

LA DIFESA NELLA COSTITUZIONE. PROFILI DI INCOSTITUZIONALITA' IN MATERIA DI ISTRUZIONE PROBATORIA "ANTE CAUSAM"

di **Sergio Salerno**

La tutela giurisdizionale dei diritti trova dimora, nell'attuale impianto costituzionale, in numerose disposizioni per mezzo delle quali il Legislatore Costituente si è preoccupato di garantire l'accesso incondizionato ai vari di mezzi di tutela e la stesura di una grammatica processuale che fosse in grado di offrire agli istanti garanzia di terzietà ed imparzialità. La portata di un siffatto terreno, pur ampio e fecondo, non può prescindere dal richiamo a quelle disposizioni costituzionali che costituiscono l'espressione più compiuta del sistema di accesso alla giustizia. L'articolo 24 della legge fondamentale, consacrando il c.d. diritto di azione, riconosce ad ogni individuo l'accesso alla tutela giurisdizionale per la protezione dei propri diritti soggettivi ed interessi legittimi. L'ambito oggettivo di riferimento di tale norma necessiterebbe di un duplice chiarimento preliminare: in primo luogo, esso consente di qualificare l'*actio* quale motore propulsivo della tutela giurisdizionale, per mezzo del quale si garantisce, al privato cittadino o al Pubblico Ministero, il potere di avviare un procedimento di fronte all'autorità giudiziaria al fine di ottenere la tutela di un determinato interesse. Il secondo elemento attiene, invece, all'individuazione delle posizioni effettivamente tutelate: se, da un lato, i diritti soggettivi costituiscono espressione della c.d. *facultas agendi* riconosciuta dall'ordinamento ad un soggetto rispetto al bene o all'utilità che intende tutelare, dall'altro l'interesse legittimo si estrinseca come la pretesa ad agire affinché il *modus operandi* della Pubblica Amministrazione si svolga *secundum legem*. Stando alla *ratio* della norma in commento, essa consentirebbe in automatico e senza che alcuna disposizione *ad hoc* lo preveda, l'automatico accesso alla tutela giurisdizionale in caso di lesione ad una delle proprie posizioni giuridiche attive (restano fatte salve, evidentemente, le ipotesi di "giurisdizione vincolata" nella quali tale accesso risulta non escluso, ma solamente subordinato – in un'ottica chiaramente deflattiva del contenzioso – all'esperimento di rimedi di carattere extraprocessuale).

Il secondo comma del medesimo articolo, poi, consacra il diritto di difesa come "inviolabile in ogni stato e grado del processo". Sotto questo profilo, nondimeno, il legislatore si preoccupa di garantire che l'accesso alla difesa non risulti subordinato alle effettive capacità economiche individuali,

trasformando il diritto alla difesa in un parametro che risenta delle condizioni economiche degli agenti. Il risultato *de quo* appare, dunque, salvaguardato mediante la previsione (anch'essa di carattere costituzionale) del cd. "accesso al gratuito patrocinio", attraverso il quale "sono assicurati ai meno abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione".

L'articolo 111 della Carta Fondamentale (così come modificato dalla Legge Costituzionale 2/1999) dispone poi, con estrema solennità e precisione, che "la giurisdizione si attua secondo il giusto processo regolato dalla legge". Pur trattandosi di una disposizione priva di immediate ricadute precettive, la lettura del secondo comma risulta particolarmente chiarificatrice, disponendo che "ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata". Viene così definendosi, senza particolari difficoltà interpretative, una nozione comprensiva di un complesso eterogeneo di principi permeanti il *quomodo* del nostro impianto processuale: in primo luogo, il principio del contraddittorio impone che nessuna domanda possa essere decisa dall'autorità giudiziaria se non *audita altera parte* (sebbene non siano limitate le ipotesi di contraddittorio attenuato o reso *ex post*, ove ciò sia giustificato da esigenze di tutela dell'effettività giurisdizionale o da ragioni di celerità e di urgenza). In secondo luogo, la nozione della c.d. ragionevole durata del processo - ancorché priva di una delimitazione temporale qualificabile *ex ante* - costituisce uno dei principi fondanti lo Stato di diritto, rappresentando altresì oggetto di esplicita protezione in sede di Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, adottata dal Consiglio d'Europa nel 1950 e recepita in Italia con la legge n. 848/1955. Il richiamo alla risalente conquista dell'imparzialità, in particolar modo, non soltanto costituisce in astratto *condicio sine qua non* per il regolare svolgimento del processo (sia esso civile, penale o amministrativo), ma risulta in concreto tutelato e protetto dal legislatore con strumenti *ad hoc* in grado di assicurarne la permanenza durante l'intero *iter* processuale. Sotto questo profilo, meritevoli di attenzione gli istituti dell'astensione e della ricsuzione: con la prima, è la stessa autorità giudiziaria adita a dichiarare *ex ante* (mediante comunicazione, articolo 51 c.p.c.) la sua astensione dal giudizio poiché foriero di una posizione in grado di ledere il suo imparziale *modus procedendi*; con la seconda, al contrario, il motore propulsivo di sposterebbe sull'incidentale di ricsuzione *ex partibus* quale mera conseguenza di una mancata astensione da parte del giudice.

