.

⁽⁶⁴⁾ V. sempre la motivazione di Cass. 8 marzo 1999 n. 1947, cit., nella parte in cui sta scritto che l'assunzione delle informazioni in discorso, “palesandosi es-

E' evidente, pertanto che l'acquisizione delle informazioni *de quibus* dipende ... dal caso: anzi (chiamando le cose con il loro nome) ... dall'arbitrio giudiziale ⁽⁶⁵⁾, posto che per la Suprema Corte la mancata estensione ulteriore dell'indagine è incensurabile perché (a suo dire) “*non determina l'inosservanza delle norme che disciplinano il procedimento camerale*” ⁽⁶⁶⁾.

10. Segue: i rischi di deregulation assoluta connessi all'apparente specificità e completezza della normativa ex artt. 737-738, 1° e 2° comma, c.p.c.

Per quanto riguarda, poi, le disposizioni ex artt. 737 e 738, 1° e 2° comma, c.p.c., è ben vero che esse (come segnalato) sono sostanzialmente inutili: senonché la loro ‘parvenza normativa’ può indurre di fatto certi giudici ‘volontari’ ad utilizzarle come ‘disciplina specifica e tendenzialmente completa’ del rito camerale che, in quanto tale, viene non di rado considerata da quegli stessi giudici una sorta di *hortus conclusus*, una vera e propria ‘monade senza finestre’ insensibile all'applicazione di principi e/o di regole generali del processo civile.

sere l'oggetto di una mera facoltà in ragione dello stesso tenore letterale dell'art. 738, 3° comma, c.p.c. ('Il giudice può assumere informazioni'), non implica alcun obbligo per quest'ultimo, onde la mancata estensione ulteriore dell'indagine non determina l'inosservanza delle norme che disciplinano il procedimento camerale e risulta quindi incensurabile, sotto il profilo della violazione di legge nei termini sopra delineati, in ordine al mancato esercizio della predetta facoltà”.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cons. stato 29 aprile 2002 n.228, in *Rass. dir. farm.*, 2003, 494: “*L'ampia discrezionalità riconosciuta ad una pubblica amministrazione in una determinata materia, non sottrae i relativi provvedimenti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, volto a controllare, proprio attraverso l'esame della motivazione, l'esercizio del potere sotto il profilo della logicità, razionalità e congruità, per evitare che esso possa scadere nel mero arbitrio*”.

⁽⁶⁶⁾ Anche queste parole sono state estrapolate dalla motivazione di Cass. 8 marzo 1999 n. 1947, cit.

Sulla tendenza della Suprema Corte a considerare insindacabile l'esercizio o il mancato esercizio dei poteri processuali a contenuto discrezionale v. Cass. 29 ottobre 2010 n. **22196**: “*Il provvedimento di cui all'art. 210 c.p.c. è espressione di una facoltà discrezionale rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, che non è tenuto ad indicare le ragioni per le quali ritiene di avvalersi, o no, del relativo potere, il cui mancato esercizio non può, quindi, formare oggetto di ricorso per cassazione, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione*”; analogamente Cass. 2 febbraio 2006 n. 2262; Cass. 23 febbraio 2010 n. 4375; Cass. 7 luglio 2011 n. **14968**.

In senso contrario v., però, Cass. 19 maggio 2009 n. 11603; Cass. 17 marzo 2010 n. **6439**.

A riprova ‘concreta’ di questa affermazione apparentemente ‘astratta’ possiamo additare una ‘vera’ vicenda processuale a noi personalmente nota ⁽⁶⁷⁾, che ha avuto i seguenti sviluppi.

a) Promosso da un genitore il procedimento per la pronuncia della decadenza dalla potestà esercitata sui figli minori dal coniuge (art. 330 c.c.) ed emesso *inaudita altera parte* in data 13 settembre 2005 un provvedimento di “*urgente necessità*” ex art. 336, ultimo comma, c.c. (sospensione in via provvisoria del genitore convenuto dalla potestà esercitata sulla prole), il Tribunale per i Minorenni con quello stesso decreto convocava le parti per l’udienza del 1° dicembre 2005 ai fini della decisione del merito del procedimento (pronuncia di decadenza dalla potestà genitoriale nei confronti del coniuge ‘sospeso’): così violando la regola ex art. 669 *sexies*, 2° comma, c.p.c., alla stregua della quale entro 15 giorni (o tutt’al più entro 45 giorni in virtù dell’ultimo comma della stessa disposizione) avrebbe dovuto tenersi l’udienza per la conferma, modifica o revoca del provvedimento cautelare ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Trattasi del procedimento iscritto presso il Tribunale per i Minorenni di Torino al N. 2293/2005 reg. V. G.

⁽⁶⁸⁾ Sebbene osteggiata da parte della dottrina (v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, MORANI, *Provvedimenti temporanei ed urgenti del tribunale per i minorenni: esperibilità del reclamo ed individuazione del giudice competente*, in *Giur. it.*, 2000, 1649 ss.), la natura cautelare dei provvedimenti provvisori ex art. 336 c.c. è da tempo riconosciuta dalla Suprema Corte [cfr. Cass. 23 dicembre 1983 n. 7588: “*Al fine di individuare il giudice competente ad emettere i provvedimenti temporanei nell’interesse del figlio minore, di cui all’art. 336 c. c., occorre distinguere l’ipotesi in cui essi siano chiesti o adottati ex officio in modo autonomo, da quella in cui siano richiesti o adottati in pendenza della procedura diretta alla pronuncia di uno dei provvedimenti riguardanti la potestà dei genitori, indicati negli art. 330-335 c. c. Nel primo caso, la competenza va determinata sulla base della residenza del minore al momento della domanda del provvedimento urgente, se il giudice provvede su istanza di parte, o al momento della pronuncia, se provvede d’ufficio. Nel secondo caso, invece, i provvedimenti provvisori si inseriscono nel procedimento pendente, dando luogo ad una fase cautelare del medesimo, e tanto per la loro adozione, quanto per la loro eventuale modifica o revoca si deve far capo alla situazione di fatto (residenza del minore) esistente al momento della presentazione dell’originario ricorso, con la conseguenza che le domande relative vanno proposte al giudice di quel procedimento”].*

Sulla tendenziale applicabilità (in virtù della regola di ‘espansività’ prevista dall’art. 669 *quaterdecies* c.p.c.) degli artt. 669 *bis* e ss. c.p.c. (purché non derogati da disposizioni speciali) ai provvedimenti provvisori ed urgenti di competenza del giudice camerale o strumentali all’emanazione di provvedimenti di competenza del medesimo v. per tutti CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 209 ss., nonché (con particolare riferimento ai provvedimenti temporanei ed urgenti ex art. 336, ultimo comma, c.c.) 550 ss.

b) All'udienza del 1° dicembre 2005 il Giudice delegato, acquisita documentazione ed informazioni dall'unico genitore comparso (quello che aveva preso l'iniziativa del procedimento, il quale aveva pure espressamente 'insistito' per la definitiva pronuncia di decadenza del coniuge dalla potestà genitoriale), di fatto ... sospendeva il procedimento di merito ... in attesa che la Sezione Minorenni della Corte di Appello si pronunciasse sul reclamo (peraltro *ictu oculi* inammissibile) proposto con scopi meramente dilatori dall'altro genitore (quello non comparso) avverso il provvedimento urgente del 13 settembre 2005: così da un lato violando [nella manifesta insussistenza dei presupposti per la sospensione necessaria del processo *ex art. 295 c.p.c.* (⁶⁹)] la regola della tassatività delle cause di so-

Sul tema v. pure i puntuali argomenti rassegnati da COSTANTINO, *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Nuove leggi civili*, 1992, 400 ss., 418 per dimostrare che le caratteristiche della tutela camerale rispetto a quella contenziosa (consistenti nella sommarietà del rito previsto tanto per la fase urgente quanto per la fase di merito; e nel fatto che l'iniziativa per l'instaurazione della fase di merito è normalmente ufficiosa o anche del P.M.) non sembrano sufficienti per escludere l'applicabilità ai provvedimenti in esame delle norme generali del procedimento cautelare uniforme: del resto, una diversa soluzione potrebbe far sorgere un problema di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. delle discipline speciali "*in relazione alla limitazione degli spazi di tutela del soggetto passivo*".

In effetti App. Torino 3 gennaio 2001, in *Famiglia e diritto*, 2001, 315, aveva sollevato (tra l'altro) la *quaestio legitimitatis* dell'art. 336, ultimo comma, c.c. nella parte in cui non prevede che gli eventuali provvedimenti pronunciati in caso di urgente necessità senza sentire le parti siano oggetto di conferma, modifica o revoca in un'apposita udienza in contraddittorio con le parti.

Senonché Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, in *Foro it.*, 2002, I, 3302 ha dichiarato inammissibile la questione con la seguente motivazione, che, pur non essendo vincolante per i giudici di merito (trattandosi di pronuncia di inammissibilità), potrebbe favorire l'affermazione definitiva dell'opinione di Costantino: "*Il giudice a quo - pur dubitando che la disciplina del procedimento urgente in materia di potestà genitoriale, di cui al terzo comma dell'art. 336 c.c., sia conforme ai parametri evocati - non ha valutato la possibilità di dare della norma impugnata un'interpretazione idonea a porla al riparo dai dubbi di legittimità costituzionale sottoposti al giudizio di questa Corte. In particolare, non ha verificato se - come pure si è sostenuto in giurisprudenza e in dottrina - il procedimento in esame, attesa la sua natura 'cautelare' rispetto a quello 'ordinario' di cui al secondo comma del medesimo art. 336 c.c., non possa ritenersi assoggettato alla disciplina del procedimento cautelare uniforme dettata dagli artt. 669 bis e ss. c.p.c. (applicabile, in quanto compatibile, a tutti i provvedimenti cautelari previsti dal codice civile: art. 669 quaterdecies), con la conseguenza che anche il provvedimento urgente previsto dalla norma impugnata dovrebbe ritenersi regolato dal secondo e dal terzo comma dell'art. 669 sexies*".

(⁶⁹) Invero:

suspensione del procedimento ⁽⁷⁰⁾; e dall'altro lato violando pure (invertendone i termini) il principio della strumentalità ⁽⁷¹⁾ del provvedimento (provvisorio e) cautelare rispetto a quello (definitivo e) di merito ⁽⁷²⁾.

c) Infine, il 26 gennaio 2006 la Corte di Appello-Sezione Minorenni dichiarava la (già palese) inammissibilità del superiore reclamo (perché “*proposto secondo modalità non ammesse dall'ordinamento*”) e ordinava la restituzione del fascicolo al

- a) “*presupposto per la sospensione necessaria del giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., non è la mera pregiudizialità di carattere logico, ma solo la pregiudizialità che si traduca in un potenziale conflitto di giudicati*” (così esemplificativamente Cass. 28 novembre 2007 n. 24751);
- b) una tale ‘pregiudizialità’ non è **mai** configurabile tra il provvedimento cautelare e quello di merito, attesa la relazione di ‘provvisorietà’ e di ‘strumentalità’ intercorrente tra il primo ed il secondo (sulla ‘provvisorietà’ e sulla ‘strumentalità’ quali caratteristiche generali del provvedimento cautelare v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 653 ss.; per l’attenuazione del requisito della ‘strumentalità’ conseguente ai ‘nuovi’ commi 6°-8° dell’art. 669-octies c.p.c. v. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, IV, p. 262 ss.).

⁽⁷⁰⁾ “*Nel quadro della disciplina di cui all'art. 42 c.p.c. (come novellato dalla l. 26 novembre 1990 n. 353) non vi è più spazio per una discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale: ove ammessa, infatti, una tale facoltà (oltre che inconciliabile con il disfavore nei confronti del fenomeno sospensivo, sotteso alla riforma del citato art. 42 del codice di rito) si porrebbe in insanabile contrasto sia con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) e della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), sia con il canone della durata ragionevole, che la legge deve assicurare nel quadro del giusto processo ai sensi del nuovo art. 111 Cost. Dalla esclusione della configurabilità di una sospensione facoltativa ope iudicis del giudizio, deriva sistematicamente, come logico corollario, l'impugnabilità, ai sensi dell'art. 42 c.p.c., di ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione ex lege*” (così Cass. Sezioni unite 1° ottobre 2003 n. 14670, in *Giur. it.*, 2004, 726, successivamente alla quale il principio in questione è diventato ‘diritto vivente’: sulla questione v. in generale VIGNERA, *Il giusto processo regolato dalla legge*, cit., 58 ss.).

⁽⁷¹⁾ V. la parte conclusiva della nota 69.

