

PREFAZIONE

di *Roberto Martino*

SOMMARIO: 1. Ragioni ed obiettivi di una ricerca su “procedimento” e “processo”. — 2. *Segue*: l’« invito al dibattito » di Andrea Panzarola. — 3. Il processo come struttura « che nasce con e per la giustizia » (Elio Fazzalari)... — 4. *Segue*: ...« ma che si diffonde, e va diffusa, anche fuori di essa » (Elio Fazzalari). — 5. Brevi considerazioni sulla neutralità del “giudicante”. — 6. *Segue*: ancora sulla neutralità del “giudicante”, in relazione ai procedimenti della pubblica amministrazione.

1. *Ragioni ed obiettivi di una ricerca su “procedimento” e “processo”.*

Il presente volume contiene i risultati dell’omonima ricerca collettiva, diretta da Andrea Panzarola e dal sottoscritto, con la fattiva collaborazione di Mirko Abbamonte, finanziata dall’Università LUM Giuseppe Degennaro.

Credo sia naturale interrogarsi sulle ragioni e gli obiettivi di una indagine che presenta carattere multidisciplinare e (in parte) interdisciplinare.

A partire dalla metà del novecento, Elio Fazzalari (1) ha compiuto significativi studi volti al superamento dello schema del

(1) Cfr. E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 94 ss., spec. 109 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss.; ID., *L’esperienza del processo nella cultura contemporanea*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 107 ss.; ID., *Appunti di teoria generale del processo*, Pisa, 1966, 69 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1068 ss. Vanno, poi, richiamati i lavori degli anni ’80 e ’90 del novecento, nei quali il Maestro ha ulteriormente esposto, ed arricchito di ulteriori implicazioni, la sua nota teoria su procedimento e processo: cfr., almeno, E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 819 ss., spec. 827 ss.; ID., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, 8^a ed., Padova, 1996, 73 ss., 107 ss., 483 ss., 523 ss., 573 ss., 615 ss., 621 ss.

“rapporto giuridico processuale” (2), in cui in precedenza era stato organizzato il fenomeno giurisdizionale, giungendo ad enucleare una nozione pregnante di “processo”. Il Maestro, pur inquadrando quest’ultimo fenomeno nello schema del procedimento — elaborato dagli amministrativisti (3) e mutuato all’epoca anche dai processualcivili (4) —, ne individua la peculiare caratteristica nel contraddittorio e lo configura come una struttura applicabile al di là del campo in cui storicamente si è originato (*i.e.*, l’attività giurisdizionale). Secondo questa « celebre » (5) dottrina, il processo rappresenta, in sostanza, una sottospecie del procedimento, da quest’ultimo differenziandosi, appunto, per la presenza del contraddittorio, e cioè per il suo carattere policentrico e per il correlato svolgimento dialettico che lo contraddistingue. Una volta collocato nella nozione di “procedimento” il baricentro del processo, quest’ultimo diventa una struttura che può essere posta al servizio anche di funzioni diverse dalla giurisdizione, in particolare della funzione legislativa ed amministrativa, nonché di attività riconducibili all’autonomia dei privati, tutte le volte in cui l’esercizio di quelle funzioni, o lo svolgimento di quelle attività, richieda la partecipazione al pro-

(2) Si rinvia, in proposito, alla esemplare ricostruzione di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1991, ristampa, 89 ss.

(3) Cfr., per tutti, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 5 ss.; ID., *Procedimento amministrativo*, in *Nov. dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 1022 ss.; M.S. GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 813 ss. Fondamentali restano le considerazioni sul tema di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., il quale cerca di coerenza il processo come fenomeno a sé stante, evidenziando che, sul piano teorico, non si potrebbe ritenere che il processo sia la forma necessaria della funzione giurisdizionale.

(4) Va, qui, ricordato l’universalismo procedimentale di Piero Calamandrei, sul quale cfr. A. PANZAROLA, *Una lezione attuale di garantismo processuale: le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 162 ss., spec. 185.

