

## CAPITOLO VII

### GARANTISMO E «GIUSTO PROCESSO»

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il «garantismo giudiziario». – 2. Processo inquisitorio e processo accusatorio. – 3. Giusnaturalismo processuale e garantismo. – 4. Origine della locuzione «giusto processo». – 5. Il *Due Process of Law*. – 6. L'*Habeas Corpus Act*. – 7. La costituzione degli Stati Uniti d'America. – 8. Le convenzioni internazionali del XX secolo. – 9. Considerazioni sul giusto processo.

#### *Premessa*

In questo capitolo ci proponiamo di delineare le vicende che condussero alla diffusione del garantismo giudiziario e all'affermazione del c.d. «giusto processo». A tal riguardo, evidenzieremo l'influenza del «giusnaturalismo processuale», inteso come un insieme di regole di procedura considerate «naturali» e indispensabili ai fini di una corretta amministrazione della giustizia, e il frequente riferimento alla cultura processuale anglo-sassone ove l'attenzione per gli istituti garantistici si sviluppò precocemente rispetto a quella dell'Europa continentale.

#### 1. *Il «garantismo giudiziario»*

Definire il termine «garantismo» non è certamente facile. Si tratta di un concetto vago e variamente interpretato con il quale si intende generalmente la previsione di efficaci strumenti di tutela dei diritti dell'individuo nei confronti dei poteri pubblici.

Il garantismo – come ha opportunamente osservato Guido De Ruggero – si colloca nell'ambito della dottrina del «liberalismo» e costituisce

elemento essenziale dello «Stato di diritto»<sup>1</sup>. Dello stesso orientamento è Mario A. Cattaneo per il quale il garantismo è «la teoria delle garanzie giuridiche, politiche, costituzionali, volte a tutelare i cittadini dall'eventuale arbitrio e dalle prevaricazioni dei detentori del potere politico»<sup>2</sup>. Secondo Giovanni Tarello, garantismo «significa quell'atteggiamento che tende a innalzare ostacoli, a innalzare barriere, a innalzare remore, nei confronti dei poteri massimi nella organizzazione giuridica, cioè quei poteri che sono massimi nel determinare il mutamento giuridico»<sup>3</sup>.

Quanto alla locuzione «garantismo giudiziario», essa sta a indicare una specificazione del garantismo in ambito processuale secondo la quale la giurisdizione, nell'assicurare certezza e celerità del giudizio, è tenuta al tempo stesso a fornire alle parti in giudizio una serie di garanzie tali da impedire ogni abuso da parte del potere pubblico.

In estrema sintesi è possibile ricondurre il garantismo a due concezioni principali, la prima di carattere molto generale, la seconda, più specifica, riferita alla materia giudiziaria (e segnatamente penale). Il garantismo è dunque considerato:

- 1) semplicemente quale sinonimo di «Stato di diritto», poiché quest'ultimo intende, attraverso la sottoposizione dei poteri pubblici a una disciplina giuridica, a garantire le libertà almeno in senso formale;
- 2) quale previsione, specificamente in materia penale, di effettivi strumenti di tutela delle libertà individuali nei confronti dell'autorità giurisdizionale.

Storicamente il garantismo sorse in campo penale, allo scopo di limitare e regolare in modo efficace le potestà punitive delle autorità dotate di *iurisdictio*. Perciò abitualmente – osserva Luigi Ferrajoli – si utilizza la locuzione «garantismo penale» per definire «sul piano giuridico un sistema di vincoli imposti alla potestà punitiva dello Stato a garanzia dei

---

<sup>1</sup> G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, III ed., Roma-Bari, 1995 pp. 65-66.

<sup>2</sup> M.A. Cattaneo, *Garantismo*, in *Lessico della politica*, a cura di G. Zaccaria, Roma 1987, p. 260.

<sup>3</sup> «Garantismo è un nome vecchio che ha avuto molti significati, però c'è un nucleo di significato che copre tutti questi garantismi», G. Tarello, *Atteggiamenti dottrinali e mutamenti strutturali dell'organizzazione giuridica*, in Id., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna 1988, pp. 354-355.

diritti dei cittadini<sup>4</sup>». Tale cultura ben si riassume nel celebre aforisma di Voltaire, secondo il quale «è meglio correre il rischio di salvare un colpevole piuttosto che condannare un innocente<sup>5</sup>». Garantismo significa, secondo Mario A. Cattaneo, «diritto penale processuale liberale», i cui principi fondamentali sono costituiti da:

- garanzia dagli arresti arbitrari;
- *habeas corpus* (cioè immediata comunicazione dei motivi dell'arresto e celere presentazione al magistrato, perché possa eventualmente decidere la messa in libertà);
- principio del contraddittorio, diritto alla difesa e partecipazione del difensore a tutte le fasi del procedimento penale;
- determinazione legislativa e tassativa dei casi di carcerazione preventiva;
- presunzione di innocenza fino alla condanna definitiva;
- condanna soltanto dopo una acquisizione di prove del tutto convincente (esclusione dei processi puramente «indiziari») <sup>6</sup>.

Per comprendere quali siano dal punto di vista teorico le caratteristiche del garantismo penale appaiono fondamentali le considerazioni di Luigi Ferrajoli, al quale si deve la più compiuta teorizzazione del fenomeno. L'Autore ha fissato, utilizzando una terminologia latina, dieci assiomi per un sistema di garanzie nella giustizia penale:

---

<sup>4</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 1989, p. 891. Lo studio di Luigi Ferrajoli ha suscitato un vasto dibattito e conosciuto un successo rilevante in dottrina. Sul punto si veda il volume *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, a cura di Letizia Gianformaggio, Torino 1993 (testi di Pietro Costa, Letizia Gianformaggio, Riccardo Guastini, Mario Jori, Claudio Luzzati, Mariangela Ripoli, Vittorio Villa, Roberto Bergalli, Mario A. Cattaneo, Paolo Ferrua, Giovanni Fiandaca, David Nelken, Tullio Padovani, Salvatore Senese, Michele Taruffo, Eugenio R. Zaffaroni, Michelangelo Bovero, Alberto Contu, Eugenio Lecaldano, Eligio Resta, Danilo Zolo, Luigi Ferrajoli), e il saggio di D. Ippolito, *Garantismo. Un accostamento all'opera di Luigi Ferrajoli*, in «L'Acropoli», IX (2008), pp. 76-84. Sul garantismo si vedano inoltre M.A. Cattaneo, *Garantismo*, cit., pp. 260-269; C. Santoriello, *Garantismo (processo penale)*, in *Digesto delle Discipline Penali*, Aggiornamento, I, Torino 2005, pp. 543-569.

<sup>5</sup> «Il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent», Voltaire, *Zadig ou la destinée. Histoire orientale (1748)*, in *Œuvres complètes de Voltaire*, XXXVI, Paris 1830, ch. VI, p. 19.

<sup>6</sup> M.A. Cattaneo, *Pena diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino 1990, p. 234.

1. *Nulla poena sine crimine* (principio di consequenzialità della pena al reato).
2. *Nullum crimen sine lege* (principio di legalità).
3. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (principio di necessità del diritto penale).
4. *Nulla necessitas sine iniuria* (principio della offensività dell'evento).
5. *Nulla iniuria sine actione* (principio di materialità o esteriorità dell'azione).
6. *Nulla actio sine culpa* (principio di colpevolezza o della responsabilità personale).
7. *Nulla culpa sine iudicio* (principio di giurisdizionalità).
8. *Nullum iudicium sine accusatione* (principio accusatorio o della separazione tra giudice e accusa).
9. *Nulla accusatio sine probatione* (principio dell'onere della prova).
10. *Nulla probatio sine defensione* (principio del contraddittorio)<sup>7</sup>.

Secondo l'Autore è «garantista ogni sistema penale che si conforma normativamente a tale modello e che lo soddisfa effettivamente». Si tratta evidentemente – sottolinea Norberto Bobbio – di «un modello ideale cui la realtà si può più o meno avvicinare<sup>8</sup>», in quanto nessun sistema penale potrà mai dirsi del tutto ed effettivamente garantista. Così si dovrà parlare «piuttosto che di sistemi garantisti o antigarantisti *tout court*, di *gradi* di garantismo<sup>9</sup>».

Delle dieci garanzie individuate da Luigi Ferrajoli, le prime sei rappresentano «garanzie penali sostanziali». Le ultime quattro – principio di *giurisdizionalità*, *accusatorio*, dell'*onere della prova*, del *contraddittorio* – sono «garanzie processuali». Proprio tali «garanzie processuali» costituiscono il nucleo di un più ampio, e non solo penale, «garantismo giudiziario».