⁽⁷²⁾ Già PAZE’, *Il processo minorile di volontaria giurisdizione tra prassi autoritaria e incerte prospettive*, in *Questione giustizia*, 1988, 1 ss., 61 ss., 62-63 (attento e scrupoloso Magistrato per anni in servizio presso la Procura della Repubblica minorile di Torino) stigmatizzava come nel settore dei provvedimenti d’urgenza si fosse instaurata una “*prassi degenerativa*” caratterizzata (oltretutto da un’inflazione dei provvedimenti, da una dequalificazione delle informazioni non verificate all’interno del procedimento e da una dilatazione nel tempo dell’efficacia del provvedimento provvisorio) da un “*tendenziale conformismo dei provvedimenti definitivi in adesione ai provvedimenti urgenti*”.

A quanto pare, il tempo passa, il diritto cambia ma ... le brutte abitudini resistono: quanto meno presso il Tribunale per i Minorenni di Torino!

Tribunale per i Minorenni, il quale statuiva in via definitiva (con la pronuncia di decadenza dalla potestà del genitore convenuto) il 20 giugno 2006: *ergo*, dopo circa 7 mesi dal giorno dell' **unica** udienza del procedimento di merito (quella del 1° dicembre 2005) e con indiscutibile violazione di quel principio della ragionevole durata del processo *ex art.* 111, 2° comma, Cost., nel cui nome il rito camerale viene solitamente coonestato ⁽⁷³⁾.

11. Esame critico della tesi rapportante la legittimità costituzionale del rito camerale all'attuazione 'pragmatica' delle garanzie fondamentali delle parti.

A questo punto è arrivato il momento di analizzare e confutare le affermazioni di chi ha pensato di potersi disimpegnare da ogni sforzo interpretativo imposto oggi *in subiecta materia* dai nuovi principi *ex art.* 111 Cost., ispirandosi ad un 'pragmatismo' (presuntivamente benefico) contrapposto ad un (presuntivamente deleterio) "*formalismo delle garanzie*" ⁽⁷⁴⁾.

In quest'ottica, più esattamente, il problema della conformità alla Costituzione dei procedimenti camerale è stato (apparentemente) risolto:

a) invocando la necessità di bilanciare "*l'esigenza imprescindibile della velocità nel provvedere, tipica di gran parte dei procedimenti camerale, ... con l'altrettanto imprescindibile esigenza di salvaguardare i diritti fondamentali delle parti*" ⁽⁷⁵⁾;

b) ravvisando un invalicabile limite "*al penetrante potere direttivo del giudice*" nelle garanzie della difesa e del contraddittorio secondo il "*modulo operativo già individuato in diverse occasioni dalla Corte costituzionale*" rispetto al processo camerale sui diritti ⁽⁷⁶⁾;

⁽⁷³⁾ V. i prossimi parr. 11-12.

⁽⁷⁴⁾ V. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 17 ss., spec. 20-21, dove in sintesi si dice che a contare è (non tanto la loro 'formale regolamentazione' ad opera della legge, quanto) la 'sostanziale attuazione' nella prassi delle garanzie *de quibus*.

⁽⁷⁵⁾ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 20.

⁽⁷⁶⁾ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 21.

c) aggiungendo “che la violazione di questi principi da parte del giudice di merito rende il suo provvedimento ricorribile alla Corte di cassazione, che può così tranquillamente controllare gli eventuali abusi” ⁽⁷⁷⁾;

d) concludendo che “la conformità a Costituzione dei procedimenti camerale regge fintantoché il potere del giudice di fissare autonomamente cadenze processuali e modalità istruttorie” abbia carattere eccezionale: fintantoché cioè “i procedimenti camerale rimangano una netta minoranza rispetto al totale” ⁽⁷⁸⁾.

12. Segue: confutazione dell’argomento incentrato sulla garanzia della ragionevole durata del processo.

Quanto all’argomento *sub a)* (che intende, cioè, coonestare la ‘deformalizzazione’ del procedimento camerale con il principio della ragionevole durata del processo *ex art. 111, 2° comma, ultima parte, Cost.*), è possibile obiettare che:

a) dal punto di vista logico, quel principio può solo giustificare il fatto che il procedimento camerale sia “regolato dalla legge” in modo diverso e/o meno dettagliato rispetto a quello ordinario, ma non anche il fatto che l’*an* e/o il *quomodo* dei singoli atti processuali dipendano **totalmente** (o quasi) dalla discrezionalità del giudice (come, invece, sostanzialmente succede con il vigente rito camerale) ⁽⁷⁹⁾;

⁽⁷⁷⁾ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 21.

⁽⁷⁸⁾ CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, cit., 21-22.

⁽⁷⁹⁾ Detto altrimenti, essendo entrambi valori costituzionali, il principio della ragionevole durata del processo deve essere applicato in modo da **coordinarsi** con quello di legalità processuale e non, invece, in modo da **vanificarlo** e di fatto... abrogarlo!

Com’è stato puntualmente scritto, invero, nel conflitto tra la garanzia della ragionevole durata del processo e le garanzie fondamentali del ‘giusto processo’ “non vi può esser dubbio che la prevalenza vada alle garanzie fondamentali del c.d. ‘giusto processo’, sia perché l’art. 111 Cost. nei primi due commi pone in primo piano la salvaguardia della garanzie del ‘giusto processo regolato dalla legge’ e solo nel rispetto di tali garanzie impone anche la salvaguardia della ‘ragionevole durata del processo’, sia perché – come ha sempre affermato la Corte costituzionale – l’esigenza di garantire la ragionevole durata dei processi deve tendere ad una durata degli stessi che sia appunto ‘ragionevole’ in considerazione anche delle altre tutele costituzionali in materia” (CARRATTA, *La*

b) dal punto di vista pratico, un procedimento ‘deformalizzato’ (qual è quello camerale) di per sé non garantisce affatto (o, comunque, non garantisce sempre) una celerità maggiore di quella del processo ordinario ⁽⁸⁰⁾, atteso in particolare che il primo (non conoscendo le decadenze e le preclusioni tipiche del secondo) non si sviluppa attraverso una successione di singole fasi tendenzialmente ordinate in base ad un criterio di progressione logica (preparazione-trattazione-istruzione-decisione), ma consente facilmente dilatorie regressioni da una fase all’altra ⁽⁸¹⁾ ⁽⁸²⁾.

Corte costituzionale e il ricorso per cassazione quale ‘nucleo essenziale’ del <<giusto processo regolato dalla legge>>: un monito per il Legislatore ordinario, in *Giur. it.*, 2010, 628 ss., 632).

I pericoli connessi ad un ‘uso improprio’ della garanzia in discorso (fatto recentemente dalla Suprema Corte) sono stati icasticamente denunciati da RICCI, *Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 975 ss., dove in particolare (976) si legge: “in nome della ragionevole durata del processo si giunge al principio, secondo il quale *quid iudici placuit legis habet vigorem*”.

⁽⁸⁰⁾ Dissentiamo, perciò, da GRAZIOSI, *La cognizione sommaria del giudice civile nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, cit., 159, secondo cui “un procedimento altamente deformalizzato **per forza di cose**” (sic!) “si svolge in modo più veloce di uno rigidamente regolato dalla legge in ognuno dei suoi passaggi”.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Cass. 25 ottobre 2000 n. 14022, in : “Il rito adottato dal Legislatore, con l’art. 9 della legge sul divorzio, ai fini della modificazione dell’assegno divorzile, risulta regolato, in via generale, dagli art. 737 e ss. c.p.c., e, quanto alle forme, in parte risulta disciplinato espressamente da tale normativa, mentre, nella parte non regolata, risulta rimesso nel suo svolgimento - che è attuato con impulso di ufficio - alla disciplina concretamente dettata dal giudice la quale dovrà garantire il rispetto del principio del contraddittorio e di quello del diritto di difesa. Da ciò deriva, quanto al procedimento di primo grado, che in esso non vengano le preclusioni previste per il giudizio di cognizione ordinario, con la conseguenza che in esso: 1) potranno essere proposte per tutto il corso di esso domande nuove, anche riconvenzionali, in conformità delle direttive dettate dal giudice nella gestione del processo, senza con ciò peraltro che la loro eventuale mancata proposizione possa impedirne la proposizione in separato giudizio; 2) potranno essere ammesse altresì prove nuove, anche in correlazione con i fatti sopravvenuti dedotti nel corso del processo; fatti che - peraltro - anche in questo caso il giudice dovrà e potrà prendere in esame se ed ove dedotti e sempre nei limiti delle domande proposte. Più in particolare trattasi di un procedimento svolgentesi nell’interesse delle parti ed anche nel quale - diversamente da quanto accade nel caso in cui si tratti di modifica dell’assegno di mantenimento di figli minori - vige il principio della domanda e della corrispondenza fra il ‘chiesto’ ed il ‘pronunciato’, investendo la ‘officiosità del procedimento’ unicamente il profilo dell’impulso al suo svolgimento, ed, in certa misura (ai sensi dell’art. 738, 3° comma) l’acquisizione di materiale probatorio. Quanto poi al giudizio di secondo grado nascente dal ‘reclamo’, fermo che quest’ultimo costituisce un

13. Segue: *confutazione dell'argomento richiamante il "modulo operativo" delle garanzie difensive asseritamente ricostruito dalla Corte costituzionale.*

All'argomento *sub b)* (ravvisante un invalicabile limite “*al penetrante potere direttivo del giudice*” nelle garanzie della difesa e del contraddittorio secondo il “*modulo operativo già individuato in diverse occasioni dalla Corte costituzionale*” rispetto al processo camerale sui diritti), poi, si può facilmente obiettare:

a) anzitutto, che per l'art. 111, 1° comma, Cost. il “*giusto processo*” deve essere “*regolato dalla legge*” e non “*regolato dalla Corte costituzionale*”, di guisa che ai fini qui considerati sarebbe di per sé irrilevante (se esistesse) codesto “*modulo operativo individuato dalla Corte costituzionale*”;

mezzo di impugnazione avente carattere 'devolutivo' e come tale ha per oggetto la revisione della decisione di primo grado nei limiti del 'devolutum' e delle censure formulate ed in correlazione alle domande formulate in quella sede, in esso giudizio, mentre possono essere allegare - stante la libertà di forme proprie del procedimento - fatti nuovi, non possono essere proposte domande nuove, in quanto queste ultime snaturerebbero la natura del reclamo quale mezzo di impugnazione e, come tale, avente la funzione di rimuovere vizi del precedente provvedimento”.

(⁸²) Proprio questo pericolo di ‘sovrapposizione’ e di ‘intreccio’ di fasi rappresentava (come tutti sanno) il principale fattore di crisi del processo ordinario di cognizione successivo alla riforma posta in essere con la l. 14 luglio 1950 n. 581, (fattore di crisi) il cui superamento ha ispirato tutte le riforme iniziate con la l. 26 novembre 1990 n. 353 (ed ancora *in itinere*...): v. per tutti TARUFFO, *La trattazione della causa*, in *Le riforme della giustizia civile*, a cura di Taruffo, Torino 1993, 235 ss., 238 ss.

A dimostrazione di tale ‘sovrapposizione’ e di tale ‘intreccio’ di fasi v. esemplificativamente Cass. 15 aprile 1982 n. 2271: “*A norma dell'art. 184 c. p. c., applicabile per il richiamo contenuto nell'art. 359 dello stesso codice, anche al giudizio di appello, la produzione di nuovi documenti e la deduzione di nuove prove deve ritenersi consentita fino alla rimessione della causa al collegio*”.

Tanto precisato, ci sentiamo di affermare che la ‘velocità’ del rito camerale sembra dipendere più dal suo oggetto che non dalla sua struttura.

Più esattamente, i tempi processuali:

- a) sono normalmente ‘rapidi’ in presenza di procedimenti di giurisdizione volontaria *stricto sensu* [con i quali si attua la c.d. gestione di interessi (per questa terminologia e per l'individuazione delle principali fattispecie v. CIVININI, *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., 401-647)], atteso che essi comportano di regola attività istruttorie elementari e prevalentemente documentali;
- b) di solito, invece, sono ‘lenti’ in presenza di procedimenti camerali a contenuto contenzioso o quasi-contenzioso (sui quali v. *supra*, nota 35), dato che essi richiedono normalmente attività istruttorie complesse e simili a quelle proprie del procedimento ordinario di cognizione (audizione delle parti, testimonianze e consulenze tecniche).

b) in secondo luogo, che codesto “*modulo operativo*” ... nessuno lo conosce perché, rispetto alle garanzie costituzionali del contraddittorio, della difesa e della prova nei procedimenti camerali, la Consulta si è pronunciata sempre e solo sull’*an* della loro operatività e **giammai** sul *quomodo* ⁽⁸³⁾;

c) infine, che l’art. 111, 1° comma, Cost. non impone la regolamentazione per legge del ‘processo’ *tout court*, ma soltanto del ‘giusto processo’; e che, quindi, la riserva di legge ivi contemplata ‘copre’ non già ogni aspetto del procedimento giurisdizionale, ma soltanto quelle condizioni oggettive e soggettive necessarie perché lo stesso possa considerarsi ‘giusto’: condizioni tra cui vanno annoverate (tra le altre) **proprio** le garanzie

⁽⁸³⁾ La Corte costituzionale, cioè, ha affermato soltanto che pure nei procedimenti camerali devono essere attuate quelle garanzie fondamentali, **senza esplicitarne mai le relative modalità operative**.