(5) Così, A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium (brevisime osservazioni a margine di una celebre dottrina)*. *Invito al dibattito*, in *Il processo*, 2/2021, 217 ss.; ID., *Processo, procedimento e iudicium (brevisime osservazioni a margine di una celebre dottrina)*, in questo *Volume*, parte IV, (411) (nel prosieguo verranno citate le pagg. della *Rivista* e, tra parentesi, quelle del presente *Volume*).

cedimento dei destinatari degli effetti dell'atto finale (gli "interessati"), su un piano di simmetrica parità (6).

2. Segue: *l'« invito al dibattito » di Andrea Panzarola.*

Il progetto di ricerca si coagula attorno all'idea di Andrea Panzarola, condivisa dal sottoscritto, di riconsiderare la ricostruzione più sopra richiamata, sia dal punto di vista della teoria generale del diritto, sia con riguardo ai suoi sviluppi applicativi nei diversi settori dell'agire giuridico.

In un saggio apparso sulla rivista *Il processo*, destinato ad introdurre il dibattito poi sviluppato nel presente volume, Andrea Panzarola formula una serie di osservazioni alla teoria di Fazzalari (7), collocando il baricentro del processo nel giudizio e, in stretta correlazione con questo, nella alterità o neutralità del giudicante. Quest'ultima costituisce « la essenza peculiare del processo perché ne determina il contenuto di 'giudizio' che vi si esprime (*processus iudicii*) e ne predispone l'ordine nel quale esso si organizza e che lo feconda » (8). L'A. manifesta, quindi, l'esigenza di riconsiderare la stessa nozione di processo, come delineata dalla dottrina in esame, specialmente nei suoi rapporti con il procedimento, il giudizio e l'intrinseca neutralità del giudice a quest'ultimo correlata (9).

Strettamente collegata a questa esigenza appare la necessità

(6) Si rinvia agli scritti di Elio Fazzalari citati nella nota 1. In particolare, cfr. E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, cit., 827 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 73 ss.

(7) Cfr. A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium (breve osservazione a margine di una celebre dottrina)*. *Invito al dibattito*, cit., 217 ss. (411 ss.). L'invito è stato subito raccolto da Bruno Sassani, il quale ritiene, conclusivamente, che il denso saggio di Panzarola ha un doppio merito, aver avviato la revisione dell'impostazione di Fazzalari e aver condotto alla conferma di quest'ultima: cfr. B. SASSANI, *Il discorso interrotto. Il diritto processuale ed il suo oggetto al tempo del right to a fair trial*, in *Il processo*, 1/2022, 1 ss., e in questo *Volume*, parte IV, 425 (nel prosieguo verranno citate le pagg. della *Rivista* e, tra parentesi, quelle del *Volume*).

(8) Cfr., ancora, A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium*, cit., 221 (415).

(9) Cfr., ancora, A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium*, cit., 219 ss. (413 ss.).

di sperimentare quali sviluppi abbia avuto la teoria di Fazzalari, non solo nell'ambito della giurisdizione civile (10), ma anche in settori diversi dal processo civile: e così nel campo della giurisdizione penale (11); in ambito pubblicistico, con riferimento all'attività della pubblica amministrazione (12), e non solo (13); nel campo dell'esercizio dell'autonomia dei privati (14); e via discorrendo.

In effetti, uno degli aspetti salienti dell'insegnamento del Maestro è rappresentato dall'idea che il processo, come struttura di teoria generale, possa essere utilizzato anche al di fuori della giurisdizione; con la connessa esigenza e utilità di individuare delle regole comuni, utilizzabili sia dall'interprete per colmare

(10) Sull'applicazione della struttura processuale all'attività giurisdizionale civile, specialmente in certi settori di confine (tra giurisdizione, amministrazione e giurisdizione volontaria), cfr., in questo *Volume*, i saggi di M. ABBAMONTE, *Il diritto all'ascolto del richiedente protezione internazionale tra procedimento amministrativo e giurisdizione civile*, 435, e A. BONAFINE, *Sull'ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione avverso il decreto di omologa del concordato preventivo ex art. 180, comma 3, l. fall.*, 509.