Per «garantismo giudiziario» intendiamo dunque un coacervo di istituti e di principi processuali atti a garantire una effettiva tutela dei diritti dell'individuo, specificamente nella sua qualità di parte in un proce-

<sup>7</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 69.

<sup>8</sup> «Come modello rappresenta una meta – prosegue l'A. – che rimane tale anche se non è raggiunta e non può essere mai del tutto raggiunta», N. Bobbio, *Prefazione*, in L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. IX.

<sup>9</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 892.

dura giurisdizionale. Sebbene in materia penale il garantismo trovi la sua principale ragion d'essere, anche nel processo civile o in quello amministrativo – così come in ogni procedura giurisdizionale – gli istituti garantistici rappresentano, in uno Stato di diritto, elementi fondamentali.

## 2. *Processo inquisitorio e processo accusatorio*

L'affermazione di una «cultura delle garanzie processuali», fenomeno degli ultimi secoli, è senz'altro frutto dell'individualismo e del razionalismo giuridico originato dalla laicizzazione delle Società e dalla netta separazione tra diritto e morale. In materia penale l'intera vicenda è legata alla crisi del processo inquisitorio e alla progressiva diffusione di quello accusatorio.

Nella contrapposizione netta tra i due modelli teorici della procedura penale, il processo accusatorio e quello inquisitorio, si riflette l'alternativa tra la prevalenza dei diritti dell'«individuo» o degli interessi della «comunità». A differenziare i due modelli è soprattutto il ruolo del giudice: nel processo accusatorio egli è privo del potere d'iniziativa mentre in quello inquisitorio può procedere *ex officio*. Si tratta di due modelli distinti e «puri», perché legati a diverse *ideologie del processo*. Come osserva Franco Cordero – uno dei maggiori studiosi della storia del processo penale – i principi dell'*accusatio* e della *inquisitio*

corrispondono a due modi di concepire la società; uno ispirato da un forte sentimento dell'individuo, conduce all'idea del processo come contesa ad armi pari; l'altro è leviatano, noncurante degli individui (e perciò le figure del reo e dell'offeso passano in secondo piano: conta soltanto il fare giustizia), inteso a una perfezione notoriamente irraggiungibile. In un caso il processo serve a comporre una controversia, nell'altro a soddisfare un bisogno metafisico; là un vivo senso del reale, qui la tendenza a costruire astrazioni, sulle quali poi gli ispirati pretendono di modellare il mondo<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> F. Cordero, *Procedura penale*, VII ed., Milano 1983, p. 19. Sul punto si vedano gli importanti studi di Ettore Dezza, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Milano 1989; Id., «Pour pourvoir au bien de notre justice». *Legislazioni statali, processo penale e modulo inquisitorio nell'Europa del XVI secolo*, in *Diritto e storia*, III (2004) [<http://www.dirittoestoria.it>].

Schematicamente si può affermare che il *processo inquisitorio* sia volto alla ricerca della «verità storica» e sacrifichi l'interesse dell'*individuo* in favore di quello della *comunità*. Nel modello «inquisitorio puro» la struttura del procedimento si basa sulla concentrazione delle funzioni di accusa e di giudizio nella figura dell'*inquisitore (iudex atque accusator)*. Le esperienze storiche concrete presentano un'ampia gamma di procedure più o meno assimilabili al sistema puro, ove era comunque attribuito all'accusa un ruolo preponderante nella dinamica processuale e al giudice rilevanti poteri d'indagine autonoma. Conseguenza evidente del sistema era la compressione delle garanzie dell'imputato rispetto al potere delle autorità inquirenti al punto da giustificare l'utilizzo di forme di coercizione psicologica e fisica finalizzate al raggiungimento della «verità» (*veritas*). In tale prospettiva la tortura giudiziaria si dimostrava funzionale alla necessaria ricerca della verità, tipica della cultura inquisitoria<sup>11</sup>. La tortura dell'imputato consentiva di ottenere la confessione, ritenuta la «regina delle prove» in base al sistema delle «prove legali»<sup>12</sup>.

Al contrario il *processo accusatorio* rinuncia alla ricerca della «verità storica» in favore di una «realtà processuale» desumibile esclusivamente dalle risultanze processuali (secondo il brocardo *Iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*). Il sistema accusatorio pone accusa e difesa in una situazione di parità rispetto al giudice «terzo» e imparziale, privilegiando l'*individuo* anche a costo di sacrificare gli interessi della *comunità*.

---

<sup>11</sup> Sulla cultura della inquisizione si vedano le considerazioni di Italo Mereu, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire: l'inquisizione come modello di violenza legale*, Milano 1988. Specificamente sulla tortura si veda l'ampio studio di P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano 1953, 2 vv. e M. Sbriccoli, «*Tormentum idest torquere mentem*». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di Jean-Claude Vigueur e Agostino Paravicini Bagliani, Palermo 1991, pp. 17-32 (ora in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti 1972-2007*, I, Milano 2009, pp. 111-128).

<sup>12</sup> Il sistema delle prove legali si articolava «nella minuziosa predeterminazione dei caratteri e del valore di ogni prova (e di ogni indizio) e nella loro classificazione in un sistema altrettanto preciso di prevalenze e di gerarchie. Questo duplice procedimento sfociò nella costruzione di una specie di «tariffario legale» delle prove e consentì un calcolo aritmetico (prove piene, semi prove, quarti di prova, etc.) dal quale si voleva totalmente escluso il convincimento individuale del giudicante», M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, p. 105. Cfr. G. Alessi, *Prova legale e pena: la crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli 1979.

Nella storia i due modelli – inquisitorio e accusatorio – si sono alternati e combinati in un'ampia gamma di strutture processuali<sup>13</sup>. A partire dal codice di procedura penale napoleonico del 1808 a prevalere quale modello processuale in Europa continentale fu il c.d. «processo misto», nel quale convivono impianto inquisitorio e istituti garantistici accusatori.

Come afferma Giulio Ubertis<sup>14</sup>, possiamo individuare quali caratteristiche del sistema *inquisitorio*:

- l'intervento *ex officio* del giudice;
- la libertà del giudice nella raccolta delle prove;
- la *segretezza* e la *scrittura* della procedura;
- la *disparità di poteri* tra «giudice-accusatore» e imputato;
- la previsione della carcerazione preventiva.

Mentre il processo *accusatorio* si caratterizza per

- l'esclusione del potere di iniziativa del giudice (secondo il brocardo *ne procedat iudex ex officio*);
- l'esclusione di ogni libertà del giudice nella raccolta delle prove che devono necessariamente essere fornite dall'accusatore o dall'imputato;
- *pubblicità* e *oralità* del processo;
- *parità delle posizioni* tra accusa e difesa;
- libertà in linea di principio dell'accusato fino alla sentenza di condanna<sup>15</sup>.

In estrema sintesi, si può affermare che il processo inquisitorio privilegi la ricerca della «verità» e l'efficacia repressiva – anche a costo di una compressione delle garanzie –, mentre quello accusatorio abbia più a cuore i diritti dell'individuo e possa perciò risultare meno efficace nella repressione dei reati<sup>16</sup>: «il modello accusatorio è più sensibile alle esigenze

---

<sup>13</sup> Le due tendenze ricorrono nella storia: «nell'una [quella inquisitoria] pulsa il motivo del sovrumano nelle forme più disparate; l'altra [quella accusatoria] muove dall'idea che gli individui abbiano una dignità intrinseca e non debbano essere trattati come mezzi. Due archetipi riconoscibili a prima vista, per quanto complesse siano le soluzioni escogitate dalla fantasia tecnica della legge», F. Cordero, *Procedura penale*, cit., pp. 17-18.

<sup>14</sup> G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino 2007, pp. 15-16.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Da notare che tale contrapposizione è considerata troppo netta da alcuni autori. Cfr. C. Santoriello, *Garantismo*, cit., p. 563.

di libertà del cittadino (ed è pertanto reputato espressione peculiare degli Stati liberal-democratici), mentre quello inquisitorio tende allo scopo di assicurare comunque una punizione per l'illecito commesso (ed è quindi giudicato congeniale agli Stati autoritari)<sup>17</sup>».