Cfr. Corte cost., 14 dicembre 1989 n. 543, cit.: “*E’ infondata, in riferimento agli art. 3, 24 e 101 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, 12° comma, l. 1° dicembre 1970 n. 898 (così come modificato dall’art. 8 l. 6 marzo 1987 n. 74) e dell’art. 23 l. 6 marzo 1987 n. 74, secondo cui l’appello avverso le sentenze che pronunciano la separazione (e lo scioglimento del matrimonio), le quali siano state pubblicate dopo l’entrata in vigore della l. 74/87, è deciso in camera di consiglio, in quanto: a) il Legislatore è libero di disciplinare il processo secondo forme diverse da quelle del rito ordinario, purché sia assicurato il rispetto del principio del contraddittorio; b) i termini per appellare sono i termini propri delle impugnazioni delle sentenze; c) anche nel rito camerale in appello è possibile acquisire ogni specie di prova precostituita e procedere alla formazione di qualsiasi prova costituenda, purché il relativo modo di assunzione - comunque non formale nonché atipico - risulti compatibile con la natura camerale del procedimento e non violi il principio generale dell’idoneità degli atti processuali al raggiungimento del loro scopo; d) l’assistenza del difensore è consentita; e) il rito camerale non esclude l’applicabilità di quelle norme che disciplinano l’appello nel rito ordinario, come ad esempio quelle sull’appello incidentale e sulla specificità dei motivi di appello, perché esse non sono incompatibili con il rito camerale né incidono sulla celerità del giudizio; f) l’esigenza di rendere più celere il grado d’appello con un’istruttoria semplificata giustifica pienamente la deroga al regime della pubblicità delle udienze”.*

Analogamente Corte cost. 12 luglio 1965 n. 70, in *Giur. cost.*, 1965, 863; Corte cost. 27 giugno 1968 n. 74; Corte cost. 16 luglio 1970 n. 141, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1512; Corte cost. 27 giugno 1972 n. 110, in *Giur. cost.*, 1972, I, 1237; Corte cost. 10 luglio 1975 n. 202, in *Foro it.*, 1975, I, 1575; Corte cost. 6 dicembre 1976 n. 238; Corte cost. 17 aprile 1985 n. 103, in *Giur. cost.*, 1986, I, 888; Corte cost. 30 giugno 1988 n. 748, *ivi*, 1988, I, 3439; Corte cost. 24 ottobre 1995 n. 451, *ivi*, 1995, 3544; Corte cost. 17 maggio 2001 n. 140, in *Corriere giur.*, 2001, 1023; Corte cost. 26 febbraio 2002 n. 35, in *Foro it.*, 2002, I, 1290; Corte cost. 23 dicembre 2005 n. 460, *ivi*, 2006, I, 639; Corte cost. 29 maggio 2009 n. 170, in *Fallimento*, 2009, 1268.

della difesa e del contraddittorio ⁽⁸⁴⁾).

14. Segue: confutazione dell'argomento incentrato sulla garanzia del ricorso straordinario in Cassazione.

L'argomento *sub c)* (ravvisante nel ricorso per cassazione il “tranquillizzante” controllo rispetto ad eventuali abusi del giudice di merito), a sua volta, risulta fragile perché esso non considera adeguatamente il fatto che il ricorso esperibile *in subiecta materia* è quello c.d. straordinario *ex art. 111, 7° comma, Cost.*, il quale notoriamente si ritiene ammissibile non già nei confronti di tutti i provvedimenti conclusivi di procedimenti camerale ⁽⁸⁵⁾, ma **solo** rispetto a quelli ‘decisori’ [rispetto ai decreti, cioè, conclusivi di procedimenti camerale a contenuto contenzioso *stricto sensu* ⁽⁸⁶⁾].

Conseguentemente, quel “tranquillizzante” controllo di eventuali abusi del giudice camerale ... non tranquillizza affatto chi conosce l'evoluzione e lo stato della giurisprudenza costituzionale *in subiecta materia* perché:

a) tale controllo è assolutamente **inesistente** rispetto ai provvedimenti non contenziosi, i quali peraltro sono quantitativamente non pochi e qualitativamente assai importanti [è ormai ‘diritto vivente’, infatti e per esempio, l'esclusione del ricorso *de quo* rispetto alla stragrande maggioranza dei decreti camerale incidenti sulla potestà genitoriale ⁽⁸⁷⁾];

⁽⁸⁴⁾ Conf. COMOGLIO, *Il ‘giusto processo’ civile nella dimensione comparatistica*, cit., 744 ss., il quale ritiene che la riserva di legge *de qua* sia “*circoscritta alla predeterminazione ex lege delle sole condizioni o componenti essenziali, sancite nell'art. 111, 2° comma*” (e sia, quindi, di natura relativa).

⁽⁸⁵⁾ Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativa all'ammissibilità del ricorso straordinario avverso i provvedimenti camerale v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 211 ss.

⁽⁸⁶⁾ V. la nota 32 e quella seguente.

⁽⁸⁷⁾ Dopo l'intervento di Cass. Sezioni unite 23 ottobre 1986 n. 6220, in *Foro it.*, 1987, I, 3278 (determinato dal *revirement* di Cass. 7 novembre 1985 n. 5408, *ivi*, 1986, I, 2251), è rimasto immutato il seguente insegnamento della Suprema Corte: “*In tema di tutela dei minori i provvedimenti che limitino od escludano la potestà dei genitori naturali (ai sensi dell'art. 317 bis c.c.), che pronuncino la decadenza della potestà sui figli o la reintegrazione in essa (ai sensi degli art. 330 e 332 c.c.), che dettino disposizioni per ovviare ad una condotta dei genitori pregiudizievole ai figli (ai sensi dell'art. 333 c.c.), che dispongano l'affidamento contemplato dall'art. 4, 2° comma, l. 4 maggio 1983 n. 184 (che richiama l'art.*

b) quel controllo è **aleatorio** rispetto agli stessi decreti a contenuto contenzioso, attese le non infrequenti ‘oscillazioni’ giurisprudenziali in argomento ⁽⁸⁸⁾;

330 c.c.), ancorché resi dal giudice di secondo grado in esito a reclamo, non sono impugnabili con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost., in quanto, pur riguardando posizioni di diritto soggettivo, chiudono un procedimento di tipo non contenzioso, privo di un vero e proprio contraddittorio, non statuiscano in via decisoria e definitiva su dette posizioni, stante la loro revocabilità e modificabilità per motivi sia sopravvenuti che preesistenti, e si esauriscono pertanto in un governo di interessi sottratti all'autonomia privata, senza risolvere un conflitto su diritti contrapposti”.

Conf. *ex multis* Cass. 9 giugno 1987 n. 5022; Cass. 27 novembre 1987 n. 8825; Cass. 23 dicembre 1987 n. 9640; Cass. 3 luglio 1990 n. 6776; Cass. 11 giugno 1997 n. 5226; Cass. 20 marzo 1998 n. 2934; Cass. Sezioni unite 2 aprile 1998 n. 3387; Cass. 15 ottobre 1999 n. 729, in *Giur. it.*, 2000, 1150; Cass. Sezioni unite 25 gennaio 2002 n. 911, in *Famiglia e diritto*, 2002, 367; Cass. Sezioni unite 15 luglio 2003 n. 11026, *ivi*, 2004, 165; Cass. 16 gennaio 2004 n. 542, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 52; Cass. 20 ottobre 2004 n. 20498; Cass. 17 giugno 2009 n. 14091; Cass. 30 ottobre 2009 n. 23032, in *Famiglia e diritto*, 2010, 115; Cass. 14 maggio 2010 n. 11756.

Non sono poche: eppure **tutte** queste decisioni sono curiosamente pretermesse da TOTA, *Tutela camerale dei diritti e giusto processo*, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1476 ss., 1485-1486, la quale, nell’annotare adesivamente Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1, cit., postula (erroneamente) la ricorribilità per cassazione ex art. 111 Cost. del decreto camerale emesso dal giudice del reclamo in tema di dichiarazione di decadenza dei genitori dalla potestà sui figli a norma dell'art. 330 c. c. (invocando come precedenti conformi Cass. 7 novembre 1985 n. 5408, cit., ed altre ‘obsolete’ pronunce).

Anche a riprova dei ‘disorientamenti giurisprudenziali’ *in subiecta materia*, infine, mette conto rimarcare come l’attuale tendenza interpretativa (affermatasi dopo Cass. Sezioni unite N. 6220 del 1986) appaia poco coerente con quell’altra, che considera applicabile pure ai procedimenti camerale minorili (ed a quelli di volontaria giurisdizione in genere) il limite temporale posto dall’art. 38 c.p.c. per il rilievo dell’incompetenza [*“La disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 38 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 4 l. 26 novembre 1990 n. 353, là dove ha introdotto una generale barriera temporale, di natura preclusiva, ai fini della possibilità di rilevare l'incompetenza per materia, per valore o per territorio nei casi previsti dall'art. 28 c.p.c., fissandola nella prima udienza di trattazione, deve ritenersi applicabile non soltanto ai processi (contenziosi) di cognizione ordinaria, ma anche a quelli di volontaria giurisdizione (nella fattispecie, procedimento ex art. 330 c.c. promosso dal Tribunale per i minorenni), da trattare quindi in camera di consiglio, nei quali l'intervento del giudice trova il suo presupposto in una situazione conflittuale che impedisce ai titolari degli interessi coinvolti di provvedere direttamente alla loro regolamentazione”*]: così Cass. 22 maggio 2003 n. 8115, in *Guida al diritto*, 2003, 30, 51; analogamente Cass. 24 novembre 1999 n. 13055; Cass. 7 giugno 2002 n. 8318, in *Arch. civ.*, 2003, 797].

⁽⁸⁸⁾ Quanto alla ‘decisorietà’, per esempio, talvolta ci si ‘accontenta’ della mera ‘incidenza’ del provvedimento su posizioni di diritto soggettivo o di *status*; mentre altre volte (ed oggi sempre più spesso) si esige che il provvedimento ri-

c) quando risulta ammissibile il ricorso in Cassazione, il relativo controllo è praticamente **inefficace**, stante (da un lato) la natura discrezionale della stragrande maggioranza dei poteri del giudice camerale e stante (dall'altro lato) la tendenza della Suprema Corte a considerare insindacabile l'esercizio o il man-

solva una controversia (in senso stretto) in ordine ad un diritto soggettivo o ad uno *status* (v. la nota 32).

Quanto alla 'definitività', poi, talvolta si invoca la 'naturale' revocabilità del decreto camerale *ex art. 742 c.p.c.* per escluderne la ricorribilità per cassazione, anche quando lo stesso abbia contenuto decisorio; mentre altre volte si sostiene che la revocabilità *ex art. 742 c.p.c.* inerisce soltanto ai decreti di volontaria giurisdizione in senso stretto e non anche ai decreti camerali a contenuto decisorio.

Su tutti questi argomenti v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, 209 ss.; e più in generale CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994.

Si ricorda, infine, che recenti 'oscillazioni' si sono registrate pure nell'ambito dei provvedimenti camerali incidenti sulla potestà genitoriale.

Dopo essersi stabilizzata nel senso dell'inammissibilità del ricorso *ex art. 111 Cost.*, infatti, la Corte di Cassazione lo aveva consentito nei confronti dei provvedimenti lesivi del diritto di azione *ex art. 24, 1° comma, Cost.* [v. Cass. 11 febbraio 1997 n. 1278: "*Il principio della non esperibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 cost. avverso provvedimenti di volontaria giurisdizione (fra i quali rientrano - siccome non risolvono conflitti fra diritti posti su piano paritario, e siccome sempre revocabili e modificabili ed inidonei al giudicato - anche quelli modificativi, ablativi o restitutivi della potestà dei genitori resi dal giudice minorile ai sensi degli art. 330, 332, 333 e 336 c.c.) non opera in caso di decreto della Corte d'appello che, fuori dalla sede di reclamo, revochi un precedente suo decreto con il quale aveva confermato un provvedimento del tribunale dei minorenni che aveva pronunciato la decadenza di uno dei genitori dall'esercizio della potestà parentale. Infatti, in tal caso, il ricorrente sottopone all'esame del giudice di legittimità il proprio diritto soggettivo al rispetto delle regole processuali che sono rivolte a garantire il doppio grado di giudizio; diritto la cui intangibilità non viene meno per il solo fatto della revocabilità e modificabilità, in ogni tempo, dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*"].