(11) Sulle nozioni di procedimento e processo nel particolare settore della formazione della prova nel rito penale, cfr., in questo *Volume*, F. VERGINE (a cura di), *Dal procedimento al processo: deroghe al contraddittorio nella formazione della prova nel rito penale*, 539, ed *ivi*, in particolare, i saggi di: V. MAZZOTTA, *Tra procedimento e processo: le norme del codice che fanno riferimento agli "atti irripetibili"*, 539; F. VERGINE, *I confini mutevoli della irripetibilità: erosioni silenziose e prospettive europee*, 563; G. MICHELI, *La possibile acquisizione e la prassi*, 595; C. PAPAGNO, *Le altre deroghe alla luce della prassi: la prova documentale*, 617.

(12) Cfr., in particolare, in questo *Volume*, i contributi di A.G. OROFINO - F. CIMBALI, *Sulla tutela cautelare nel rito in materia di accesso: spunti di riflessione e analisi di recenti orientamenti*, 329; F. FOLLIERI, *Art. 6 CEDU e pubblica amministrazione: dal procedimento al processo e ritorno*, 347.

(13) Cfr., in questo *Volume*, F. ALICINO, *Il procedimento di mediazione e il principio di laicità*, 303; A. FORTI, *La sostenibilità alla prova della Corte dei conti europea (le politiche forestali dell'UE, tra usi produttivi e funzioni protettive)*, 385.

(14) Cfr., in particolare, in questo *Volume*, il saggio di F. RICCI, *Procedimento, processo e giustizia procedurale nell'esercizio dell'autonomia privata*, 145; nonché, i contributi di N. CIPRIANI, *Note in tema di prova della simulazione del contratto*, 125; I. MARTONE, *L'operatività della compensazione tra luci ed ombre nello scenario dell'insolvenza*, 229; D.M. MATERA, *Rinegoziazione e adeguamento. Una lettura in chiave di giustizia procedurale del nuovo art. 6-novies del d.l. 41/2021*, 263.

lacune, sia dal legislatore per dettare nuove normative, in ordine a qualsiasi tipo di processo (15).

In ordine a questa seconda prospettiva di studio, rinvio l'attento Lettore ai già richiamati saggi pubblicati in questo volume, ai quali funge da indispensabile premessa la ricostruzione dei profili storici delle nozioni in esame (16).

La prima prospettiva, volta a ricostruire la stessa nozione di "processo" (17), sollecita inevitabilmente qualche ulteriore riflessione in chi, come me, da giovane studente della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza, ha avuto la fortuna di alimentarsi, per così dire, direttamente alla fonte, seguendo in prima persona le lezioni di Elio Fazzalari su "procedimento" e "processo".

3. *Il processo come struttura « che nasce con e per la giustizia » (Elio Fazzalari)...*

Nella premessa alla ottava edizione delle sue *Istituzioni*, Fazzalari parla del processo come di una « importante struttura della convivenza, che nasce con e per la giustizia, ma che si diffonde, e va diffusa, anche fuori di essa » (18).

Sulla prima parte di questa proposizione credo non possa esservi dissenso. L'esperienza storica è la più evidente riprova del legame indissolubile tra processo e giustizia, tra il fenomeno processuale e il giudizio, che ne rappresenta, per così dire, la quintessenza.

Agli albori del lungo processo evolutivo che avrebbe condot-

(15) Cfr., in particolare, E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, cit., 861 ss.; ID., *Processo (teoria generale)*, cit., 1068 ss.

(16) Cfr., in questo *Volume*, i contributi di S. RANDAZZO, *Editio actionis e ritualità processuale. Per una semiotica dell'accesso alla giustizia in diritto romano*, 3; G. STANCO, *La concezione pubblicistica del processo civile in Italia tra Otto e Novecento*, 47; G.M.I. DELL'AERA, *Procedimento per le elezioni provinciali e ricorsi elettorali in terra di Bari nella seconda metà del XIX secolo*, 83.

(17) Per questa prospettiva cfr., specialmente, i già richiamati saggi di Andrea Panzarola, Bruno Sassani e Francesco Follieri: v., *supra*, le note 5, 7 e 12.