Il sistema inquisitorio si diffuse progressivamente a partire dal XIII secolo – in particolare in seguito al Concilio lateranense del 1215<sup>18</sup> – attraverso il processo «romano-canonico»<sup>19</sup>. L'influenza della cultura giuridica canonistica e della esigenza di rigorosa tutela dell'ortodossia teologica e sociale condussero dal XVI secolo – in seguito alla controriforma – alla affermazione generalizzata di tale modello<sup>20</sup>. Significativa, a tal riguardo, fu l'emanazione in Francia nel 1670 della *Ordonnance criminelle* di Luigi XIV che confermò, nella disciplina della processo penale, l'adozione di tale modello<sup>21</sup>.

Fu la Rivoluzione francese a introdurre il sistema accusatorio in Europa continentale insieme con una serie di rilevanti istituti garantistici desunti per lo più dagli ordinamenti processuali inglesi<sup>22</sup>. Presto l'evoluzione garantistica della procedura penale fu bruscamente interrotta dalla codificazione napoleonica. Il *Code d'instruction criminelle* del 1808 recuperò infatti istituti e principi dell'*Ordonnance criminelle* con la previsione di un «processo misto» ove l'impostazione inquisitoria era attenuata da istituti tipici del modello accusatorio<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, cit., p. 17.

<sup>18</sup> M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari 2009, pp. 3-31.

<sup>19</sup> Cfr. A. Esmein, *Histoire de la procédure*, cit., p. 66 ss.; G. Alessi, *Processo penale: profilo storico*, Roma-Bari 2001.

<sup>20</sup> Le parole di Franco Cordero nel descrivere il tramonto del processo accusatorio e l'avvento del sistema inquisitorio sono particolarmente efficaci: «quando la carica agonistica si affievolisce e la figura delle parti declina nell'ombra» la scena «si riempie della presenza schiacciante del giudice, nelle cui mani l'imputato diventa un oggetto, la pratica dei giudizi degenera fatalmente. Non c'è strumento peggiore del monologo di Torquemada. A screditare il processo inquisitorio è sufficiente rilevare come sia un *mezzo contro natura*», F. Cordero, *Procedura penale*, cit., p. 5 (corsivo nostro).

<sup>21</sup> Il testo della *Ordonnance* è riprodotta con una introduzione di André Laingui in *Code Louis*, II, *Ordonnance criminelle 1670*, Milano 1996. Cfr. D. Salas, *Du procès pénal*, Paris 1992.

<sup>22</sup> Cfr. A. Esmein, *Histoire de la procédure*, cit., p. 398 ss.; E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino 2009.

<sup>23</sup> Si vedano A. Esmein, *Histoire de la procédure*, cit., pp. 481-589; A. Laingui-A. Lebigre, *La procédure criminelle*, in *Histoire du droit pénal*, II, Paris 1979, pp. 133-145;

Il processo misto, stabilito dal codice francese del 1808, ispirò le codificazioni ottocentesche europee e, in particolare, quelle italiane. È sufficiente ricordare, tra gli altri, il codice delle Due Sicilie del 1819, quelli sardi del 1847 e del 1859 e i codici unitari del 1865, del 1913 (codice Finocchiaro Aprile)<sup>24</sup> e del 1930 (codice Rocco)<sup>25</sup>. All'adozione del modello accusatorio si pervenne in Italia soltanto con il codice Vassalli del 1988. A testimonianza del successo e della profonda adesione della cultura giuridica europea a tale modello, si può ricordare come in Francia sia ancor oggi in vigore il codice del 1808 e le riforme in senso accusatorio attualmente in discussione incontrino una vivace opposizione.

### 3. *Giusnaturalismo processuale e garantismo*

Un problema molto rilevante e intimamente legato alla storia del processo è quello della valutazione della influenza delle dottrine giusnaturalistiche nell'affermazione del garantismo giudiziario e del «giusto processo». Appare innanzitutto necessario chiedersi se esista una «legge naturale del processo» e dunque un modello giusnaturalistico di processo. Sebbene la questione sia controversa, possiamo anticipare che si possano senz'altro individuare una serie di principi molto generali che costituiscono l'ossatura di una cultura del «giusnaturalismo processuale».

Quando si affronta il tema del diritto naturale ci si riferisce abitualmente al solo diritto sostanziale. Che si tratti di diritto civile o di diritto penale, ci si è interrogati prevalentemente a proposito delle norme giuridiche sostanziali ritenute «naturali». Da sempre i giuristi hanno fondato il giusnaturalismo sulla ricerca di regole permanenti, derivate dalla natura umana e preesistenti al diritto positivo.

---

R. Martucci, *La Costituente e il problema penale (1789-1791). Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milano 1984; J.-M. Carbasse, *Historie du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris 2000, pp. 395-425.

<sup>24</sup> Sul punto cfr. per tutti M.N. Miletto, *Un processo per la terza Italia: il Codice di procedura penale del 1913*, Milano 2003.

<sup>25</sup> Cfr. C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia (1865-1942)*, Roma-Bari 1985.

Quanto al “diritto naturale processuale”, si tratta di un tema meno conosciuto e affrontato in dottrina. È infatti legittimo chiedersi se la procedura sulla quale si fonda il giudizio di una certa giurisdizione possa possedere caratteristiche di naturalità tali da conferirle la qualità di «processo di diritto naturale» (*processus iudiciarius naturalis*).

Innumerevoli sono i riferimenti alle «regole naturali» del processo presenti in dottrina in ogni epoca. È sufficiente citare le antiche massime *Nemo iudex in causa propria* o *Audiatur et altera pars* per comprendere come l'equità del processo sia sempre stata considerata parte integrante delle regole fondamentali di una società e quindi di carattere «naturale»<sup>26</sup>.

È forse necessario ricordare come il diritto processuale sia stato a lungo considerato come una branca minore del diritto, esclusa dalla riflessione teorica dei giuristi perché derivata dalla sola pratica giudiziaria. Si parlava infatti di *Stylus curiae* allo scopo di sottolineare l'aspetto pratico e consuetudinario delle regole di procedura e, soprattutto, la mancanza di universalità di tali norme. Era il tribunale a creare le proprie regole di procedura. Così se lo *ius commune* romano-canonico esercitava un ruolo universale in Europa, la procedura conservava invece il suo carattere essenzialmente pratico e non era oggetto di specifica teorizzazione in sede dottrinale, né di insegnamento universitario.

Recentemente si è parlato di «riscoperta del giusnaturalismo processuale»<sup>27</sup>, soprattutto grazie al dibattito sviluppatosi in seguito all'adozione dell'art. 6 della CEDU del 1950 che stabilì il «diritto al giusto processo» (*Right to a fair trial*). La dottrina – grazie agli studi, in particolare di Eduardo Couture<sup>28</sup>, Henry Motulski<sup>29</sup>, Mauro Cap-

---

<sup>26</sup> La bibliografia sul tema non è molto ricca. Lo studio più importante è quello di Knut Wolfgang Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen 1976, che fornisce numerosi riferimenti sulla dottrina moderna, soprattutto tedesca, da Pufendorf, a Carpzov, Thomasius, Wolff, Nettelblatt, fino a Kant.

<sup>27</sup> E. Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2003, p. 93-108 (e in Id., *Processo penale, diritto europeo e common law. Dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano 2003, pp. 131-151).

<sup>28</sup> E.J. Couture, *La garanzia costituzionale del 'dovuto processo legale'*, in «Rivista di diritto processuale», 1954, pp. 81-101.

pelletti<sup>30</sup>, Knut Wolfgang Nörr<sup>31</sup>, Vittorio Denti<sup>32</sup>, Luigi Paolo Comoglio<sup>33</sup>, Ennio Amodio<sup>34</sup>, Michele Taruffo<sup>35</sup> – ha evidenziato l'importanza del nesso tra diritto naturale e regole processuali. In effetti quello che si definisce abitualmente «giusto processo», corrisponde *grosso modo* all'idea di «processo naturale» che si è formata nel corso dei secoli. La garanzia del 'giusto processo' – osserva Vittorio Denti – rappresenta infatti «uno dei grandi temi del giusnaturalismo processuale<sup>36</sup>».

È tuttavia indispensabile ricordare che le garanzie giurisdizionali, quand'anche considerate di diritto naturale, non sono generalmente considerate del tutto inviolabili. Ciò in quanto lo «stato d'eccezione» – e dunque la deroga a un certo numero di garanzie – trova la sua giustificazione, secondo una tradizione dottrinale, nel diritto naturale stesso. È sufficiente citare il brocardo *rei publicae suprema lex esto* al quale si ispirano le tesi tendenti a consentire, in caso di necessità, una considerevole compressione delle garanzie dell'individuo alla luce del superiore interesse della comunità, per comprendere quanto sia radicato tale orientamento<sup>37</sup>.