L'impostazione tradizionale, peraltro, è stata riaffermata da Cass. Sezioni unite 15 luglio 2003 n. 11026, in *Famiglia e diritto*, 2004, 165 [*Quando il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale (come nel caso dei provvedimenti, emessi in sede di volontaria giurisdizione, che limitino o escludano la potestà dei genitori naturali ai sensi dell'art. 317 bis c.c., che pronuncino la decadenza della potestà sui figli o la reintegrazione in essa, ai sensi degli artt. 330 e 332 c.c., che dettino disposizioni per ovviare ad una condotta dei genitori pregiudizievole ai figli, ai sensi dell'art. 333 c.c., o che dispongano l'affidamento contemplato dall'art. 4, comma 2, della legge 4 maggio 1983, n. 184), il ricorso straordinario per cassazione di cui all'art. 111, comma 7, Cost. non è ammissibile, neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, ed in particolare del diritto al riesame da parte di un giudice diverso*]. Nello stesso senso le successive Cass. 16 gennaio 2004 n. 542, in *Guida al diritto*, 2004, 8, 52; Cass. 1 agosto 2007 n. 16984; Cass. 14 maggio 2010 n. 11756].

cato esercizio dei poteri processuali aventi quella natura (discrezionale) ⁽⁸⁹⁾ ⁽⁹⁰⁾;

d) rispetto ai provvedimenti camerali contenziosi emessi prima del 2 marzo 2006 ⁽⁹¹⁾ (emessi, cioè, proprio all'epoca in cui è stata 'partorita' l'opinione qui confutata), infine, quel controllo continua ad essere statisticamente assai **raro** perché nella disciplina anteriore al d.lgs. n. 40 del 2006 il ricorso *ex art. 111 Cost.* era limitato alla denuncia di eventuali violazioni di legge, cui era bensì riconducibile anche l'inosservanza dell'obbligo di motivazione, la quale però [dopo Cass. Sezioni unite 16 maggio 1992 n. 5888 ⁽⁹²⁾] veniva costantemente ravvisata soltanto quando la parte motiva del provvedimento impugnato fosse materialmente omessa, ovvero si estrinsecasse in argomentazioni del tutto inidonee a rivelare la *ratio decidendi* del provvedimento stesso o fra loro logicamente inconciliabili o obiettivamente incomprensibili, restando invece esclusa la legittimità di una verifica della sufficienza della motivazione in raffronto con le risultanze probatorie ⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁹⁾ V. Cass. 29 ottobre 2010 n. **22196**: “*Il provvedimento di cui all'art. 210 c.p.c. è espressione di una facoltà discrezionale rimessa al prudente apprezzamento del giudice di merito, che non è tenuto ad indicare le ragioni per le quali ritiene di avvalersi, o no, del relativo potere, il cui mancato esercizio non può, quindi, formare oggetto di ricorso per cassazione, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione*”.

Analogamente Cass. 2 febbraio 2006 n. 2262; Cass. 23 febbraio 2010 n. 4375; Cass. 7 luglio 2011 n. **14968**.

In senso contrario v., però, Cass. 19 maggio 2009 n. 11603; Cass. 17 marzo 2010 n. **6439**.

⁽⁹⁰⁾ Conf. CIVININI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'giusto processo civile'*. *Le garanzie*, cit., 280, la quale, per dimostrare l'inadeguatezza del procedimento camerale (informato com'è ai principi di ufficiosità e di discrezionalità nella conduzione del processo) al modello costituzionale del 'giusto processo', osserva: “*L'unico tipo di controllo interno al sistema – quello delle impugnazioni – è privo di qualunque efficacia: il reclamo si svolge infatti con le stesse forme sommarie ed il ricorso per cassazione è limitato al vizio di violazione di legge, il quale non è configurabile con riferimento all'esercizio di poteri processuali a contenuto discrezionale*”.

⁽⁹¹⁾ Trattasi della data di entrata in vigore del d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, il cui art. 2 ha sostituito l'art. 360 c.p.c. (v. la nota 93). Questa disposizione, infatti, si applica “*ai ricorsi per cassazione proposti avverso le sentenze e gli altri provvedimenti pubblicati a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto*” (art. 27, 2° comma, stesso d. lgs.).

⁽⁹²⁾ La si può leggere in *Foro it.*, 1992, I, 1737.

⁽⁹³⁾ A seguito della sua sostituzione posta in essere dall'art. 2 d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, l'art. 360, ultimo comma, c.p.c., stabilisce oggi che “*le disposizioni di cui al primo comma*” (sui motivi di impugnazione) “*e terzo comma*” (sulla necessaria ed automatica riserva di ricorso contro le sentenze non definitive che

15. Segue: confutazione dell'argomento incentrato sulla

“decidono di questioni insorte”) “si applicano alle sentenze ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge” (ivi compreso, quindi, quello ex art. 111, 7° comma, Cost.).

Su questa innovazione normativa è stato osservato che “imporre l'applicazione dell'art. 360, 1° comma, c.p.c. allo stesso modo in qualunque ipotesi di ricorso per cassazione (ordinario o straordinario che sia) significa assicurare che il vizio di motivazione sia censurato sempre nei medesimi termini. Sicché, delle due l'una: o il n. 5 va ristretto anche per il ricorso ordinario entro i confini di quanto sino ad oggi valso per quello straordinario, ovvero si impone l'appiattimento delle differenze in direzione opposta, estendendo al ricorso straordinario il controllo sulla motivazione così come la prassi lo vuole per quello ordinario. La prima ipotesi sarebbe causa di un eccessivo depauperamento della portata pre-cettiva del n. 5, a tale disposizione attribuendosi un significato che da tempo mostra i suoi limiti nel circoscritto orto del rimedio straordinario. Si avallerebbe peraltro una lettura che neppure la versione novellata del motivo sarebbe idonea a sostenere e che probabilmente risulterebbe troppo stretta per la stessa Corte. La seconda ipotesi è senz'altro più ragionevole perché finalizzata a vincere la patologia di cui il rimedio straordinario era gravato” [così TISCINI, *Gli effetti della riforma del giudizio di cassazione sul ricorso straordinario ex art. 111 comma 7 cost.*, in www.judicium.it, par. 4, la quale mette pure in evidenza che la seconda ipotesi corrisponde a quella desumibile dalla Relazione illustrativa al decreto delegato. Infatti, “impedire il controllo del vizio logico della motivazione significa precludere al giudice di legittimità il sindacato indiretto sul fatto; è questo però un sindacato che si rivela indispensabile per soddisfare le aspettative delle parti, le quali puntano a conseguire attraverso il rimedio straordinario proprio il controllo sul giudizio di fatto di cui (data la definitività del provvedimento) sarebbero altrimenti private”].

Nelle sue prime applicazioni, comunque, la Suprema Corte ha esaltato le potenzialità espansive della nuova disposizione, dandole un significato coerente con l'intentio del Legislatore [cfr. Cass. 30 settembre 2011 n. 20078: “Il decreto emesso dal tribunale sul reclamo proposto dall'interessato avverso il decreto di convalida, adottato dal giudice tutelare, in ordine al provvedimento con cui il sindaco abbia disposto un trattamento sanitario obbligatorio è impugnabile con il ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., non essendo previsto altro mezzo d'impugnazione dall'art. 35 l. 23 dicembre 1978 n. 833, e trattandosi di un provvedimento che, in quanto annoverabile tra quelli restrittivi della libertà personale, ha carattere decisorio, incidendo sul diritto soggettivo dell'interessato. Qualora, inoltre, detto decreto sia stato emesso (come nella specie) in data successiva all'entrata in vigore del quarto comma dell'art. 360 c.p.c. - introdotto dall'art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 - il quale estende anche ai provvedimenti contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge le disposizioni di cui al primo ed al terzo comma del medesimo art. 360 c.p.c., in tal modo consentendo di dedurre con il ricorso straordinario anche il vizio di cui all'art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c., alla S.C. è attribuito un più penetrante potere di controllo in ordine alla motivazione dell'indicato provvedimento emesso dal tribunale nel procedimento di convalida, rendendo sindacabile l'accertamento di fatto in esso contenuto non già sotto il profilo della mera esplicitazione delle condizioni prescritte per l'assoggettamento al trattamento sanitario obbligatorio, ma sotto il profilo della correttezza logico-giuridica dell'iter argomentativo seguito dal giudice di merito”].

‘necessaria eccezionalità’ dei procedimenti camerale.

Poche parole ci bastano, infine, per accantonare la ‘chiusa’ scritta dall’Autore qui confutato, secondo cui “*la conformità a Costituzione dei procedimenti camerale regge fintantoché ... rimangono una netta minoranza rispetto al totale*”.

In nessun manuale di diritto costituzionale, invero, abbiamo letto che una norma legislativa contraria alla Costituzione eviterebbe, nondimeno, la declaratoria di illegittimità costituzionale, se un controllo di tipo statistico ne evidenziasse la ... non frequente applicazione.

La legittimità costituzionale di una legge ordinaria o di un atto avente forza di legge ordinaria, infatti, va valutata soltanto *ex se*: non ‘a peso’ e/o in base al numero dei casi in cui la stessa viene applicata ⁽⁹⁴⁾.

Satis superque est!

16. Recenti orientamenti ‘anticamerale’ della Corte di Cassazione.

Negli ultimi decenni (come si sa) il rito camerale è stato sempre più frequentemente applicato dal Legislatore a specifiche categorie di controversie in ordine a diritti soggettivi o a *status* (c.d. procedimenti camerale contenziosi) ed altre fattispecie che, pur non integrando controversie in senso proprio, sono caratterizzate comunque dalla presenza di soggetti portatori di interessi contrapposti [c.d. procedimenti camerale quasi-contenziosi ⁽⁹⁵⁾] ⁽⁹⁶⁾.

⁽⁹⁴⁾ Pur ritenendolo superfluo, possiamo pure rinviare alle lettura della motivazione di Corte cost. 28 luglio 2000 n. 395, in *Giur. cost.*, 2000, 2791 (“È evidente, infatti, che una simile evenienza - e non importa certo se statisticamente rara - si porrebbe in automatico e palese contrasto non soltanto con l’art. 3 della Costituzione, ma anche con l’art. 24 della Costituzione”).

⁽⁹⁵⁾ V. la nota 35.

⁽⁹⁶⁾ Questo fenomeno era stato per lo più stigmatizzato dalla dottrina (v. specialmente FAZZALARI, *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 909 ss.; LANFRANCHI, *La camerizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 33 ss.; MANDRIOLI, *Cosiddetti ‘procedimenti camerale su diritti’ e ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 921 ss.; MONTESANO, *‘Dovuto processo’ su diritti incisi da provvedimenti camerale*, *ivi*, 1989, 915 ss.

Favorevoli si erano, invece, dichiarati GRASSO, *I procedimenti camerale e l’oggetto della tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 35 ss.; e ancor più DENTI, *I pro-*

In tempi recenti, tuttavia, a livello giurisprudenziale e legislativo è emersa una precisa e consapevole inversione di tendenza: e ciò suscita una soddisfazione vieppiù accentuata dal fatto che la Corte costituzionale, viceversa, delegando ad altri il suo ruolo istituzionale di “*garante delle garanzie costituzionali*”⁽⁹⁷⁾, in questo campo si ostina a mantenere ‘posizioni di retroguardia’.

La Corte di Cassazione, anzitutto, già nella metà degli anni '90 del secolo scorso aveva cominciato a dare alcuni segnali che, per quanto equivoci, avevano suscitato un certo interesse.

Stiamo parlando, più precisamente, di Cass. Sezioni unite 19 giugno 1996 n. 5629⁽⁹⁸⁾, la quale aveva:

- “*ipotizzato il procedimento camerale come un contenitore in cui possono trovare spazio sia i provvedimenti di volontaria giurisdizione ... sia i provvedimenti di natura contenziosa (o comunque concernenti status familiari)*”;
- additato in materia di diritti soggettivi o di *status* “*il criterio guida*” rappresentato dal “*rispetto della tutela giurisdizionale dei diritti e*” dalla “*garanzia costituzionale di un accertamento non sommario ai fini del giudicato, che postula un processo ad accertamento pieno ed esauriente che non può essere retto dal modello delineato dagli artt. 737 e ss. c.p.c.*”;
- aderito, nondimeno e sostanzialmente, alle posizioni della Corte costituzionale⁽⁹⁹⁾, prospettando come soluzione “*una sorta di maquillage del tessuto normativo che riafferma l'idoneità della procedura camerale ad essere utilizzata, con i dovuti adattamenti, alla tutela giudiziale contenziosa dei diritti soggettivi*”: adattamenti comportanti la necessità “*che la giuri-*

cedimenti camerale come giudizi sommari di cognizione: problemi di costituzionalità ed effettività della tutela, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1110 ss.