Le premesse fin qui operate appaiono senza dubbio prodromiche alla questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Chieti il 29 Settembre 2003 in relazione alle conseguenze di un'ordinanza di rigetto in materia di istruzione preventiva. Disciplinata dagli articoli 692 al 699 del codice di rito, essa consente alle parti la possibilità di poter richiedere ed ottenere l'assunzione anticipata di un mezzo di prova ancor prima che prenda avvio la fase istruttoria *stricto sensu* intesa o, a maggior ragione, prima che prenda avvio lo stesso giudizio, sul presupposto di un *periculum in mora* qui coincidente con la forte probabilità di dispersione del mezzo in un momento successivo. Nei casi *de quibus* è, dunque, lo stesso legislatore che concede alle parti il diritto di rivolgere al giudice competente un ricorso cautelare (*ante causam*, per l'appunto) a seguito del quale, fissata un'udienza con apposito decreto, esse si ritrovano di fronte all'autorità giudiziaria, nel contraddittorio. Assunte, a questo punto, sommarie informazioni (*modus operandi* assolutamente conforme alla natura sommaria della tutela cautelare che non può, né deve anticipare i crismi della cognizione piena ed esauriente successiva), il giudice decide con ordinanza non impugnabile se accogliere o rigettare l'istanza.

Un siffatto esito, si badi bene, costituisce una vistosa incoerenza interna alla disciplina della tutela cautelare, giacché inconciliabile con la previsione sistematica del reclamo che – ex articolo 669-terdecies del codice di rito – garantisce alle parti la possibilità di impugnare le ordinanze di accoglimento o rigetto di una domanda cautelare, nei termini di giorni quindici dalla pubblicazione (qualora resa in udienza) o dalla notificazione/comunicazione, negli altri casi. Fu proprio un'ordinanza di rigetto che, nella fattispecie *supra* richiamata, determinò la sospensione del relativo processo in attesa che si pronunciasse la Corte Costituzionale. Il ricorrente, nel caso in esame, lamentava una violazione degli articoli 3 (principio di uguaglianza), 24 (diritto di azione/difesa), 111 (giusto processo) in relazione alla negata possibilità di poter impugnare (*rectius*, reclamare) l'ordinanza attraverso la quale il giudice rigettava la sua richiesta di accertamento tecnico preventivo.

A ben vedere, pur discostandoci volontariamente da una valutazione di carattere prettamente giuridica, tale scelta appare del tutto irragionevole sul piano logico: sostenne, infatti, la Consulta che “mentre il pregiudizio che subisce il resistente a seguito di un provvedimento di istruzione preventiva non è definitivo, in quanto ogni questione relativa all'ammissibilità e rilevanza è rinviata al merito, il danno che può derivare al ricorrente da un provvedimento di rigetto può essere irreparabile.”¹

¹ Corte Costituzionale, Sentenza 144/2008

Ed ancora, “ l'indisponibilità di mezzi di impugnazione avverso l'ordinanza di rigetto del ricorso per istruzione preventiva comporta che il ricorrente potrà esclusivamente proporre l'azione ordinaria, esponendosi al concreto rischio che – nelle more del giudizio – la prova di cui si era chiesta l'assunzione anticipata non possa essere più acquisita al processo. Il problema non si pone, invece, nel caso di ordinanza ammissiva dell'istruzione preventiva, proprio perché il provvedimento risulta inidoneo a sortire effetti definitivi, essendo rimessa al successivo ed eventuale giudizio di merito ogni valutazione circa la rilevanza della prova”. A contrariis, a parere di chi scrive, se l'assunzione anticipata di un mezzo di prova può arricchire o – nella peggiore delle ipotesi – nulla aggiungere al contesto probatorio successivo, un rigetto in tal senso potrebbe probabilmente equivalere ad un quid minus di cui il successivo quadro istruttorio risulterebbe definitivamente macchiato, a danno della parte istante.

Sostenne la Consulta, inoltre, “che il rigetto del ricorso diretto ad ottenere un provvedimento di istruzione preventiva può provocare un pregiudizio irrimediabile al ricorrente; dall'altro, la non reclamabilità dei provvedimenti di accoglimento non produce eguali danni al resistente”. Alla luce di queste ed ulteriori valutazioni², la Corte Costituzionale ha dichiarato – con la sentenza numero 144/2008 – l'illegittimità costituzionale degli articoli 669-*quaterdecies* e 695 del codice di procedura civile, 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 articoli 692 e 696 dello stesso codice.

² “Se si ha riguardo alla reclamabilità dei provvedimenti di rigetto di istanze cautelari sostanziali, la non reclamabilità di quelli che respingono ricorsi per provvedimenti di istruzione preventiva si presenta quindi come un'incoerenza interna alla disciplina della tutela cautelare. La discrasia è ancora più puntuale e evidente rispetto al provvedimento di diniego di sequestro giudiziario per provvedere alla custodia temporanea di libri, registri, documenti, campioni e di ogni altra cosa da cui si pretende desumere elementi di prova, disciplinato dall'art. 670, secondo comma, del codice di procedura civile. Né varrebbe obiettare che l'art. 669-*septies* cod. proc. civ. attribuisce al ricorrente, sussistendo determinate condizioni, la facoltà di riproporre l'istanza. Come questa Corte ha rilevato, la riproposizione della istanza al medesimo giudice che ha emesso il provvedimento di rigetto opera su un piano diverso da quello del reclamo e non assicura lo stesso livello di efficacia di questo (sentenza n. 253 del 1994). La non impugnabilità dei provvedimenti sia di rigetto che di accoglimento non comporta tuttavia parità di tutela tra le parti. Mentre, infatti, il pregiudizio che può subire il resistente per effetto della concessione ed esecuzione di un provvedimento di istruzione preventiva non è definitivo, in quanto ogni questione relativa all'ammissibilità e rilevanza è rinviata al merito, il danno che può derivare al ricorrente da un provvedimento di rigetto può essere irreparabile. Le norme impugnate vanno, quindi, dichiarate illegittime nella parte in cui non consentono di utilizzare lo strumento del reclamo, previsto dall'art. 669-*terdecies* cod. proc. civ., avverso il provvedimento che rigetta l'istanza per l'assunzione preventiva dei mezzi di prova di cui agli artt. 692 e 696 del medesimo codice.”