---

<sup>29</sup> H. Motulski, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, II, Paris 1961, pp. 175-200, ora in Id., *Écrits, études et notes de procédure civile*, Paris 1973, pp. 60-84 (da cui citiamo).

<sup>30</sup> M. Cappelletti, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Proceedings. General Report*, in *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, International and Comparative Law*, a cura di M. Cappelletti e D. Tallon, Milano-New York 1973, pp. 661-773 (in partic. 685-690).

<sup>31</sup> K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozessrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen 1976.

<sup>32</sup> V. Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in «Rivista di diritto processuale», XXXIX-2 s. (1984), p. 443-464.

<sup>33</sup> Di Luigi Paolo Comoglio si vedano numerosi studi sul tema alcuni dei quali raccolti in Id., *Etica e tecnica del giusto processo*, cit.

<sup>34</sup> E. Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial*, cit.

<sup>35</sup> Delle molte opere di Michele Taruffo si veda il recente volume *La semplice verità*, cit., in particolare pp. 23-31.

<sup>36</sup> V. Denti, *Valori costituzionali*, cit., p. 445.

<sup>37</sup> Della vastissima bibliografia sul tema cfr. F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris 2001. Sul ricorso alla giurisdizione militare in Italia si vedano ora le considerazioni di

Come già accennato, una delle regole di procedura più antiche e universalmente accettate è senza dubbio quella del «contraddittorio», evocata nella massima *Audiatur et altera pars*, che presenta il suo corollario in materia penale nel brocardo *Nemo inauditus damnari potest*<sup>38</sup>.

L'origine del brocardo *Audiatur et altera pars* – definito da Jean Carbonnier quale principio innanzitutto di «buon senso»<sup>39</sup> – si trova addirittura nell'Antico Testamento nelle parole di Salomone nel Proverbio 18, 17:

Qui prior in contentione loquitur, putatur iustus; venit amicus eius et arguet eum.

Al riguardo, si ricorda inoltre nel Vangelo di Giovanni (7, 51) l'argomentazione a difesa svolta da Nicodemo nel corso del processo a Gesù, basata appunto sull'obbligo di ascoltare entrambe le parti in causa:

Numquid lex nostra iudicat hominem, nisi audierit ab ipso prius et cognoverit quid faciat?

È opportuno riferirsi anche ai versi di Seneca della *Medea*:

Qui statuit aliquid parte inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit<sup>40</sup>.

---

C. Latini, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Milano 2010.

<sup>38</sup> C. Storti, «*Aequalitas servanda est in iudiciis*». Il principio dell'uguaglianza delle parti nel processo del diritto comune classico, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», V (1991), pp.58-81; N. Picardi, *Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Rivista di diritto e di procedura civile*, LVII (2003), pp. 7-22; *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di M. Manzin e Federico Puppo, Milano 2008.

<sup>39</sup> J. Carbonnier, *Droit civil. Introduction*, 27° ed., Paris 2002, p. 382.

<sup>40</sup> Versi 199-200. Cfr. G. Del Vecchio, *La giustizia*, Roma 1946, p. 171. A questo proposito Giorgio Del Vecchio ricorda anche Aristofane ed Esiodo. Sul tema si vedano le importanti considerazioni di H. Motulski, *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle: le respect des droits de la défense en procédure civile*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, II, Paris 1961, pp. 175-200, ora in Id., *Écrits, études et notes de procédure civile*, Paris 1973, pp. 60-84 (da cui citiamo).

Le citazioni al riguardo potrebbero essere innumerevoli perché il principio del contraddittorio rappresenta il cuore del «giusnaturalismo processuale» ed è certamente la garanzia più importante dei diritti della difesa di derivazione giusnaturalistica<sup>41</sup>. Si tratta – secondo Bruno Oppetit – di «un diritto naturale che esprime regole eterne e immutabili»<sup>42</sup>. Ciò ne può spiegare il carattere universale. In Francia la tesi fu confermata da una celebre sentenza della Corte di cassazione del 1828 ove si affermava che «essendo la difesa un diritto naturale, nessuno deve essere condannato senza essere stato ascoltato e messo in condizione di difendersi»<sup>43</sup>. Ciò rappresentò il «segno più certo dell'accoglimento nel diritto positivo di un precetto di diritto naturale»<sup>44</sup>.

Specificare con precisione quali siano le regole del «diritto naturale della procedura» sarebbe un compito arduo, se non impossibile. Si può tuttavia affermare che esista un insieme di principi e di istituti, sedimentatisi nel corso dei secoli, che costituiscono una cultura «giusnaturalistica del processo». Al riguardo la dottrina anglosassone fa riferimento al concetto di *Natural justice* (o di *Procedural fairness*) per indicare le caratteristiche sulle quali deve necessariamente fondarsi ogni procedura giudiziaria. Si tratta innanzitutto dei già più volte richiamati principi dell'imparzialità del giudice (*Nemo iudex in causa propria*) e di quello del contraddittorio (*Audiatur et altera pars*)<sup>45</sup>. Osservano Peter Stein e John Shand:

---

<sup>41</sup> Come osserva Roger Perrot, «ce principe [du contradictoire], qui est peut être le plus fondamental de tous, apparaît comme *une sorte de droit naturel de la procédure*», R. Perrot, *Cours de Droit judiciaire privé*, I, *Notions fondamentales. Compétence. Procédure*, Paris 1977, p. 294.

<sup>42</sup> B. Oppetit, *Philosophie du droit*, Paris 1999, p. 117. «L'invocation du droit naturel n'a en la matière rien d'abusif ni de formel: le respect des droits de la défense dans le procès, quelle que soit la juridiction devant laquelle il se déroule, correspond véritablement à une exigence supérieure de l'idéal de justice. [...] On est bien ici dans le champ d'un droit naturel exprimant des règles éternelles et immuables».

<sup>43</sup> «Que la *défense étant un droit naturel*, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre», Cass. Civ. 7 maggio 1828. Cfr. H. Motulsky, *Le droit naturel*, cit., p. 67; B. Rolland, *Procédure civile*, Levallois-Perret 2005, p. 105.

<sup>44</sup> H. Motulsky, *Le droit naturel*, cit., p. 67.

<sup>45</sup> Il concetto di *Natural justice*, compreso nel più ampio principio di *Due process of Law*, si fonda essenzialmente sui due brocardi *Nemo iudex in causa propria* e *Audiatur*

La giustizia nell'applicazione del diritto esige anche il riconoscimento di certi principi di *fairness* nel processo. Alcuni di questi principi hanno finito per essere noti nel loro insieme come principi di giustizia naturale (*natural justice*). Essi riguardano il modo in cui dovrebbe procedere chiunque esercita la funzione giudiziale, in tribunale o in altra sede; nel caso in cui tali principi siano violati, il procedimento dovrà essere annullato<sup>46</sup>.

Fu la continua evoluzione della società e della dottrina giuridica che, a partire dal principio del contraddittorio, estese progressivamente il catalogo delle regole essenziali per lo svolgimento di un processo da considerare corretto ed equo o, secondo la terminologia più recente, «giusto».

Nella dottrina dell'età moderna si era diffusa la distinzione tra il *Processus iudiciarius civilis*, disciplinato dal diritto positivo, e il *Processus iudiciarius naturalis*, derivante invece da norme di diritto naturale. Così, ad esempio, il tedesco Daniel Nettelbladt (1719-1791) precisava tale distinzione nel *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis*:

Dicitur vero processus iudiciarius civilis tunc naturalis, si hoc ordo is est, qui per leges naturales determinatur est, hinc processui civili naturali opponitur processus civilis, cuius ordo secundum leges positivas determinatus est<sup>47</sup>.

È dunque possibile affermare che il «giusto processo» – per come è generalmente inteso dalla dottrina contemporanea – trovi il suo *minimum* nelle garanzie che si ritengono tipiche del «processo naturale». Perciò Ennio Amodio ha opportunamente parlato di «riscoperta del giusnaturalismo processuale» con riferimento al recente dibattito sulla costituzionalizzazione del «giusto processo» nel nostro ordinamento. L'Autore osserva che tale locuzione, nel riecheggiare «un modo espressivo tipico dell'età anteriore alle codificazioni ... rivela una adesione a

---

*et altera pars*. Sul punto si vedano P. Stein-J. Shand, *Legal Values in Western Society*, Edimburgh 1974 (trad. it. *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Milano 1981, da cui citiamo, pp. 114-121); F. Ghelarducci, *Il principio di Natural justice nella giurisprudenza costituzionale*, in *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, II, Milano 1985, pp. 935-970.