⁽⁹⁷⁾ Per questa terminologia v. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, La Corte costituzionale, Padova, 1976, 202.

⁽⁹⁸⁾ In *Famiglia e diritto*, 1996, 305.

⁽⁹⁹⁾ La Consulta, invero, è solita coonestare la previsione del rito camerale per la soluzione di conflitti di interesse perché, pur nel silenzio degli artt. 737 e ss. c.p.c., considera che nell'ambito dello stesso debba essere pur sempre [o in applicazione diretta di disposizioni generali contenute nel libro primo del codice di procedura civile (ad esempio, dell'art. 101) o in applicazione analogica di norme del procedimento ordinario di cognizione] assicurato “*il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà della impugnazione*” (così tra le più recenti Corte cost. 29 maggio 2009 n. 170, cit.; nello stesso senso v., per esempio, Corte cost. 14 dicembre 1989 n. 543, cit.).

sdizione volontaria si espande e quindi si allontana dal precedente rito camerale per ammantarsi di forme tipiche del giudizio ordinario, disegnando un nuovo tipo di processo a contenuto oggettivo che ... rispetta le garanzie delle parti, in ordine alla competenza per territorio..., al diritto di difesa e di prova, all'applicazione dei termini ordinari previsti dagli artt. 325 e 327 c.p.c. (e non quello di dieci giorni previsto dall'art. 739, 2° comma, c.p.c.)”⁽¹⁰⁰⁾.

Preannunciato in termini più chiari dalla giurisprudenza che in quegli stessi anni aveva incominciato ad escludere **sempre**⁽¹⁰¹⁾ l'ammissibilità del ricorso straordinario avverso il decreto presidenziale di nomina dei liquidatori di società⁽¹⁰²⁾, il muta-

⁽¹⁰⁰⁾ Su questa “*sorta di maquillage*” e sulle sue incongruenze sistematiche v. le condivisibili critiche di CARRATTA, *La procedura camerale come ‘contenitore neutro’ e l'accertamento dello ‘status’ di figlio naturale del minore*, in *Giur. it.*, 1996, I,1, 1301 ss.

Per analoghi rilievi v. pure GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 695 ss., 725-726.

⁽¹⁰¹⁾ In base all'orientamento precedente, invece, il provvedimento presidenziale si considerava ricorribile *ex art. 111 Cost.* allorché la nomina dei liquidatori fosse avvenuta in presenza di un disaccordo tra i soci sull'esistenza o anche sulla gravità della causa di scioglimento della società (così *ex multis* Cass. 24 ottobre 1996 n. 9267, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1353).

⁽¹⁰²⁾ V. Cass. 2 dicembre 1996 n. 10718, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1353, [nella cui motivazione sta scritto: “*Tale provvedimento resta di volontaria giurisdizione, privo dei caratteri decisori e preclusivi della ‘sentenza sostanziale’ anche se pronunciata in presenza di un già manifestato o potenziale contrasto circa l'avvenuto scioglimento. Potendosi altresì osservare che, se si attribuisse, in caso di contrasto, natura decisoria a detti provvedimenti, la tutela dei controinteressati si esaurirebbe nell'esperibilità del ricorso per cassazione per violazione di legge (al cui mancato riscontro seguirebbe il rigetto del ricorso); e l'effetto preclusivo della cosa giudicata potrebbe così conseguire in esito a un procedimento svolto davanti all'organo monocratico, in totale assenza di forme e di garanzia stessa del contraddittorio, sulla base di accertamenti di fatto ivi assunti*”].

In termini pressoché identici v. Cass. Sezioni unite 25 giugno 2002 n. 9231, in *Arch. civ.*, 2003, 426, [dove però il riferimento al rito camerale diventa esplicito: “*Se in caso di contestazioni si attribuisse natura decisoria al decreto di nomina la tutela dei contro interessati si esaurirebbe nell'esperibilità del ricorso per cassazione per violazione di legge (al cui mancato riscontro seguirebbe il rigetto del ricorso). E l'effetto preclusivo della cosa giudicata verrebbe a realizzarsi in esito ad un procedimento (sommario e semplificato) svolto davanti al presidente del tribunale, in assenza delle forme, delle garanzie e dei mezzi d'impugnazione propri del processo di cognizione ordinaria, sulla base di accertamenti sommari e senza un'indagine istruttoria vera e propria. Il che condurrebbe ad una interpretazione del sistema destinata a sollevare seri dubbi di legittimità con riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.*”; conf. Cass. Sezioni unite 26 luglio 2002 n. 11104, in *Giur. it.*, 2003, 1869, che per la prima volta individua come norma-parametro (oltre agli artt. 3 e 24 Cost.) pure il ‘novellato’ art. 111 Cost.].

mento di prospettiva è diventato inequivocabile con Cass. Sezioni unite 29 ottobre 2004 n. 20957 ⁽¹⁰³⁾, con la quale la Suprema Corte ha preso una netta posizione a favore della ‘decameralizzazione’ dei giudizi sui diritti, affermando perentoriamente: “*com'è stato sottolineato dalla stessa dottrina, ed il rilievo risulta ancora più convincente dopo la riforma dell'art. 111 Cost. in tema di giusto processo, la tutela dei diritti e degli status si realizza solo attraverso processi a cognizione piena, destinati a concludersi con sentenze ovvero con provvedimenti aventi attitudine al giudicato formale e sostanziale, non già con procedimenti in cui le modalità del contraddittorio siano rimesse alla determinazione discrezionale del giudice*” ⁽¹⁰⁴⁾.

17. La recente tendenza legislativa alla ‘decameralizzazione’ dei giudizi.

Speculari ai suindicati sviluppi giurisprudenziali sembrano gli interventi legislativi successivi alla riforma dell'art. 111 Cost.

Del tutto equivoco, infatti, era stato l'iniziale intervento ‘settoriale’ sui procedimenti concorsuali operato dal d. lgs. 9 gennaio 2006 n. 5.

Invero:

- coerenti con il principio di legalità processuale erano state le innovazioni apportate dagli artt. 13 e 23, che avevano sostituito la precedente disciplina dell'*iter* per la dichiarazione di fallimento (art. 15 l. fall.) e del reclamo ‘endofallimentare’ (art. 26 l. fall.), eliminando l'originario richiamo *illico ed immediate* delle forme camerali ed introducendo più dettagliate regole procedurali;
- la stessa ispirazione avevano avuto le novità introdotte dagli artt. 77-82, che avevano ‘procedimentalizzato’ con analitiche disposizioni l'accertamento del passivo da parte del giu-

⁽¹⁰³⁾ In *Foro it.*, 2005, 1, 80. Con tale decisione è stato considerato non ricorribile *ex art. 111, 7° comma, Cost.* il decreto con cui la corte d'appello decide in sede di reclamo sul provvedimento emesso dal tribunale *ex art. 1129 c.c.* sulla revoca dell'amministratore di condominio.

⁽¹⁰⁴⁾ Sulle perplessità esternate da certa dottrina a proposito dell'opportunità e del vero significato delle suindicate aperture da parte della Cassazione v. le esatte critiche di DONZELLI, *Le Sezioni unite e il ‘giusto processo’ civile*, in *Corriere giuridico*, 2005, 990 ss., 997-998.

dice delegato, sostituendo l'originaria e laconica disciplina contenuta negli artt. 92-97 l. fall.;

- al nuovo principio costituzionale si erano uniformati pure gli artt. 83-85, che, riformulando gli artt. 98-99 l. fall., avevano dato una nuova ed unitaria disciplina *ad hoc* alle impugnazioni del decreto di esecutività dello stato passivo (opposizione, impugnazione dei crediti ammessi e revocazione), così colmando il vuoto presente nei 'vecchi' artt. 98-100 e 102 l. fall.: vuoto che in passato, se era stato astrattamente 'colmato' con l'affermazione dell'applicabilità *in subiecta materia* delle norme del rito ordinario di cognizione, aveva comunque concretamente provocato l'insorgenza di numerose questioni, di cui è ormai inutile parlare;

- in 'controtendenza' rispetto al principio di legalità processuale, invece, si era posto l'art. 21, che aveva sostituito l'art. 24 l. fall., il cui 'nuovo' 2° comma aveva 'cameralizzato' *sic et simpliciter* tutte le controversie derivanti dal fallimento (previste dal 1° comma).

A recuperare la coerenza interna dell'intervento normativo sui procedimenti concorsuali, poi, ha provveduto il d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169, il quale:

- con gli artt. 2, 3 e 6 ha 'aggiustato' la 'neonata' disciplina dell'*iter* per la dichiarazione di fallimento (art. 15 l. fall.), del reclamo 'endofallimentare' (art. 26 l. fall.), del procedimento per l'accertamento del passivo (artt. 92-97 l. fall.) e delle impugnazioni del decreto di esecutività dello stato passivo (artt. 98-99 l. fall.);

- con l'art. 3 ha abrogato il 2° comma dell'art. 24 l. fall. (quello, cioè che aveva introdotto il rito camerale per le controversie derivanti dal fallimento) ⁽¹⁰⁵⁾.

L'inversione di tendenza come sopra adombrata, infine, si è manifestata nettamente con il d. lgs. 1° settembre 2011 n. 150, la cui Relazione illustrativa del Governo afferma a chiare lettere: "*deve ritenersi particolarmente significativa la linea guida tracciata dalla legge delega, si ritiene anche con riferimento a possibili futuri interventi normativi, circa l'opportunità della*

⁽¹⁰⁵⁾ La 'ultrattività' di codesta disposizione (che, ad onta dell'intervenuta abrogazione, continua ad applicarsi ai procedimenti iniziati anteriormente all'entrata in vigore del d. lgs. 169 del 2007) è stata "salvata" da Corte cost. 29 maggio 2009, n. 170, cit., che ha dichiarato "*manifestamente infondata*" la relativa *quaestio legitimitatis* (v. al riguardo il par. 19).

riconduzione al rito sommario di cognizione di numerose fattispecie presenti nella legislazione speciale mediante l'adozione delle forme del procedimento in camera di consiglio stabilite dagli articoli 737 e ss. c.p.c.”.

A ben considerare, anzi, proprio nella tendenziale ‘decameralizzazione dei giudizi sui diritti’ può ravvisarsi l’**unico** risultato positivo del superiore intervento normativo, il quale invece assai difficilmente conseguirà il suo obiettivo specifico (consistente nella riduzione e nella semplificazione dei riti civili contenziosi) ⁽¹⁰⁶⁾.

Rileviamo a questo punto che (in virtù della ‘decameralizzazione’ operata dal d. lgs. 150/2011 e della ‘procedimentalizzazione’ dei riti ‘prefallimentare’ ed ‘endofallimentarie compiuta dal d. lgs 5/2006 e dal d. lgs.169/2007) il procedimento ‘volontario’ trova oggi la sua principale e/o più diffusa applicazione nell’ambito delle materia familiare e/o minorile ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ V. le condivisibili osservazioni di CARRATTA, *La semplificazione dei riti civili: i limiti dello schema di decreto legislativo presentato dal Governo*, in www.treccani.it, il quale:

- a) ha esattamente rilevato che, sebbene finalizzato a ridurre i riti speciali contenziosi, il d. lgs. 150/2011 non riuscirà a determinarne un’effettiva riduzione e anzi paradossalmente potrebbe sortire l’effetto opposto, stante la permanenza di una molteplicità di riti, stante la frammentazione dei medesimi (nell’ambito del ‘ritomodello’, invero, si sono creati numerosi ‘sotto-riti’) e stante l’applicabilità della nuova disciplina alle sole controversie sopravvenute (v. art. 36 d. lgs 150/2011, da cui si fa ovviamente derivare “*la conseguenza che, di fatto, si determinerà per ognuna delle categorie di controversie interessate dalla legge-delega un’ulteriore duplicazione di riti applicabili a seconda che la controversia sia già pendente o meno nel momento in cui entreranno in vigore i decreti delegati*”);
- b) ha auspicato un successivo intervento normativo finalizzato “*ad un’effettiva e sostanziale riduzione dei riti speciali civili di cognizione, che – seguendo la strada percorsa negli ultimi anni già da altri ordinamenti europei - si articoli secondo tre fondamentali criteri: a) la ri-codificazione del processo civile e la riaffermazione della centralità del codice di procedura civile; b) l’unicità del modello processuale di riferimento e la sua possibile adattabilità ad alcune specifiche tipologie di controversie che lo richiedano in ragione della loro particolare natura; c) l’elasticità o flessibilità dello stesso rito unico a seconda della complessità della controversia*”.