(18) Così, E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., *Premessa alla ottava edizione*, Roma, luglio 1996.

to alla elaborazione della moderna nozione di processo (19), Bulgaro definisce il fenomeno processuale secondo uno schema triadico, con una definizione destinata ad avere grande influenza nella letteratura posteriore: « *Iuditium accipitur actus ad minus trium personarum, scilicet actoris intendentis, rei intentionem evitantis, Iudicis in medio cognoscentis* » (20).

L'esperienza storica mostra tutta la relatività di tale definizione, il cui contenuto risente del mutare del tempo, delle condizioni sociali e politiche, delle concezioni giuridiche e, prima ancora, logico-filosofiche. Emblematica è l'evoluzione del significato della definizione di Bulgaro — rimasta sostanzialmente immutata —, nel passaggio dal *iudicium* medioevale al *processus* moderno (21). Si va, ad esempio, dalla concezione extrastatuale della giurisdizione, che caratterizza l'epoca medioevale, alla concezione statale, tipica dell'età moderna. Come pure, sempre in via meramente esemplificativa, si passa da una concezione del contraddittorio in senso forte, quale metodo dialettico che coinvolge le parti e il giudice (in posizione paritaria) per la ricerca della verità attraverso il giudizio, ad una concezione del contraddittorio in senso debole, inteso come schema formale di attacco e difesa che coinvolge le sole parti, nell'ambito di un procedimento che si svolge sotto la direzione autoritativa del giudice.

Pur nella consapevolezza del relativismo della definizione, il riferimento allo schema triadico esprime ancora bene — direi, in maniera plastica — l'essenza della giurisdizione, che si condensa nei momenti centrali del contraddittorio e del giudizio (terzietà del giudice), quali attività delle parti e del giudice che devono con-

(19) Per la ricostruzione dell'evoluzione storica della nozione di processo, nel passaggio dal *iudicium* di origini medioevali al *processus* dell'età moderna, delineatosi soprattutto a partire dai secoli XVII e XVIII, cfr., per tutti, N. PICARDI, *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 101 ss., spec. 110 ss.

(20) Così, BULGARUS, *De iudiciis*, tit. VIII, in *Corpus Glossatorum iuris civilis*, I, a cura di M. Viora, Torino, 1973, 119, riproduzione del testo attribuito a Piacentino, ed. Rodio, Magonza, 1535.

(21) Cfr. N. PICARDI, *Processo civile*, cit., 114 ss.; Id., "Audiatur et altera pars": le matrici storico-culturali del contraddittorio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 7 ss., spec. §§ 5 e 6.

vergere verso il fine del processo (di ogni processo) (22). Tale fine non si risolve nel mero rispetto delle regole procedurali (23). L'osservanza delle norme di procedura non sempre assicura la giustizia della decisione, non sempre garantisce, cioè, che essa sia tale da « dare concreta e fedele attuazione a quell'assetto di interessi astrattamente delineato dal diritto sostanziale » (24). È proprio questo il fine (esterno) verso cui deve tendere ogni processo.

4. Segue: ...« *ma che si diffonde, e va diffusa, anche fuori di essa* » (Elio Fazzalari).

La seconda parte della proposizione in esame, secondo cui il processo è struttura che si diffonde e va diffusa anche fuori dalla giurisdizione, poggia sulla convinzione che il processo appartiene al *genus* procedimento, e da questo si differenzia per la (sola) caratteristica, del tutto peculiare, della partecipazione ad esso degli “interessati”, su un piede di simmetrica parità; con la precisazione che non è necessario che l'autore dell'atto finale sia un soggetto diverso dagli interessati medesimi (25).

Si è osservato, tuttavia, che tale opinione — espellendo dai *substantialia* del processo la neutralità del soggetto che vi sovrin-

(22) Così, R. MARTINO, *Il processo. Una nuova rivista*, in *Il processo*, 3/2018, 2.

(23) Osserva, a tale riguardo, B. SASSANI, *Il discorso interrotto*, cit., 9: « anche il processo più (regolato e) regolare può risultare ingiusto se la sua conduzione rivela *de facto* contraddizione o pretermissione di elementi di giustizia ».