<sup>46</sup> P. Stein-J. Shand, *I valori giuridici*, cit., p. 114.

<sup>47</sup> D. Nettelbladt, *Systema elementare universae iurisprudentiae naturalis in usum praelectionum academicarum adornatum*, Halle 1748, § 1694, cit. in K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, cit., p. 18.

valori etico-politici che si collocano al di sopra della legge scritta, ricavati dalla natura e dalla ragione secondo i moduli del giusnaturalismo» e «racchiude l'esercizio della *iurisdictio* entro un preciso orizzonte di principi senza il rispetto dei quali viene meno il *minimum* necessario a definire 'processo' la sequenza delle attività dirette ad accertare un fatto penalmente rilevante»<sup>48</sup>.

#### 4. Origine della locuzione «giusto processo»

È opportuno ricordare, innanzitutto, che la locuzione «giusto processo» è una traduzione italiana della locuzione inglese *Fair process* e non appartiene alla tradizione e alla cultura giuridica romano-germanica dell'Europa continentale ma a quella inglese e nord-americana. La sua utilizzazione è recente e si è diffusa soprattutto in seguito all'emanazione della CEDU («Convenzione europea di salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali») il 4 novembre 1950, il cui art. 6 stabilì nelle due lingue ufficiali – inglese e francese – il *Right to a Fair Trial* e il *Droit à un procès équitable*<sup>49</sup>. La traduzione ufficiosa in italiano utilizza la formula «diritto a un equo processo» ma, nei decenni successivi, si diffuse sempre più in dottrina l'uso della locuzione «giusto processo», locuzione accolta anche dal legislatore costituzionale nella riforma dell'art. 111 cost. del 1999<sup>50</sup>.

La locuzione *Fair trial* è, a sua volta, considerata dalla dottrina sinonimo di *Due process of law*, sebbene – in realtà – le due locuzioni non sono del tutto equivalenti dal momento che quest'ultima – il *Due process* – ha un campo di applicazione talmente esteso negli Stati Uniti d'America da superare i limiti del diritto processuale, dal quale ha avuto origine.

<sup>48</sup> E. Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial*, cit., p. 133.

<sup>49</sup> In spagnolo *Right to a fair trial* è stato tradotto quale *Derecho a un proceso equitativo*, in tedesco *Recht auf ein faires Verfahren*.

<sup>50</sup> Sul *procès équitable* si vedano, tra gli altri, F. Kuty, *Justice pénale et procès équitable*, I, *Notions générales. Garanties d'une bonne administration de la justice*, II, *Exigence de délai raisonnable. Présomption d'innocence. Droits spécifiques du prévenu*, Bruxelles 2006; S. Guinchard, *Procès équitable*, in Dalloz, *Répertoire de procédure civile*, IV, janvier 2006; Id., *Procès équitable*, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, diretto da J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials, F. Sudre, Paris 2008, pp. 804-810.

La locuzione *Due process of law* deriva senza dubbio dal *Legale iudicium* previsto dalla *Magna Carta libertatum* emanata da Giovanni senza Terra nel 1215. La Carta, nel suo paragrafo 39, affermava che:

Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per *legale iudicium parium suorum vel per legem terre*<sup>51</sup>.

Il paragrafo 40, «Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam», completava le garanzie giurisdizionali previste dalla norma precedente. Le disposizioni delle clausole 39 e 40 furono successivamente riunite e divennero, nell'edizione definitiva della Magna Carta del 1225, la clausola 29<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> La bibliografia sulla Magna Carta è vastissima. Si vedano, tra gli altri, Ch. Bémont, *Chartes des libertés anglaises (1100-1305)*, Paris 1892; C.H. Mc Ilwain, *Due Process of Law in Magna Carta*, in *Columbia Law Review*, XIV (1914), p. 27-51; P. Vinogradoff, *Magna Carta. Clause 39. Nullus liber homo etc.*, e F.M. Powike, *Per Iudicium Parium suorum*, in *Magna Carta. Commemoration Essays*, London 1917 (rist. Clark, New Jersey 2005), p. 78-121; R.L. Mott, *Due Process of Law. A Historical and Analytical Treatise of the Principles and Methods followed by the Courts in the Application of the Concept of the 'Law of the Land'*, Indianapolis 1926; M. Radin, *The Myth of Magna Carta*, in *Harvard Law Review*, LX (1946-1947), p. 1060-1091; K. Jurow, *Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law*, in *American Journal of Legal History*, XIX (1975), p. 265-279; R. Berger, *Law of the Land reconsidered*, in *Northwestern University Law Review*, LXXIV (1979-1980), p. 1-30; F.R. Strong, *Substantive Due Process of Law. A dichotomy of sense and non-sense*, Durham-N.Carolina 1986; E.J. Eberle, *Procedural Due Process: the Original Understanding*, in *Constitutional Commentary*, IV (1987), p. 339-362; P.R. Hyams, *Ius Commune et Common Law au Moyen Age. Les scélérats et les honnêtes gens*, in *Bibliothèque de l'École des Chartes*, CLVIII (2000), p. 407-430. J.V. Orth, *Due Process of Law. A Brief History*, Lawrence-Kansas 2003; M. Galey-C. Girard, *Le procès équitable dans l'espace normatif anglais: l'éclairage du droit public*, in *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, sous la direction de H. Ruiz Fabri, Paris 2003, p. 53-87; S. Summers, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford and Portland-Oregon 2007. Della dottrina italiana si veda soprattutto M. Caravale, *Ordinamenti giuridici*, cit., pp. 395-416.

<sup>52</sup> «Nullus liber homo *decetero* capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, *de aliquo libero tenemento suo vel libertatibus vel liberis consuetudinibus suis*, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo alio modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per *legale iudicium parium suorum vel per legem terre*». I termini in corsivo furono aggiunti nell'edizione del 1225. Cfr. Ch. Bémont, *Chartes des libertés*, cit., p. 55.

Molto importante fu qui il riferimento al *legale iudicium per legem terrae* la cui caratteristica essenziale era individuata nella «legalità», cioè nella sua «conformità alle leggi e consuetudini del paese». L'interpretazione di questa clausola non è certamente facile e al riguardo il dibattito è ancora animato a proposito del significato dei termini *liber homo*, *legale iudicium* e *lex terrae*. Sebbene la dottrina del XX secolo abbia ridimensionato la portata storica e giuridica della clausola, tale disposizione resta fondamentale. Certamente è necessario ricordare che la norma ebbe origine nel Medioevo nell'ambito dell'ordinamento feudale e pertanto non bisogna assolutamente attribuirle – come a volte fecero i giuristi del XVIII e XIX secolo – significati moderni e individualistici<sup>53</sup>. Tuttavia, proprio grazie al paragrafo 39 della Magna Carta, fu inaugurata una nuova tradizione giuridica, caratterizzata dalla ricerca di garanzie giurisdizionali idonee alla protezione delle libertà individuali «dell'essere umano di fronte al potere organizzato»<sup>54</sup>.

La locuzione *Due process of law* comparve per la prima volta nel 1354 nello *Statutum de anno vicesimo octavo* del re d'Inghilterra Edoardo III. Redatto in francese – il *Law-French* abitualmente utilizzato nella legislazione inglese nel Medioevo – il testo riprendeva il par. 39 della Magna Carta del 1215. L'espressione utilizzata in questa epoca fu *due procès de lei*:

Item que nul homme, de quel estate ou condicion q'il soit, ne soit osté de tere ne de tenemenz, ne pris, n'emprisoné, ne déshérité, ne mis à la mort, saunz estre mesné en response par *due procès de lei*<sup>55</sup>.

Così la locuzione latina *legale iudicium* divenne la formula francese *due procès de lei* per trasformarsi successivamente in quella inglese *Due process of law*.

---

<sup>53</sup> A tal riguardo le parole di C.H. McIlwain appaiono molto efficaci: «we must give up the view that the original intent of Magna Carta was to guarantee trial by jury to anyone or to guarantee anything to all Englishmen. We must accept a feudal interpretation of the document as the one possible in 1215», C.H. McIlwain, *Due Process of Law*, cit., p. 51.

<sup>54</sup> E. Zoller, *Due process of law*, in *Dictionnaire des Droits de l'Homme*, cit., p. 344.

<sup>55</sup> Cfr. P.R. Hyams, *Ius Commune et Common Law*, cit., pp. 415-421.