⁽¹⁰⁷⁾ Un altro vasto settore di ‘ultrattività’ del rito camerale resta quello societario.

Infatti, a seguito dell’abrogazione (ex art. 54, 5° comma, l. 69/2009) delle norme sul procedimento in camera di consiglio contenute negli artt. 25 e ss. d. lgs.

Le forme camerale, infatti e per esempio, sono previste:

- per l'appello nel giudizio di divorzio (art. 4, 15° comma, l. 1° dicembre 1970 n. 898) ed in quello di separazione personale dei coniugi (art. 709 *bis*, ultima parte, c.p.c.);
- per la revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli ed i rapporti patrimoniali fra i coniugi divorziati (art. 9, 1° comma, l. 898/1970) o separati (art. 710, 1° comma, c.p.c.);
- per la controversia tra l'ex coniuge divorziato e gli eredi dell'obbligato avente ad oggetto l'aumento dell'assegno liquidato con la sentenza di divorzio (art. 9 *bis* l. 898/1970) ⁽¹⁰⁸⁾;
- per quella avente ad oggetto l'attribuzione di una quota dell'indennità di fine rapporto al coniuge titolare dell'assegno divorzile, che non sia passato a nuove nozze (art. 12 *bis* l. 898/1987) ⁽¹⁰⁹⁾ ⁽¹¹⁰⁾;

5/2005, gli artt. 737 e ss. c.p.c. si applicano nuovamente alle istanze in materia societaria già costituenti l'ambito di applicazione del procedimento in confronto di una parte sola (art. 29 d. lgs. 5/2003) e del procedimento in confronto di più parti (art. 33 d. lgs. 5/2003): a meno che, ovviamente, non si tratti di materie originariamente soggette al rito ordinario di cognizione [v., ad esempio, in relazione alla revoca dei liquidatori *ex art. 2275, 2° comma, c.c. Trib. Piacenza 22 aprile 2004, in Foro it., 2004, I, 3528* (“*Posto che il procedimento di revoca giudiziale dei liquidatori per giusta causa ha natura contenziosa, è inammissibile la domanda proposta ai sensi dell'art. 2275, 2° comma, c.c. con rito camerale anziché con un ordinario processo di cognizione*”; conf. Trib. Lecce 17 maggio 1984, in *Società*, 1985, 55. *Contra* invece Trib. Venezia 19 luglio 1990, in *Foro padano*, 1991, I, 525: “*La revoca del liquidatore di società di persone può essere chiesta anche seguendo il rito della giurisdizione volontaria, perché l'art. 2275 c. c. non fissa regole processuali inderogabili*”)].

⁽¹⁰⁸⁾ V. Cass. 26 febbraio 1998 n. 2089.

⁽¹⁰⁹⁾ V. la motivazione di Cass. 30 agosto 2004 n. 17404, in *Guida al diritto*, 2004, 44, 42.

⁽¹¹⁰⁾ Per quanto concerne, invece, i procedimenti riguardanti le pretese del coniuge divorziato sulla pensione di reversibilità *ex art. 9 l. 898/1970*, la Suprema Corte avalla un'assoluta e ... strana 'promiscuità di forme', come si desume per esempio da:

- Cass. 2 marzo 2001 n. 3037 [*“L'adozione del rito camerale per i procedimenti relativi a tutte le pretese del coniuge divorziato aventi ad oggetto la pensione di reversibilità trova applicazione anche dopo la novella n. 74 del 1987 (per effetto della quale è stato soppresso l'ultimo comma dell'art. 9 l. 898/1970, secondo il quale, nei procedimenti de quibus, il tribunale ‘provvede in camera di consiglio’), non rilevando che quest'ultima, riformulando con l'art. 13 le disposizioni del citato art. 9 l. 898/1970, contempla esplicitamente l'adozione del rito predetto solo con riferimento alla revisione delle disposizioni concernenti l'affidamento dei figli e di quelle riguardanti la misura e le modalità dei contributi da corrispondere ai sensi degli art. 5 e 6 stessa legge”*];

- per la pronuncia dei provvedimenti relativi all'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio e delle conseguenti statuizioni economiche (art. 317 *bis* c.c.);
- per la pronuncia dei provvedimenti modificativi, ablativi o restitutivi della potestà genitoriale (artt. 330, 332, 333 e 336 c.c.);
- per l'affidamento del minore temporaneamente privo di un ambiente familiare idoneo in mancanza dell'assenso dei genitori esercenti la potestà o del tutore (art. 4, 2° comma, l. 4 maggio 1983 n. 184);
- per la pronuncia dei provvedimenti provvisori ed urgenti nell'ambito del procedimento relativo allo stato di abbandono del minore (art. 10, 5° comma, l. 184/1983);
- per la dichiarazione dello stato di adottabilità (art. 15, 2° comma, l. 184/1983) e per la sua revoca (art. 21, 3° comma, l. 184/1983);
- per l'affidamento preadottivo (art. 22, 6° comma, l. 184/1983) e per la sua revoca (art. 23, 1° comma, l. 184/1983);
- per la pronuncia della sentenza che dichiara se fare luogo o non fare luogo all'adozione (art. 25, 1° comma, l. 184/1983).

Trattasi all'evidenza di un ambito quantitativamente non ristretto e qualitativamente assai importante perché rientrante nel più generale contesto dei rapporti tra lo Stato e l'istituzione familiare, che nelle forme statuali non autoritarie si caratterizza proprio per la tendenziale esclusione di ingiustificate ingerenze

-
- Cass. 30 marzo 2004 n. 6272, in *Gius*, 2004, 3131 (*"In tutti i procedimenti riguardanti le pretese del coniuge divorziato sulla pensione di reversibilità si applica il rito camerale; tuttavia, l'adozione del rito ordinario non costituisce motivo di nullità, sia perché questa non è sancita da alcuna norma, sia - in osservanza del principio di conservazione degli atti - perché il rito ordinario consente di raggiungere il medesimo risultato con maggiori garanzie per la difesa e per il contraddittorio"*);
 - Cass. 30 ottobre 2008 n. 26121 (*"L'espressa previsione contenuta nell'art. 9, ultimo comma, l. 1° dicembre 1970 n. 898, come sostituito dall'art. 13 l. 6 marzo 1987 n. 74, per il quale la decisione delle controversie relative al conseguimento da parte del coniuge divorziato di una quota di pensione di reversibilità spettante all'altro coniuge, deve essere resa con sentenza, comporta che, a prescindere dalle forme o dal rito da adottare in tali controversie, la pronuncia sulle stesse è suscettibile d'impugnazione entro i termini ordinari di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c., atteso che le eventuali peculiarità del procedimento, che conduce alla emanazione o del provvedimento finale, non sono idonee, in difetto di specifiche indicazioni legislative, a sottrarre quest'ultimo all'operatività dei termini per la proposizione del gravame contro le sentenze"*).

dei pubblici poteri ⁽¹¹⁾).

Proprio per questo, quindi, *in subiecta materia* ancor più sentita dovrebbe essere l'esigenza di una predeterminazione per legge dei casi e delle modalità dell'intervento dell'Autorità: compresa quella Giudiziaria!

Orbene!

Se la mancata inclusione della materia concorsuale nella sfera applicativa del d. lgs. 150/2011 ⁽¹²⁾ ha un senso ⁽¹³⁾ ed è

⁽¹¹⁾ Oltre all'art. 29, 1° comma, e 30, 1° comma, Cost., possiamo qui esemplificativamente richiamare:

- l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (“*1. Ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui*”);
- l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1 alla predetta Convenzione (“*Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di assicurare tale educazione e tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche*”);
- l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“*Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni*”).

⁽¹²⁾ La materia in questione, infatti, non avrebbe potuto essere investita dall'ampia ‘decameralizzazione’ compiuta dal d. lgs. 150/2011, rientrando tra quelle espressamente escluse dall'art. 54, 4° comma, lettera d) della legge-delega 69/2009 (secondo cui: “*restano in ogni caso ferme le disposizioni procedurali in materia di procedure concorsuali, di **famiglia e minori**, nonché quelle contenute nel regio decreto 14 dicembre 1933 n. 1669, nel regio decreto 21 dicembre 1933 n. 1736, nella legge 20 maggio 1970 n. 300, nel codice della proprietà industriale di cui al decreto legislativo 10 febbraio 2005 n. 30, e nel codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206*”).

Inoltre, il 1° comma del citato art. 54 stabiliva: “*Il Governo è delegato ad adottare, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione che rientrano nell'ambito della giurisdizione ordinaria e che sono regolati dalla legislazione speciale*”.

L'art. 54, 4° comma, lettera b), l. 69/2009, a sua volta, faceva esplicito riferimento ai “*procedimenti civili di natura contenziosa autonomamente regolati dalla legislazione speciale*”.

comunque ‘neutra’ ai fini qui considerati ⁽¹¹⁴⁾, l’esclusione dei procedimenti in materia familiare e minorile rischia di prolungare *sine die* ⁽¹¹⁵⁾ la situazione di sostanziale *deregulation* caratterizzante la maggior parte di quei procedimenti.

A nostro avviso la responsabilità primaria di codesta situazione ricade ... sulla Corte costituzionale: come cercheremo di dimostrare.

18. La persistente ‘mortificazione’ del principio di legalità processuale nella recente giurisprudenza costituzionale sul rito camerale. Esame critico di Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1.

Pur dopo l’entrata in vigore della l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, la Corte costituzionale ha sostanzialmente mantenuto (nell’ambito della giustizia civile) le sue precedenti ‘posizioni di retroguardia’ rispetto ai ‘vecchi e nuovi’ valori fondamentali del ‘giusto processo’ (civile), persistendo in quella sua attività di ‘mortificazione’ delle garanzie costituzionali, che avevamo

CARRATTA, *La semplificazione dei riti civili: i limiti dello schema di decreto legislativo presentato dal Governo*, cit., pertanto, ha esattamente osservato: “Sulla base di questa prima indicazione, dunque, non erano interessati dalla legge delega e non potevano essere presi in considerazione dal Legislatore delegato neppure:

- a) i processi speciali di cognizione disciplinati direttamente dal codice di procedura civile e dal codice civile;
- b) i processi speciali non ‘autonomamente regolati dalla legislazione speciale’, in quanto regolati mediante il semplice rinvio alla disciplina codicistica; in tal caso, infatti, attraverso il semplice rinvio alla disciplina codicistica di fatto si è già avuta la riconduzione ad uno dei riti disciplinati dal codice;
- c) i procedimenti di natura volontaria o comunque non contenziosa”.

⁽¹¹³⁾ Codesta esclusione, invero, è stata spiegata con la circostanza che le procedure fallimentari erano state già riformate per ben due volte negli ultimi 5 anni (dal d. lgs 5/2006 e dal d. lgs.169/2007).

⁽¹¹⁴⁾ Come abbiamo visto, invero, gli interventi riformatori del 2006 e del 2007 hanno sostanzialmente posto fine alla preesistente *deregulation* caratterizzante le procedure fallimentari.

⁽¹¹⁵⁾ L’esclusione operata dall’art. 54, 4° comma, lettera d), della legge-delega 69/2009 rispetto ai procedimenti familiari e minorili, invero, è stata spiegata con l’esigenza di rimetterne la regolamentazione alla futura legge istitutiva del tribunale della famiglia e delle persone: tribunale di cui si parla da tempo, ma che non tutti gradiscono; e che, perciò, sarà istituito ... chissà quando?

diffusamente illustrato in altra sede ⁽¹¹⁶⁾.

Proprio invocando il principio di legalità processuale introdotto dal ‘novellato’ art. 111 Cost., per vero, una Corte di merito aveva puntualmente sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 737-739 c.p.c. e 336 c.c. nella parte in cui prevedono l’applicabilità del rito camerale ai procedimenti aventi ad oggetto l’affidamento dei figli conteso tra genitori non uniti in matrimonio e più in generale ai procedimenti di

⁽¹¹⁶⁾ VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del ‘nuovo’ art. 111 Cost.*, cit., spec. 1196 ss.

A riprova di quanto stiamo affermando possiamo ricordare che, dopo l’entrata in vigore della l. cost. 23 novembre 1999 n. 2, si registrano soltanto tre declaratorie di illegittimità costituzionale riguardanti norme del codice di procedura civile e fondate sulle garanzie enunciate e/o ribadite dall’art. 111, 1° e/o 2° comma, Cost.