(24) Così, G. BALENA, *Istituzioni di Diritto processuale civile*, 5^a ed., I, Bari, 2019, 68. Cfr. pure P. FERRUA, *Giustizia del processo e giustizia della decisione*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, 1201 ss., secondo cui fine del processo penale è quello di dare attuazione al precetto penale che punisce chi abbia costituito un determinato fatto costituente reato, e tale obiettivo viene raggiunto soltanto quando viene condannato il colpevole e assolto l'innocente, sulla base di una ricostruzione dei fatti corrispondente alla realtà (c.d. verità materiale). Sul tema della giustizia restano fondamentali gli studi di John Rawls, con la nota tripartizione tra giustizia procedurale « pura », « perfetta », « imperfetta »: J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* [1971], Milano 1997, 84 s.

(25) Cfr., per tutti, E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., 82 ss., il quale aggiunge che « la qualità di contraddittore, ove ricorra per l'autore dell'atto, importa, peraltro, un'essenziale conseguenza: quand'anche sia un organo pubblico, munito di imperio, quell'autore è posto, durante la fase preparatoria dell'atto (e salva quindi la sua preminenza nella successiva fase della emanazione del provvedimento), sul piede di simmetrica parità rispetto all'altro o agli altri contraddittori ».

tende — « fa subire al processo una specie di decapitazione, in quanto gli nega la sua più alta, connaturata e necessaria manifestazione », privandolo di quanto in realtà lo anima e « ne scolpisce, per così dire, la natura di *iudicium* » (26).

Quest'ultima conclusione trova conferma, quanto al processo giurisdizionale, nell'esperienza storica cui ho fatto prima riferimento.

Secondo Panzarola, poi, tanto l'esperienza di secoli — in cui la terzietà e neutralità del giudicante è stata avvertita come il bene più prezioso del *processus iudicii* —, quanto l'art. 6 CEDU e l'art. 111, commi 1 e 2, Cost., starebbero a dimostrare che *solo* la giurisdizione si attua mediante il (giusto) processo (27). In particolare, dalle disposizioni appena richiamate discende, da un lato, la co-estensività dei concetti di giurisdizione e giusto processo, e, dall'altro lato, l'elevazione dell'alterità dell'autore dell'atto finale (*i.e.*, della sua neutralità) a componente decisiva del giusto processo.

Ne deriva che la neutralità non è, e non può essere, un presupposto teorico inerte, esterno al processo, mero contrassegno del giudice che vi opera. Al contrario, è « la neutralità la prima posizione del processo come *iudicium*, le altre sono più tardive epifanie, o comunque dipendenti da essa » (28). E non a caso la terzietà del giudicante riguarda lo *status* del giudice e trova fondamento nella sua indipendenza, garantita sia a livello costituzionale (artt. 101, comma 2, 104, 107 Cost.), sia a livello internazionale (art. 6 CEDU).

5. *Brevi considerazioni sulla neutralità del "giudicante"*.

Una volta ricondotto il processo alla giurisdizione, per il

(26) Così, A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium*, cit., 221 s. (415): « È la neutralità la prima posizione del processo come *iudicium*, le altre sono più tardive epifanie. Come può il contraddittorio autenticamente dispiegarsi o il diritto di difesa genuinamente esercitarsi se non c'è alterità in colui che governa la *tela iudiciaria*? ».

(27) Cfr., ancora, A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium*, cit., 219, nota 7 (412, nota 7), il quale afferma chiaramente che non intende « deflettere dalla idea (che ha per presupposto il processo come *iudicium*) per la quale solo la giurisdizione "si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge" (art. 111, comma 1, Cost.) ».

(28) Così, ancora, A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium*, cit., 221 s.

tramite del giudizio e della terzietà del giudice (al primo intrinsecamente connaturata), credo sia necessario interrogarsi ulteriormente sulla neutralità del “giudicante”, quale componente indefettibile del processo.