## 5. *Il Due Process of Law*

Come la storiografia recente ha ben dimostrato, il par. 39 e, più in generale la Magna Carta, non esercitarono una grande influenza nei secoli XV e XVI<sup>56</sup>. Fu nel XVII secolo che la Carta fu «riscoperta», soprattutto grazie all'opera di Edward Coke (1552-1634) e di altri giuristi appartenenti all'opposizione parlamentare alla politica assolutistica dei sovrani Stuart, Giacomo I e Carlo I. L'interpretazione «liberale» della Magna Carta di Coke – e specificamente delle clausole 12<sup>57</sup> e 39 – rappresentò uno strumento giuridico e politico molto efficace nel periodo rivoluzionario allo scopo di proteggere i diritti e i privilegi del Parlamento d'Inghilterra, nei confronti delle pretese assolutistiche della corona. Coke, che fu la personalità più rappresentativa del «partito parlamentare», affermò nella *Second Part of the Institutes of the Laws of England* (pubblicata nel 1608), a proposito del par. 39:

No man shall be disseised, that is, put out of seison, or dispossessed of his free-hold (that is) lands, or livelihood, or of his liberties, or free customes, that is, of such franchises, and freedomes, and free customes, as belong to him by his free birth-right, unlesse it be by the lawfull judgement, that is, verdict of his equals (that is, of men of his own condition) or by the Law of the Land (that is, to speak it once for all) by the due course, and processe of Law<sup>58</sup>.

In particolare, Coke osservava sul *legale iudicium*:

By this word *legale*, amongst others, three things are implied, 1. That this manner of triall was by Law, before this Statute. 2. That their verdict must be legally given, wherein principally it is to be observed. 1. That the Lords ought to heare no evidence, but in the presence, and hearing of the prisoner. 2. After the Lords be gone together to consider of the evidence, they cannot send to the high Steward to aske the Judges any question of

<sup>56</sup> Si vedano soprattutto M. Radin, *The Myth of Magna Carta*, cit.; e R. Berger, *Law of the Land reconsidered*, cit.

<sup>57</sup> «Nullum scutagium vel auxilium ponatur in regno nostro nisi per commune consilium regni nostri».

<sup>58</sup> E. Coke, *The Second Part of the Institutes of the Laws of England; Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes*, London 1797 (orig. 1628), pp. 45-46.

Law, but in the hearing of the prisoner, that he may heare, whether the case be rightly put, for *de facto jus oritur*, neither can the Lords, when they are gone together, send for the Judges to know any opinion in Law, but the high Steward ought to demand it in Court in the hearing of the prisoner. 3. When all the evidence is given by the Kings learned Councill, the high Steward cannot collect the evidence against the prisoner, or in any sort conferre with the Lords touching their evidence, in the absence of the prisoner, but he ought to be called to it; and all this is implied in this word, legale<sup>59</sup>.

Quanto alle locuzioni *per legem terrae* e *due process of law*, Edward Coke affermava:

For the true sense and exposition of these words, see the Statute of 37. Edw. 3. cap. 8. where the words, by the law of the Land, are rendred, without due process of Law, for there it is said, though it be contained in the great Charter, that no man be taken, imprisoned, or put out of his free-hold without process of the Law; that is, by indictment of presentment of good and lawfull men, where such deeds be done in due manner, or by writ originall of the Common law.

Without being brought in to answer but by due Proces of the Common law. No man be put to answer without presentment before Justices, or thing of record, or by due proces, or by writ originall, according to the old law of the land<sup>60</sup>.

La *Petition of Right* del 7 giugno 1628, redatta dallo stesso Edward Coke, sottolineava, ancora una volta, l'importanza della garanzia del *Due Process of Law* ricavata dal par. 39 della Magna Carta:

3. And whereas also by the statute called 'The Great Charter of the Liberties of England,' it is declared and enacted, that no freeman may be taken or imprisoned or be disseized of his freehold or liberties, or his free customs, or be outlawed or exiled, or in any manner destroyed, but by the lawful judgment of his peers, or by the law of the land.

4. And in the eight-and-twentieth year of the reign of King Edward III, it was declared and enacted by authority of parliament, that no man, of what estate or condition that he be, should be put out of his land or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited nor put to death without being brought to answer by *due process of law*.

---

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 48.

<sup>60</sup> *Ivi*, p. 50.

L'articolo 7, che si riferiva alla Magna Carta e alla legge del re Edoardo III, dichiarava esplicitamente che nessun potesse essere condannato «se non in virtù delle norme vigenti [*laws established*] nel Regno o delle consuetudini [*customs*] dello stesso Regno o delle leggi del Parlamento [*acts of Parliament*]»:

7. And whereas also by authority of parliament, in the five-and-twentieth year of the reign of King Edward III, it is declared and enacted, that no man shall be forejudged of life or limb against the form of the Great Charter and the law of the land; and by the said Great Charter and other the laws and statutes of this your realm, *no man ought to be adjudged to death but by the laws established in this your realm, either by the customs of the same realm, or by acts of parliament*: and whereas no offender of what kind so ever is exempted from the proceedings to be used, and punishments to be inflicted by the laws and statutes of this your realm; nevertheless of late time divers commissions under your Majesty's great seal have issued forth, by which certain persons have been assigned and appointed commissioners with power and authority to proceed within the land, according to the justice of martial law, against such soldiers or mariners, or other dissolute persons joining with them, as should commit any murder, robbery, felony, mutiny, or other outrage or misdemeanor whatsoever, and by such summary course and order as is agreeable to martial law, and is used in armies in time of war, to proceed to the trial and condemnation of such offenders, and them to cause to be executed and put to death according to the law martial.

Fu dunque a partire dalle rivoluzioni del XVII secolo che il par. 39 della Magna Carta divenne il riferimento fondamentale del diritto processuale inglese. Una sentenza del 1704 del *Queen's Bench*, sulla causa *Regina v. Paty*, confermò come il *due process of law* costituisse ormai il «modello processuale» inglese. Dopo aver ribadito che, grazie al par. 39 della Magna Carta, «no man ought to be taken or imprisoned, but by the law of the land», la Corte precisava che «*lex terrae* is not confined to the common law, but takes in all the other laws, which are in force in this realm; as the civil and canon law etc. and among the rest, the *lex parliamenti*»<sup>61</sup>.

<sup>61</sup> *Reports of cases argued and adjudged in the courts of King's Bench. In the Reigns of the late King William, Queen Anne, King George the First, and King George the Second*, a cura di Robert Raymond, II, a cura di George Wilson, Dublin 1792, p. 1108.

## 6. L'Habeas Corpus Act

Dopo la rivoluzione, la dittatura di Cromwell e la restaurazione monarchica di Carlo II del 1660, il Parlamento inglese ritenne necessario di rafforzare il sistema delle garanzie giurisdizionali. Approvato dal re il 27 maggio 1679, l'*Habeas Corpus Act* stabilì il principio per il quale ogni limitazione della libertà personale dovesse essere confermata in un breve lasso di tempo – normalmente di tre giorni – da una decisione giurisdizionale<sup>62</sup>. Grazie a tale provvedimento, gli arresti di polizia furono proibiti in Inghilterra e il principio dell'*Habeas Corpus* fu considerato da quel momento come la garanzia giurisdizionale per eccellenza, sinonimo di «baluardo delle libertà» (*The Bulwark of Our Liberties*) secondo la nota definizione di William Blackstone<sup>63</sup>.

Tale principio è senza dubbio diverso da quello del *Due process of law* e deve pertanto esserne distinto. Si può tuttavia affermare che la proibizione di ogni provvedimento restrittivo della libertà personale non confermato dall'autorità giudiziaria fa necessariamente parte della procedura prevista da un «giusto processo». Il principio dell'*Habeas Corpus* rappresenta dunque una conseguenza necessaria del *Due Process of Law*. I suoi legami con il par. 39 della Magna Carta furono definiti con precisione a partire dal celebre *Darnel's Case* del 1627<sup>64</sup>.

Come è stato sottolineato, l'*Habeas Corpus Act* fu il primo testo a formalizzare «la presunzione d'innocenza e i diritti della difesa in materia

---

<sup>62</sup> Si vedano, tra gli altri, A.V. Dicey, *Introduction to the study of the Law of the Constitution*, London 1915 (trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: basi del costituzionalismo inglese*, a cura di Alessandro Torre, Bologna 2003); B. Delignières, *Le Writ d'Habeas Corpus ad subjiciendum en droit anglais*, Paris 1952, p. 7; G. Coppi, *Il writ di habeas corpus. Le origini del baluardo delle libertà civili*, in «Le Carte e la Storia», XV (2009), pp. 133-152.