Trattasi di:

- a) Corte cost. 16 maggio 2008 n. 144, in *Corriere giur.*, 2008, 1070, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 669 *quaterdecies* e 695 c.p.c. nella parte in cui non prevedono la reclamabilità del provvedimento di rigetto dell’istanza per l’assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli artt. 692 e 696 c.p.c.;
- b) Corte cost. 14 gennaio 2010 n. 3, in *Foro it.*, 2010, I, 734, che ha dichiarato incostituzionale l’art. 140 c.p.c. nella parte in cui prevede che la notifica si perfezioni, per il destinatario, con la spedizione della raccomandata informativa, anziché con il ricevimento della stessa o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione (compiuta giacenza);
- c) Corte cost. 28 gennaio 2010 n. 26 in *Riv. dir. proc.*, 2010, 723, che ha dichiarato illegittimo l’art. 669 *quaterdecies* c.p.c. nella parte in cui, escludendo l’applicazione dell’art. 669 *quinquies* dello stesso codice ai provvedimenti di cui all’art. 696 c.p.c., impedisce, in caso di clausola compromissoria, di compromesso o di pendenza di giudizio arbitrale, la proposizione della domanda di accertamento tecnico preventivo al giudice che sarebbe competente a conoscere del merito.

A ben considerare, poi, il richiamo dei ‘nuovi’ principi del ‘giusto processo’ in queste occasioni è stato superfluo e/o ridondante perché:

- Corte cost. 144/2008 e Corte cost. 26/2010 sono dipese dal riconoscimento del diritto alla tutela cautelare (cui appartiene pure la disciplina dell’istruzione preventiva) quale condizione di effettività del diritto alla tutela giurisdizionale e del diritto alla prova *ex art. 24 Cost.*, riconoscimento che si era affermato nella giurisprudenza costituzionale molto tempo prima della l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (v. ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 66 ss.);
- Corte cost. 3/2010, a sua volta, è derivata dall’esigenza di uniformare la disciplina della notifica *ex art. 140 c.p.c.* (irreperibilità o rifiuto a ricevere la copia) a quella della notificazione per mezzo del servizio postale e, quindi, dalla necessità di assicurare la coerenza interna e la ragionevolezza complessiva del sistema.

Anche in difetto del ‘nuovo’ art. 111, 1° e 2° comma, Cost., quindi, quelle pronunce verosimilmente si sarebbero avute egualmente.

limitazione o di decadenza della potestà genitoriale ⁽¹¹⁷⁾.

L'ordinanza di rimessione era esemplare per chiarezza e completezza: e ciò si può agevolmente desumere non solo dalla sua lettura 'diretta', ma paradossalmente (per la ragione che tra poco esporremo) pure dalla sintesi fattane nello "svolgimento del processo" da Corte cost. 30 gennaio 2002 n. 1 ⁽¹¹⁸⁾, sintesi che riteniamo utile trascrivere:

“ La rimettente, dopo avere rilevato che la procedura applicabile nel caso di specie è quella di cui all'art. 336 c.c. e che il riferimento in esso contenuto richiama e rende applicabili le norme degli artt. 737 e ss. c.p.c., e dopo avere descritto le modalità della procedura ivi disciplinata, nonché rammentato che lo stesso tipo di procedimento è applicabile anche nel caso in cui si debba provvedere ai sensi dell'art. 317 bis c.c., osserva preliminarmente che la previsione dell'art. 111 Cost. deve considerarsi applicabile anche al procedimento ex art. 336 c.c. (in relazione agli artt. 330 e 333).

Nel giudizio a quo verrebbe d'altro canto in considerazione una contesa fra soggetti che discutono fra loro sull'affidamento del figlio, nel presupposto di vantare ciascuno una maggiore idoneità, non diversamente da quanto accade per i genitori uniti in matrimonio in caso di separazione o di divorzio, in caso di contrasto sull'affidamento dei figli. Onde, ancora più palese sarebbe l'esigenza che il giudice appaia terzo ed imparziale. Viceversa, il giudice minorile si sarebbe trasformato in procuratore e difensore dei diritti del minore, riducendo drasticamente le garanzie, assumendo un ruolo di governo di interessi sottratti all'autonomia privata. Di fronte alla latitudine della norma sostanziale che individua come regola di giudizio l'apprezzamento dell'interesse del minore e della sua lesione, 'il principio di legalità (evidentemente inteso come regolamenta-

⁽¹¹⁷⁾ V. App. Genova 4 gennaio 2001, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1379, che osserva in particolare: “*Nel novellato quadro costituzionale, 'giusto processo' non può essere che quello 'regolato dalla legge': e quindi non si può non dubitare della legittimità costituzionale di una scelta normativa che affida la tutela dei diritti, in un settore fondamentale dell'ordinamento, ad un modello processuale nel quale la decisione sui diritti è emessa a seguito di un processo le cui scadenze sono affidate esclusivamente ai poteri del giudice, tenuto bensì a garantire i fondamentali diritti processuali delle parti, ma secondo modalità non predeterminate, e rimesse al suo apprezzamento. La previsione costituzionale di una riserva di legge, in un contesto tanto delicato e rilevante, implica la necessità che sia il Legislatore a disciplinare le regole del procedimento*”.

⁽¹¹⁸⁾ In *Foro it.*, 2002, I, 3302.

zione per legge del procedimento) deve essere reso particolarmente intenso, se si vuole mantenere il carattere giurisdizionale del procedimento, attraverso la garanzia del rito'.

La rimettente richiama al riguardo la sentenza della Corte europea per i diritti dell'uomo del 15 luglio 2000 (Scozzari e Giunta/Italia) rimarcando che essa, nell'affermare che il diritto dei genitori a mantenere, istruire ed educare i figli è un diritto fondamentale ed ha natura di diritto soggettivo pieno, destinato, tuttavia, a cedere sul piano sostanziale, di fronte all'incapacità dei genitori, ha sottolineato l'esigenza che l'affievolimento avvenga in un procedimento giudiziale che veda regolati i poteri processuali delle parti e del giudice e consenta alle parti un controllo pieno sulla legalità degli atti del procedimento.

La rimettente ricorda come la Corte costituzionale abbia talora giudicato che anche nella procedura camerale ex artt. 737 e ss. c.p.c. il diritto di difesa potrebbe essere assicurato, nonostante la lacunosità della disciplina.

Ma a diversa valutazione dovrebbe indurre l'esigenza del giusto processo regolato dalla legge, nel contraddittorio delle parti, in condizioni di parità e davanti ad un giudice terzo ed imparziale, posta dal nuovo art. 111 Cost.: le parti dovrebbero essere titolari di precise facoltà e poteri processuali e lo svolgimento del procedimento dovrebbe essere sempre controllabile sulla base di precise indicazioni normative e non rimesso alla discrezionalità del giudice, cui le parti non dovrebbero soggiacere.

La procedura ex artt. 737 e ss. c.p.c. e art. 336 c.c. - in quanto sommaria e semplificata, non regolata dalla legge nelle forme, nei tempi e nelle modalità di svolgimento, ma affidata al contrario alla pura discrezionalità del giudice, tanto che gli unici tratti regolati sono la proposizione 'della domanda' con ricorso, la nomina di un relatore, l'assunzione di informazioni (non necessariamente nel contraddittorio delle parti), e la decisione con decreto motivato, reclamabile davanti alla corte d'appello, ma sempre modificabile e revocabile - sarebbe ben lontana dalla relativa previsione costituzionale. In sede di pronuncia sull'affidamento dei figli ai sensi dell'art. 317 bis c.c., la discrezionalità del giudice riguarderebbe anche lo stesso contenuto del provvedimento, potendo il giudice disporre l'affidamento all'uno o all'altro dei genitori, ma anche escludere entrambi, nell'interesse del minore, dalla potestà, nominando un

tutore (mentre nel caso di genitori uniti in matrimonio, l'affidamento ad un terzo richiederebbe gravi motivi). L'attuazione di un embrionale contraddittorio, le cui forme, modi e tempi non sono disciplinati dalla legge, avverrebbe con la mera convocazione dell'interessato e senza necessità di un difensore tecnico.

D'altro canto, l'assenza di regole poste dalla legge, ma soltanto dedotte in via di interpretazione adeguatrice dall'art. 24 Cost., lascerebbe aperta la via a prassi applicative difformi per ogni giudice o ufficio giudiziario e ciò escluderebbe la possibilità 'di sanzionare con la rimessione al primo giudice la violazione, in primo grado, di regole di garanzia per la difesa' e 'di stabilire con certezza gli effetti della nullità di singoli atti'.

Poiché a seguito della novellazione dell'art. 111 Cost. il 'giusto processo' non può che essere quello 'regolato dalla legge', dovrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale di un modello processuale, nel quale la decisione sui diritti, in un settore fondamentale dell'ordinamento, è emessa a seguito di un processo le cui scadenze sono affidate esclusivamente al giudice 'tenuto bensì a garantire i fondamentali diritti delle parti, ma secondo modalità non predeterminate, e rimesse al suo apprezzamento': la previsione di una riserva di legge 'in un contesto tanto delicato e rilevante' implicherebbe 'la necessità che sia il Legislatore a disciplinare le regole del procedimento'.

Queste complessive considerazioni vengono ritenute dal rimettente idonee a giustificare la prospettata questione di costituzionalità”.

Si trattava senza dubbio di argomenti 'pesanti', che avrebbero meritato un'attenta analisi da parte della Consulta.

Ma così non è stato!

Ecco, infatti, come ha 'risposto' l'Alta Corte:

“ Il giudice rimettente - il quale afferma esplicitamente che la normativa impugnata non è suscettibile di essere interpretata in senso conforme a Costituzione - non motiva adeguatamente le ragioni di tale suo convincimento.

Quanto alle eventuali prassi distorsive, esse si risolverebbero in errori cui rimedierebbe in sede di reclamo il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza (come del resto fa la stessa ordinanza per la prassi della secretazione delle relazioni dei servizi sociali, riguardo alla quale esplicitamente individua

la norma che la vieta).

D'altro canto, la tesi dell'impossibilità, per il giudice del reclamo, di sanzionare con la rimessione del procedimento al primo giudice la violazione di regole poste a garanzia del diritto di difesa verificatesi in primo grado, non considera che, nell'ordinamento processuale civile, la rimessione al primo giudice è fenomeno limitato ai casi previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c., onde corrisponde ai principi che il giudice del reclamo, constatata una violazione in prima istanza delle regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibile ai casi di rimessione espressamente previsti, adotti una nuova decisione rispettosa di quelle regole.

Infine, la tesi dell'impossibilità per il giudice del reclamo di stabilire con certezza la nullità di singoli atti postula un sistema di nullità degli atti del processo civile necessariamente correlato a specifiche previsioni normative, e perciò diverso da quello in vigore, così come risulta dal secondo e terzo comma dell'art. 156 c.p.c.

Dalla rilevata insufficienza di motivazione discende l'inammissibilità della questione”.

Tutto qui!

Ci vuol poco, però, a dimostrare il carattere assolutamente ‘elusivo’ della risposta data dalla Corte costituzionale.

Quest’ultima, invero, si è limitata ad estrapolare quei pochi passaggi dell’ordinanza di rimessione apparentemente ‘deboli’ per contestarne la correttezza, ma non ha speso **neanche una parola** su quello che era il *thema decidendum* (la coerenza con il ‘nuovo’ principio di legalità processuale di un modello procedimentale ‘in bianco’), che era stato peraltro esattamente e motivatamente individuato dal Giudice *a quo* ⁽¹¹⁹⁾.

Assolutamente fragili, poi, si rivelano le stesse spiegazioni ‘contrapposte’ dall’Alta Corte ai singoli passi dell’ordinanza di rimessione presi in considerazione.

A) Dire, infatti, che “*le eventuali prassi distorsive ... si risolverebbero in errori cui rimedierebbe in sede di reclamo il controllo dei provvedimenti emessi in prima istanza*”, significa solo ‘spostare’ (e non risolvere) il problema perché:

- in primo luogo, il sistema non consentirebbe comunque di

⁽¹¹⁹⁾ V. nuovamente la nota 117.

rimediare alle “*prassi discorsive*” del ... giudice del reclamo (il quale ... pronuncia anch’egli in camera di consiglio: art. 739, 1° comma), dato che *in subiecta materia* i provvedimenti emessi in secondo grado non sono ricorribili per Cassazione⁽¹²⁰⁾ e conseguentemente viene negato alle parti “*il diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in cassazione*”⁽¹²¹⁾;

- in secondo luogo, le Corti di appello ‘accessibili’ con il reclamo *ex artt. 739-740 c.p.c.*, in quanto **plurime**, non potrebbero assicurare **mai** “*l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge*”, di guisa che *in subiecta materia* resta impedito l’esercizio della funzione nomofilattica⁽¹²²⁾, che istituzionalmente compete all’**unica** (ma qui ‘inaccessibile’) Corte di Cassazione⁽¹²³⁾.