Dall’assunto che il processo (giurisdizionale) implica, di per sé, la terzietà del giudice e, in via consequenziale, il contraddittorio e gli altri *substantialia processus* discende, ad esempio, che anche nel processo arbitrale deve essere parimenti garantita la neutralità dell’arbitro, declinata nelle accezioni di terzietà, imparzialità e indipendenza. La conclusione sembra inevitabile, ove si consideri che il processo arbitrale è una forma di giustizia alternativa alla giustizia dello Stato (29). In effetti, il tema della indipendenza ed imparzialità dell’arbitro è oggetto di numerosi studi in dottrina (30) e la stessa Corte europea dei diritti

(29) Cfr. M. BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 31 ss., il quale, proprio sulla base dell’assunto di cui sopra nel testo, opera una netta distinzione tra il processo arbitrale e gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie a contenuto negoziale (*in primis*, la mediazione). Cfr., altresì, G. CANALE, *Estraneità e neutralità nell’arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2020, 31 ss., spec. § 2: «secondo l’ormai consolidato orientamento del Giudice delle leggi e del Giudice di legittimità, l’arbitrato è uno strumento processuale attraverso il quale si esercita la giurisdizione; l’arbitro svolge una funzione del tutto analoga a quella propria del giudice dello Stato».

(30) Senza alcuna pretesa di completezza, cfr., ad esempio: F. TOMMASEO, *In tema di ricsuzione dell’arbitro libero: un ulteriore passo verso una disciplina comune dei processi arbitrali?*, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 43 ss.; E. FAZZALARI, *L’etica dell’arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1992, 1 ss.; ID., *Ancora sull’imparzialità dell’arbitro*, *ivi*, 1998, 1 ss.; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *L’imparzialità dell’arbitro: essere o apparire*, in *Contratto impr.*, 1994, 1174 ss.; L. DITTRICH, *L’imparzialità dell’arbitro nell’arbitrato interno e internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 144 ss.; C. CONSOLO, *L’equo processo arbitrale nel quadro dell’art. 6, § 1, della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli*, II, Milano, 1995, 893 ss.; M. TARUFFO, *Note sull’imparzialità dell’arbitro di parte*, in *Riv. arb.*, 1997, 481 ss.; C. CONSOLO, *La ricsuzione dell’arbitro*, *ivi*, 1998, 17 ss.; L. LAUDISA, *Arbitro nominato dalla parte o di parte? (Cenni comparatistici)*, *ivi*, 1999, 363 ss.; C. CONSOLO, *Arbitri di parte non neutrali?*, *ivi*, 2001, 9 ss.; A. RONCO, *Dialogo sulla ricsuzione degli arbitri*, in *Giur. it.*, 2003, 1972 ss.; L. SALVANESCHI, *Sull’imparzialità dell’arbitro*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 409 ss.; C. CONSOLO, *Imparzialità degli arbitri. Ricsuzione*, in *Riv. arb.*, 2005, 727 ss.; A. PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunciare la parzialità dell’arbitro*, in *Riv. arb.*, 2010, 675 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, I, Padova, 2012, 479 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014,

dell'uomo ha di recente statuito che il comprovato difetto di imparzialità oggettiva di un arbitro configura una violazione delle garanzie di indipendenza ed imparzialità previste dall'art. 6 CEDU (31).

Il tema sconta, ovviamente, la differenza di disciplina che sussiste tra lo statuto del giudice e la figura dell'arbitro (32).

Quanto alla giustizia statale, la terzietà riguarda lo *status* del giudice, in rapporto alla sua indipendenza, in quanto la sua funzione è quella di rendere giustizia e, pertanto, egli è istituzionalmente dotato del potere di giudicare e di esercitarlo in maniera indipendente dal potere politico e dalle parti.

L'arbitro, invece, trae il potere decisorio dalle parti. L'arbitrato trova, infatti, il suo fondamento nell'incarico di esercitare la funzione giudicante che le parti, appunto, conferiscono all'arbitro. Ne deriva che, nel processo arbitrale, la neutralità del "giudicante" deve essere assicurata con strumenti, in parte, diversi, rispetto a quelli previsti per la giustizia statale.

Da un lato, l'art. 815 c.p.c., relativo alla ricusazione, individua, in maniera tassativa, una serie di circostanze di fatto che denotano, su un piano oggettivo, l'assenza di indipendenza (e conseguentemente di imparzialità) dell'arbitro (33).