<sup>63</sup> W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, book III, *Private wrongs*, chap. 23, *Of the trial by jury*, XI edition, London 1791, p. 350: «In Magna Carta it is more than once insisted on as the *principal bulwark of our liberties*; but especially by chap. 29. that no freeman shall be hurt in either his person or property, 'nisi per legale iudicium parium fuorum vel per legem terrae'. ... And it was ever esteemed, in all countries, a privilege of the highest and most beneficial nature».

<sup>64</sup> Cfr. B. Delignières, *Le Writ d'Habeas Corpus*, cit., pp. 43-46.

penale<sup>65</sup>». Per questo motivo si deve considerare l'*Habeas Corpus Act* come una tappa fondamentale nell'affermazione di quella cultura del garantismo dalla quale ha avuto origine il «giusto processo».

### 7. La Costituzione degli Stati Uniti d'America

Fu negli Stati Uniti che la locuzione *Due process of law* ebbe la sua piena consacrazione e la sua utilizzazione divenne abituale. Il V emendamento della Costituzione federale – ratificato il 15 dicembre 1791 – riferendosi apertamente al par. 39 della Magna Carta, stabilì che nessuno «potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza un giusto processo [*due process of law*]»;

No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor *be deprived of life, liberty, or property, without due process of law*; nor shall private property be taken for public use, without just compensation<sup>66</sup>.

Un nuovo emendamento, il XIV, fu emanato dopo la guerra civile il 7 settembre 1868, allo scopo di riaffermare il principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge (*equal protection of the law*). In

---

<sup>65</sup> Y. Jeanclos, *Droit pénal européen. Dimension historique*, Paris 2009, p. 59.

<sup>66</sup> «Nessuno sarà tenuto a rispondere di reato, che comporti la pena capitale, o che sia comunque grave, se non per denuncia o accusa fatta da una grande giuria, a meno che il reato riguardi membri delle forze di terra o di mare, o della milizia, in servizio effettivo, in tempo di guerra o di pericolo pubblico; e nessuno potrà essere sottoposto due volte, per uno stesso reato, a un procedimento che comprometta la sua vita o la sua integrità fisica; né potrà essere obbligato, in qualsiasi causa penale, a deporre contro se medesimo, né potrà essere privato della vita, della libertà o dei beni, senza regolare processo legale [*due process of law*]; e nessuna proprietà privata potrà essere destinata a uso pubblico, senza giusta indennità». Anche gli emendamenti VI e VII contenevano norme di diritto processuale relative ai diritti della difesa e alla giuria popolare.

particolare, la sez. I riprendeva la formulazione del V emendamento a proposito del diritto al giusto processo (*due process of law*) estendendone la portata a ogni Stato membro della federazione degli Stati Uniti:

All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.

L'applicazione del principio del *Due process of law* si sviluppò considerevolmente e condusse alla elaborazione negli Stati Uniti da parte della dottrina e della giurisprudenza della distinzione tra il *procedural due process of law* e il *substantive due process of law*. Il primo (*procedural*) si riferisce solo alla procedura giudiziaria, mentre il secondo (*substantive*) estende la sua portata alle norme di diritto sostanziale. La nostra attenzione sarà concentrata evidentemente al solo *procedural due process* che concerne lo svolgimento dei processi e garantisce i diritti dei cittadini di fronte alle giurisdizioni.

Per comprendere il carattere e il contenuto del *procedural due process* è utile ricordare la sentenza della Corte suprema federale del 23 marzo 1970, *Goldberg v. Kelly*. Secondo la Corte, i dieci elementi fondamentali che compongono una «procedura giusta» (*Fair process*) sono:

1. adequate notice;
2. an opportunity to be heard;
3. the right to present evidence;
4. confrontation of opposing witnesses;
5. the right to cross-examine those witnesses;
6. disclosure of all adverse evidence;
7. the right to an attorney if desired;
8. a decision based solely on the evidence produced at the hearing;
9. a statement of the reasons for the decision;
10. an impartial decision maker<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> 397 U.S. 254 (1970). Cfr. J.V. Orth, *Due process of law*, cit., p. 88.

In estrema sintesi, si può dunque concludere che nel diritto americano il *substantive due process of law* o *Fair trial* si basa sul principio del contraddittorio, sul diritto alla difesa, sull'oralità della procedura, sull'obbligo di motivazione dei giudizi e sull'imparzialità del giudice.

### 8. *Le convenzioni internazionali del XX secolo*

Dopo l'esperienza sconvolgente delle dittature totalitarie del XX secolo, l'esigenza di tutelare con maggiore efficacia i diritti di libertà indusse la comunità internazionale ad adottare norme di procedura idonee ad assicurare le garanzie fondamentali di una «buona giustizia»<sup>68</sup>. A tal proposito, un primo riferimento al «giusto processo» si trova nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo*, adottata dall'Assemblea generale della Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, che stabilì all'art. 10:

Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta<sup>69</sup>.

La *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* – stipulata a Roma il 4 novembre 1950 – riprendeva la formulazione di quest'articolo della *Dichiarazione universale* e prevedeva, riprendendo la formulazione di questo articolo della *Dichiarazione universale*, in modo più esplicito all'art. 6, il *Diritto a un «giusto processo»* (*Right to a fair trial – Droit à un procès équitable*):

<sup>68</sup> Più in generale, sul fenomeno dell'espansione delle garanzie costituzionali – che corrisponde all'affermazione del c.d. «Stato costituzionale» nel XX secolo rinviamo alle considerazioni di Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite: legge diritti giustizia*, Torino 1992.

<sup>69</sup> Così nei testi ufficiali, inglese e francese: «Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him».

Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di:

a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico;

b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa;

c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia;

d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;

e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Così nel testo ufficiale inglese: «Article 6 – Right to a fair trial»

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

Il testo inglese della Convenzione utilizza la locuzione *Right to a fair trial* con un evidente riferimento alla comune tradizione giuridica anglo-americana del *Due process of law*. La traduzione tedesca stabilisce il *Recht auf ein faires Verfahren*, quella italiana prevede il «diritto a un processo equo». La dottrina italiana ha dapprima utilizzato la formula «processo equo» per poi preferire, sempre più, quella di «giusto processo». Questa locuzione ha ottenuto la sua consacrazione con la novella del 1999 all'111 Cost.: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»<sup>71</sup>.

Successivamente, il *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, adottato a New York il 16 dicembre 1966, stabilì una serie di ga-

---

3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
- b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
- c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
- d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
- e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court».

<sup>71</sup> L. cost. 23 novembre 1999, n. 2. «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

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. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservata, ente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà davanti al giudice di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita».

ranzie, tra le quali, all'art. 14, comma 1, il diritto al «giusto processo»:

[...] Ogni individuo ha diritto a un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza dell'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile.

Il comma 3 di quest'articolo specifica quali siano gli elementi essenziali del «giusto processo» in materia penale:

Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo alle seguenti garanzie:

- a) ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta;
- b) a disporre del tempo e dei mezzi necessari alla preparazione della difesa ed a comunicare con un difensore di sua scelta;
- c) ad essere giudicato senza ingiustificato ritardo;
- d) ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvisto di un difensore, ad essere informato del suo diritto ad averne e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo;
- e) a interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ad ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico;
- f) a farsi assistere gratuitamente da un interprete, nel caso egli non comprenda o non parli la lingua usata in udienza;
- g) a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole.

In ambito europeo, si deve ricordare ancora la *Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, firmata a Nizza il 7 dicembre 2000, il cui art. 47, *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale*, riafferma il diritto al «giusto processo» quale diritto fondamentale:

Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo.

*Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare.*

A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia.