B) In mancanza di una specifica regolamentazione delle modalità di esercizio della garanzia della difesa **neppure** nella fase svolgentesi innanzi al giudice del reclamo (il quale, come abbiamo detto, pronuncia anch’egli in camera di consiglio: art. 739, 1° comma), poi, non v’è alcuna certezza che quest’ultimo (constatata una violazione in prima istanza delle regole del contraddittorio o del diritto di difesa non riconducibile ai casi di rimessione espressamente previsti) adotti una nuova decisione rispettosa delle garanzie costituzionali.

C) Quanto al sistema delle nullità *ex art. 156, 2° e 3° comma, c.p.c.* [che la Consulta considera (erroneamente) operante pure

⁽¹²⁰⁾ V. la giurisprudenza richiamata nelle note 87-88.

⁽¹²¹⁾ Corte cost. 9 luglio 2009 n. 207, in *Foro it.*, 2009, 12, 1, 3281, che riprende argomenti e parole di Corte cost. 28 luglio 2000 n. 395, in *Giur. cost.*, 2000, 2791.

⁽¹²²⁾ Sulla ‘doppia funzione’ del ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* (di “*garanzia soggettiva*” per le parti e di “*garanzia oggettiva*” per l’ordinamento) v. ANDOLINA-VIGNERA, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino 1990, 187-189; ANDOLINA-VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile*, cit., 205-207; e ultimamente CARRATTA, *La Corte costituzionale e il ricorso per cassazione quale ‘nucleo essenziale’ del <<giusto processo regolato dalla legge>>: un monito per il Legislatore ordinario*, cit., 628 ss.

⁽¹²³⁾ E’ pedante ricordare (ma è opportuno farlo di fronte alla dimenticanza ... della Corte costituzionale) l’art. 65 r. d. 30 gennaio 1941 n. 12 (ordinamento giudiziario): “*La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge*”.

rispetto agli atti del procedimento camerale, così supplendo a suo (erroneo) avviso alla mancanza *in subiecta materia* (lamentata dal Giudice remittente) di specifiche comminatorie di nullità *ex lege*,], infine, rammentiamo a noi stessi che codeste disposizioni *ex art. 156, 2° e 3° comma, c.p.c.* presuppongono ovviamente ⁽¹²⁴⁾ la ‘predeterminazione normativa dell’atto processuale’ e dei suoi “*requisiti formali*” (c.d. modello o schema legale dell’atto) al fine di poter verificare:

a) se l’atto concretamente posto in essere sia conforme alla relativa fattispecie astratta (cioè, al suo modello legale);

b) in caso contrario, se i requisiti in esso mancanti siano tra quelli che, **in base al suo modello legale**, devono considerarsi “*indispensabili per il raggiungimento dello scopo*” (art. 156, 2° comma);

c) se, malgrado la mancanza di codesti requisiti, l’atto abbia comunque in concreto “*raggiunto lo scopo a cui è destinato*” **per legge** (art. 156, 3° comma) ⁽¹²⁵⁾.

Orbene!

Proprio codesta ‘predeterminazione normativa’ manca, invece, rispetto alla maggior parte degli atti del procedimento camerale, i quali pertanto non hanno un ... modello legale di riferimento, che consenta di “*stabilire con certezza la nullità di singoli atti*” (come **esattamente** lamentava il Giudice remittente!).

I nostri rilievi sono così elementari da indurci a sospettare che l’incredibile decisione dell’Alta Corte abbia avuto ben altre e recondite motivazioni.

E’ possibile, più esattamente, ipotizzare che i Giudici costituzionali si siano lasciati condizionare ... dallo stesso Giudice *a quo*, il quale nella parte conclusiva dell’ordinanza di rimessione aveva adombrato quelle che a suo avviso sarebbero state le ‘pericolose’ conseguenze sistematiche della decisione di accoglimento richiesta alla Consulta rispetto ai procedimenti costi-

⁽¹²⁴⁾ Infatti, “*se ... il processo nel suo momento dinamico, ossia in quanto attività giuridica, non è che una serie di atti, la disciplina del processo non è che la disciplina degli atti del processo. E sotto questo profilo tutto il codice di procedura civile non è che la disciplina di una serie di atti*” (MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., I, 445-446).

⁽¹²⁵⁾ “*Per scopo dell’atto si intende non lo scopo contingente e concreto perseguito dall’autore, ma lo scopo a questo assegnato astrattamente dalla legge*” (MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., I, 505, nota 13).

tuenti l'oggetto della *quaestio legitimitatis* sollevata (*id est*: rispetto alle procedure aventi ad oggetto l'affidamento dei figli conteso da genitori non uniti in matrimonio e più in generale a quelle riguardanti la limitazione o la decadenza della potestà genitoriale)⁽¹²⁶⁾: conseguenze ravvisate o in un (inconcepibile) vuoto legislativo **oppure** in un assoggettamento di tali procedure alla disciplina del procedimento ordinario di cognizione (ritenuto inadeguato dal Giudice remittente per “*i suoi formalismi e le sue lungaggini*”).

Per noi, tuttavia, la surricordata pronuncia della Consulta non potrebbe giustificarsi neanche alla luce di simili (ed ipotetiche) ‘paure’, in presenza delle quali la Corte costituzionale avrebbe fatto molto meglio a pronunciare una ‘sentenza monitoria’⁽¹²⁷⁾: lasciando, cioè, momentaneamente immutata la situazio-

⁽¹²⁶⁾ Nella parte conclusiva dell'ordinanza in questione della Corte di Appello di Genova, invero, sta scritto quanto segue: “*Certo questa Corte è ben consapevole che il procedimento ordinario contenzioso, con i suoi formalismi e le sue lungaggini (anche dopo la riforma del 1990) non sarebbe adatto a regolare controversie come la presente (ma a ben vedere, neppure quelle di separazione e divorzio, almeno per la parte relativa ai minori) e che de iure condendo il Legislatore potrebbe opportunamente coniugare l'esigenza di regole precise e determinate con quella di agilità e snellezza, assolutamente funzionale ad una efficace tutela, anche processuale, del minore. E' pure consapevole che una eventuale dichiarazione di illegittimità della norma da parte della Corte costituzionale produrrebbe un sicuro vuoto normativo: ritiene peraltro che non possa non essere rimessa all'apprezzamento del Giudice della legge la permanenza nell'ordinamento di una procedura che si pone in contrasto con i novellati principi costituzionali e segnatamente con l'art. 111 Cost.*”.

Alla stregua di ciò, la rimessione alla Consulta della prospettata questione appariva già *ex ante* (se non del tutto illogica e senza senso) sicuramente velleitaria: a meno che non si voglia ipotizzare che con essa il giudice *a quo* aspirasse proprio a quel tipo di pronuncia (c.d. monitoria), di cui parleremo tra poco.

⁽¹²⁷⁾ Cfr. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, 99-100: “*Laddove la Corte non ritenga di poter addivenire ad una decisione di accoglimento ma ravvisi una situazione di grave disagio dal punto di vista dell'attuazione dei valori costituzionali, pronuncia una sentenza di rigetto, accompagnata da un'esortazione rivolta al Legislatore nel senso di rimuovere le condizioni del detto disagio. Sovente ciò si collega anche ai limiti dei poteri della Corte, venuti in evidenza, ad esempio, con riguardo alle decisioni additive e cioè alla mancanza di un modo univoco ed obbligato per eliminare la lamentata violazione dei principi costituzionali ... In altri casi la decisione esortativa nasce da un dato, per così dire, 'quantitativo': il disagio da un punto di vista costituzionale non giunge cioè a superare i limiti della vera e propria incostituzionalità. Quando questo dato quantitativo si colleghi anche a fattori storici, economici, sociali, ad un contesto complessivo che può variare, la decisione esortativa si tramuta in decisione 'monitoria' e può preludere, in un tempo vicino, ad una decisione di accoglimento*” (c.d. meccanismo della doppia pronuncia).

ne, ma sollecitando un'azione 'adeguatrice' del Legislatore, il quale in tal caso sarebbe stato verosimilmente indotto (quanto meno) ad inserire **pure** i procedimenti *de quibus* tra quelli costituenti l'oggetto della "delega al Governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili" (art. 54 l. 18 giugno 2009 n. 69).

19. Segue: esame critico di Corte cost. 29 maggio 2009 n. 170.

A prescindere da ogni ('vera' o 'ipotetica') spiegazione di Corte cost. n. 1 del 2002, sta di fatto che con l'ordinanza 29 maggio 2009 n. 170 (¹²⁸) la Consulta ha inequivocabilmente dimostrato di voler difendere ad oltranza le proprie 'posizioni di retroguardia' sull'attuale procedimento camerale.

Invero, nella motivazione di codesta ordinanza [con la quale è stata dichiarata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 24, 2° comma l. fall. come sostituito dall'art. 21 d. lgs. n. 5 del 2006, che prevede(va) l'applicazione del rito camerale per le controversie derivanti dal fallimento (¹²⁹)], si legge quanto segue:

“ più volte questa Corte ha ribadito la piena compatibilità costituzionale della opzione del Legislatore processuale, giustificata da comprensibili esigenze di speditezza e semplificazione, per il rito camerale (ex multis: sentenza n. 103 del 1985, ordinanza n. 35 del 2002), anche in relazione a controversie coinvolgenti la titolarità di diritti soggettivi;

in particolare, come già in passato osservato, 'la giurisprudenza di questa Corte è costante nell'affermare che la previsione del rito camerale per la composizione di conflitti di interesse mediante provvedimenti decisori non è di per sé suscettiva di frustrare il diritto di difesa, in quanto l'esercizio di que-

Sulle decisioni di questo tipo v. *ex plurimis* MODUGNO, *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, *Giur. cost.*, 1981, I, 1646 sss.; PEGORARO, *Le sentenze-indirizzo della Corte costituzionale italiana*, Padova, 1984; PINARDI, *Le decisioni di 'incostituzionalità sopravvenuta', di 'incostituzionalità differita' e le tecniche monitorie*, in *Foro it.*, 1998, V, 156 ss.; ZAGREBELSKKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 320 ss.

(¹²⁸) In *Fallimento*, 2009, 1268.

(¹²⁹) V. la parte iniziale del par. 17 e (sulla 'ultrattività' della disposizione *de qua*) la nota 105.

st'ultimo può essere modulato dalla legge in relazione alle peculiari esigenze dei vari procedimenti ..., purché ne vengano assicurati lo scopo e la funzione' (sentenza n. 103 del 1985, ordinanze n. 121 del 1994 e n. 141 del 1998);

più nello specifico, può escludersi sia l'irragionevolezza della scelta legislativa sia la violazione del diritto di difesa sia, infine, la violazione della regola del giusto processo garantita dall'art. 111, 1° comma, Cost., ove il modello processuale previsto dal Legislatore, nell'esercizio del potere discrezionale di cui egli è titolare in materia (da ultimo sentenza n. 221 del 2008), sia tale da assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà della impugnazione - sia per motivi di merito che per ragioni di legittimità - della decisione assunta, la attitudine del provvedimento conclusivo del giudizio ad acquisire stabilità, quanto meno allo stato degli atti”.

Orbene!

Così scrivendo, l'Alta Corte si ostina ad ignorare che:

a) dopo quella sua “*giurisprudenza costante*” il sistema costituzionale si è arricchito di un **nuovo** valore (il principio di legalità processuale), al quale **pure** la sua giurisprudenza deve uniformarsi (a meno che non le si voglia assegnare il primato nella gerarchia delle fonti del diritto, al di sopra persino ... della Costituzione!);

b) proprio in virtù del sopravvenuto principio di legalità processuale il “*giusto processo*” deve essere (ed è **solo** quello) “*regolato dalla legge*”;

c) conseguentemente, oggi il Legislatore processuale non può più limitarsi ad “*assicurare il rispetto del principio del contraddittorio, lo svolgimento di un'adeguata attività probatoria, la possibilità di avvalersi della difesa tecnica, la facoltà della impugnazione*” con semplici ‘norme in bianco’ (concretanti una vera e proprio ‘delega’ al Potere giudiziario); ma ha il **dovere** di regolamentare l'esercizio di codeste garanzie processuali con disposizioni *ad hoc* aventi un contenuto sufficientemente ‘chiaro e certo’.

L'ovvietà di codeste considerazioni rasenta la pedanteria: ce ne rendiamo ben conto! Ma proprio per tale ragione un'attività ‘adeguatrice’ del Legislatore *in subiecta materia* ci sembra a

questo punto assai più probabile di un ... improbabile ripensamento della Corte costituzionale.