Dall'altro lato, sono stati individuati strumenti, preventivi e successivi, volti ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità del-

sub art. 815, 334 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2015, 182 ss.; F. CARPI, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. arb.*, 2018, 187 ss.; G. IMPAGNATIELLO, *Il giusto processo arbitrale*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, I, *Profili generali*, Napoli, 2019, 247 ss., spec. 275 ss.; G. CANALE, *Estraneità e neutralità nell'arbitrato*, cit., 31 ss.; A. CARLEVARIS, *Gli arbitri. Imparzialità ed indipendenza. Sostituzione e ricusazione*, in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, XIII, *L'arbitrato negli investimenti internazionali*, Napoli, 2020, 465 ss.; D. PAUCIULO, *Imparzialità degli arbitri secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso BEG S.p.a. c. Italia*, in *Dir. comm. int.*, 2021, 1083 ss.

(31) Cfr. Corte EDU, 20 maggio 2021, *BEG Sp.a. c. Italia*. Per un primo commento alla sentenza cfr. D. PAUCIULO, *Imparzialità degli arbitri secondo la Corte*, cit., 1083 ss.

(32) G. CANALE, *Estraneità e neutralità nell'arbitrato*, cit., § 2.

(33) F. CARPI, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro*, cit., § 2.

l'arbitro (34). Tra i primi va senz'altro richiamata la dichiarazione dell'arbitro su eventuali rapporti che possano anche far semplicemente sospettare vincoli e/o condizionamenti. Tra i mezzi successivi, vanno richiamati la ricusazione dell'arbitro, la rinuncia giustificata dell'arbitro all'incarico, e la stessa impugnazione del lodo.

6. *Segue: ancora sulla neutralità del “giudicante”, in relazione ai procedimenti della pubblica amministrazione.*

A ben vedere, la neutralità del “giudicante” è componente indefettibile del giudizio, prima ancora che del processo. Proprio in quanto tale, essa impone che l'attività diretta a preparare e, poi, a rendere il giudizio venga strutturata secondo i canoni del giusto processo, *in primis* la terzietà del giudice e il contraddittorio.

Se ci si ferma all'esame dell'attività giurisdizionale o paragiurisdizionale, il ragionamento non sembra suscitare alcuna obiezione.

Il punto della neutralità del “giudicante” merita, tuttavia, più attenta considerazione, ove si passi ad esaminare i casi in cui, nell'ambito di un procedimento amministrativo, si renda necessaria, ai fini dell'adozione del provvedimento finale, una preventiva attività di valutazione e di giudizio. In questa sede è possibile, peraltro, fare soltanto un rapido cenno alla questione.

In tali casi, l'attività di giudizio viene regolamentata in maniera tale da assicurare la neutralità ed imparzialità dell'organo (di norma, straordinario) della P.A. preposto alla valutazione, anche se poi tale attività viene inserita all'interno dello schema procedimentale, senza assicurare il contraddittorio tra gli interessati.

Si pensi, ad esempio, a quanto disposto, in tema di appalti pubblici, dall'art. 77, commi 4, 5 e 6, d.lgs. n. 50 del 2016, con riferimento ai componenti delle commissioni giudicatrici, alle

(34) Su tali strumenti cfr. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 195; F. CARPI, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro*, cit., § 4.

quali, nell'ambito di un subprocedimento senza contraddittorio, è affidata la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalto o di concessioni (limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). La disposizione prevede la diretta applicabilità ai commissari dell'art. 51 c.p.c. e mira ad assicurare l'assenza di situazioni di incompatibilità che possano minare la loro terzietà, come pure situazioni di conflitto di interessi.

Si pensi, ancora, a quanto disposto dall'art. 35, comma 3, lett. e), d.lgs. 165/2001, al fine di assicurare l'imparzialità e la terzietà dei componenti delle commissioni per il reclutamento del personale delle amministrazioni pubbliche.

È significativo notare che, in tali ipotesi, gli strumenti per assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dei commissari sono analoghi, per certi aspetti, a quelli prima richiamati per l'arbitrato. Quanto agli strumenti preventivi, si pensi alla dichiarazione dei componenti delle commissioni circa l'assenza di situazioni di incompatibilità o conflitto di interessi o di circostanze che possono dar luogo all'astensione *ex art.* 51 c.p.c. Quanto agli strumenti successivi, si pensi alla ricsuzione, o all'impugnazione del provvedimento finale.