L'adozione di questa disciplina internazionale indusse i legislatori europei a recepire il principio del «giusto processo» negli ordinamenti giuridici nazionali. Fu questo il caso, ad esempio, dell'Italia che riformò l'art. 111 Cost. nel 1999, con l'introduzione del principio del «giusto processo»<sup>72</sup> o della Francia che, con la legge n. 516, del 15 giugno 2000, riformò il codice di procedura penale con l'inserimento di un articolo

---

<sup>72</sup> Sul tema la bibliografia è molto vasta. Si vedano soprattutto E.J. Couture, *La garanzia costituzionale del 'dovuto processo legale'*, cit., V. Andrioli, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il processo giusto*, in «Temi romana», 1964, p. 451 ss.; V. Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile. «Due process of law» e art. 24 Cost.*, Milano 1970; V. Esposito, *'Fair trial' anglosassone, 'procès équitable' europeo, 'processo giusto' italiano*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», IV (1982), p. 1-33; V. Denti, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in «Rivista di diritto processuale», II s., XXXIX (1984), pp. 443-464; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, p. 287 ss.; G. Ubertis, *Verso un "giusto processo" penale*, Torino 1997; G. Ferrara, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e 'giusto processo'*, in «Rassegna parlamentare», XLI (1999), pp. 539-560; V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale "giusto"*, Milano 2000; *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano 2001 (in particolare i testi di carattere più generale di S. Chiarloni, N. Trocker, M. Pivetti); M. Cecchetti, *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto, Appendice, V*, Milano 2001, pp. 595-627; L. Lanfranchi, *Giusto processo (civile)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani, XV*, Roma 2001; M. Chiavario, *Giusto processo (penale)*, *ibidem*; F. Gallo, *Giusto processo (tributario)*, *ibidem*; E. Amodio, *Giusto processo, procès équitable e fair trial*, cit.; Id., *Processo penale diritto europeo e common law: dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano 2003; *Il giusto processo: convegno Roma, 28-29 marzo 2002*, Roma 2003 (specificamente gli interventi di A. Falzea, G. Vassalli, L. Elia, L.P. Comoglio, M. Chiavario); F.R. Dinacci, *Giurisdizione penale e giusto processo. Verso nuovi equilibri*, Padova 2003; L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del "giusto processo"*, cit.; F. Perchinunno, *Fondamento del giusto processo: dalle origini all'attuazione*, Bari 2005; F. Dotti, *Diritti della difesa e contraddittorio: garanzia di un giusto processo*, Roma 2005; *Giusto processo?*, a cura di C. Guarnieri e F. Zannotti, Padova 2006; P. Ferrua, *Il giusto processo*, II ed., Bologna 2007; *Stato di diritto e garanzie processuali*, a cura di F. Cipriani, Napoli 2008.

preliminare, allo scopo di incrementare le garanzie processuali<sup>73</sup>. In particolare, il n. 1, co. 1, dell'art. prel. afferma che «la procedura penale deve essere giusta [*équitable*] e basata sul contraddittorio e preservare l'equilibrio dei diritti delle parti»<sup>74</sup>.

### 9. Considerazioni sul giusto processo

Per concludere cercheremo di sviluppare qualche breve considerazione:

a) per valutare le caratteristiche del processo bisogna sempre distinguere tra la «procedura» e il «giudizio», dal momento che il risultato del processo non dipende necessariamente dalle regole sulle quali è fondato. In altri termini, un «giusto processo» può produrre giudizi errati, così come da un «processo non-giusto» possono scaturire giudizi del tutto corretti;

b) si è giustamente parlato di riscoperta del «giusnaturalismo processuale» a proposito della diffusione del «giusto processo» in Europa. In effetti, il legame tra il diritto naturale e il modello processuale previsto dalle convenzioni internazionali del XX secolo, appare evidente, dal momento che il «giusto processo», come ha affermato Jean Carbonnier, costituisce «un coacervo di numerosi principi» che formano «il diritto naturale della procedura»<sup>75</sup>;

---

<sup>73</sup> Sul *procès équitable* in Francia si vedano – oltre alle opere già citate di Serge Guinchard e Franklin Kuty – M. Delmas-Marty, *Procès pénale et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, Paris 1992; *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles 1996; D. Roets, *Impartialité et justice pénale*, Paris 1997; D. Allix, *Le droit à un procès équitable*, in «Justice. Revue générale de droit processuel», n. 10, 1998, “La justice pénale”, pp. 19-33; F. Quilleré-Majzoub, *La défense du droit à un procès équitable*, Bruxelles 1999; *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, a cura di H. Ruiz Fabri, cit.; *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, a cura di F. Sudre e C. Picheral, Paris 2003; L. Miniato, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Paris 2008.

<sup>74</sup> «La procédure pénale doit être *équitable* et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties».

<sup>75</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, I, Introduction*, cit., pp. 374, 382.

c) le radici del «giusto processo» sono sicuramente antiche: si tratta della tradizione anglo-americana che, dalla *Magna Carta libertatum* fino alla Costituzione degli Stati Uniti, sviluppò i principi del *Fair trial* e del *Due process of law*. L'Europa continentale restò a lungo poco sensibile o estranea a tale «cultura delle garanzie». Il processo inquisitorio della tradizione romano-canonica valorizzava soprattutto i diritti della *comunità* rispetto a quelli dell'*individuo*<sup>76</sup> per cui la preoccupazione per la ricerca delle garanzie giudiziarie si sviluppò soltanto con la Rivoluzione francese e grazie all'influenza delle dottrine liberali;

d) il «giusto processo», sulla base della dottrina contemporanea, è costituito da un insieme di innumerevoli principi e di istituti molto diversi tra loro. Secondo Franklin Kuty il giusto processo è caratterizzato dai diritti:

- all'accesso alle corti e ai tribunali,
- a comparire personalmente davanti al giudice,
- all'esame effettivo della propria causa,
- alla parità delle armi [*égalité des armes*],
- al rispetto dei diritti della difesa,
- alla distribuzione dell'onere della prova,
- al contraddittorio dei dibattimenti,
- alla motivazione della decisione giudiziaria,
- alla pubblicità dei dibattimenti e dei giudizi<sup>77</sup>.

e) il catalogo di questi principi non è chiuso, né stabilito rigidamente, a causa della flessibilità del concetto stesso di «giusto processo». Il catalogo è invece aperto perché l'evoluzione della società e della cultura giuridica ne impone un aggiornamento continuo. Si può affermare che

---

<sup>76</sup> Sulle garanzie giudiziarie nell'*Ancien Régime* cfr. A. Astaing, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle): audace et pusillanimité de la doctrine pénale française*. Aix-en-Provence 1999. Più in generale J.P. Royer, *Histoire de la justice en France*, cit. Sulla procedura nel Medioevo si vedano le considerazioni di Y. Mauton, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècles)*, Milano 2006.

<sup>77</sup> Diritti «– à l'accès aux cours et tribunaux, – à la comparution personnelle devant ceux-ci, – à l'examen effectif de sa cause, – à l'égalité des armes, – au respect des droits de la défense, – à la répartition de la charge de la preuve, – à la contradiction des débats, – à la motivation de la décision judiciaire sur la culpabilité et sur la peine, – à la publicité tant des débats que de la prononciation du jugement», F. Kuty, *Justice pénale et procès équitable*, I, cit., p. 261.

ogni periodo storico ha il «suo giusto processo». Esistono tuttavia alcuni principi essenziali che fanno necessariamente parte del processo in uno Stato di diritto, quali il diritto al contraddittorio, il diritto alla difesa, la parità delle armi, l'imparzialità del giudice (imparzialità garantita a sua volta da altri principi<sup>78</sup> come quello del giudice naturale<sup>79</sup> e del doppio grado di giudizio<sup>80</sup>);

f) il giusto processo rappresenta un fenomeno tendenziale, perché – per definizione – è impossibile assicurare all'imputato «tutte» le garanzie nel corso di un processo penale. L'imputato resta inevitabilmente la parte debole del processo. Il sistema di garanzie processuali rappresenta dunque un obiettivo da raggiungere, ben sapendo che non sarà mai raggiunto. Dunque i sistemi processuali si dovranno valutare sulla base della loro equità (*fairness*) e del grado di garanzie assicurate;

g) si può affermare che, accanto alla dottrina politica e giuridica liberale esista una «dottrina liberale della giustizia» e del «diritto penale minimo<sup>81</sup>». Si tratta di una cultura delle garanzie che rovescia la gerarchia tradizionale tra la «comunità» e l'«individuo», sottolineando con forza i diritti di quest'ultimo.

---

<sup>78</sup> Si veda tra gli altri G. Serges, *Principi in tema di giurisdizione*, in *Lineamenti di diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino 2008, pp. 613-644.

<sup>79</sup> Sul punto P. Alvazzi del Frate, *Il giudice naturale*, cit.; N. Picardi, *Il giudice naturale: principio fondamentale a livello europeo*, in «Diritto e società», n.s. 4 (2008), pp. 513-560.

<sup>80</sup> Cfr. per tutti G. Serges, *Il principio del "doppio grado di giurisdizione" nel sistema costituzionale italiano*, Milano 1993.

<sup>81</sup> Si vedano M.A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli 2000 e *Diritto penale minimo*, a cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini, Roma 2002.

Finito di stampare nel mese di aprile 2011  
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220