Va, poi, sottolineato ancora una volta che, nei casi più sopra richiamati, l'organo straordinario della P.A. rende il proprio giudizio nell'ambito di una attività (*sub*) procedimentale, in assenza di contraddittorio tra gli interessati.

Sorge, perciò, spontanea una domanda. È sufficiente la neutralità del giudicante, assicurata all'interno di un procedimento amministrativo privo di contraddittorio o, piuttosto, nelle ipotesi considerate, dovrebbero essere garantiti gli altri *substantialia processus*, *in primis* il contraddittorio, pena l'incostituzionalità delle disposizioni di riferimento e l'illegittimità del provvedimento adottato in violazione del canone costituzionale del giusto processo?

Con ciò intendo sottolineare che il processo, come struttura finalizzata al giudizio, non può certamente fare a meno della neutralità del giudicante, ma nello stesso tempo non può fare a

meno anche del contraddittorio, che resta un suo connotato essenziale (35).

E qui si ritorna al problema se tale struttura sia esportabile al di là dell'attività giurisdizionale (e para-giurisdizionale).

Una volta accettata l'idea di Fazzalari che il processo appartiene al *genus* del procedimento, ed integrata tale idea con la precisazione che il *proprium* del processo è rappresentato dalla neutralità del giudicante, connessa, però, in maniera inscindibile al contraddittorio, mi sembra che la domanda potrebbe ricevere una risposta positiva, nel senso che, nelle ipotesi in cui il provvedimento amministrativo deve essere adottato sulla base di un preventivo giudizio, dovrebbero essere garantiti tanto la neutralità dell'organo cui compete il giudizio quanto gli altri *substantialia processus*, in *primis* il contraddittorio; pena l'incostituzionalità delle disposizioni di riferimento e/o l'illegittimità del provvedimento adottato in violazione del canone costituzionale del giusto processo (36).

(35) Vedi la nota 22. Di questo avviso mi sembra anche Andrea Panzarola, quando osserva che « non sembra più possibile sostenere che il connotato necessario del processo sia da ravvisare *soltanto* nella circostanza che “all'*iter* di formazione dell'atto partecipino, oltre al suo autore, coloro nella cui sfera l'atto finale è destinato a svolgere i suoi effetti” »: così, A. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium*, cit., 219 (413).

(36) Sul punto, tornano assai utili, a mio avviso, le conclusioni cui giunge Francesco Follieri, a proposito dell'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi attinenti a « *criminal charges* » e a controversie su « *civil rights and obligations* », analizzando la nota giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, secondo cui nei procedimenti *de quibus* il provvedimento amministrativo deve essere adottato da un organo indipendente e imparziale, nel rispetto delle garanzie procedurali previste dalla norma internazionale, e tuttavia la violazione può essere rimediata garantendo il rispetto della disposizione *de qua* nel processo sul provvedimento amministrativo scaturito da quel procedimento, purché il giudice eserciti “*full jurisdiction*”: cfr. F. FOLLIERI, *Art. 6 CEDU ed equilibrio tra poteri dello Stato. Dall'infungibilità dell'amministrazione all'infungibilità delle garanzie procedurali*, in *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei paesi europei*, a cura di A. CARBONE, Napoli, 2020, 65 ss., 75 ss.; IDEM, *Art. 6 CEDU e pubblica amministrazione: dal procedimento al processo e ritorno*, in questo *Volume*, 347 ss., 380 ss. L'A. evidenzia che il concetto di “*full jurisdiction*” elaborato dalla Corte europea non va oltre i limiti del sindacato c.d. confutatorio, non consente cioè al giudice di sostituirsi alle decisioni discrezionali e ai giudizi opinabili dell'amministrazione, ma gli permette solo di valutare la fondatezza delle confutazioni avanzate dal ricorrente a quelle decisioni e a quei giudizi. Follieri aggiunge che la compensazione *ex post*, ipotizzata dalla Corte di

Il punto è che la stessa riconduzione del processo al *genus* del procedimento e la sua immedesimazione con questo (salvo, beninteso, il *quid pluris* che caratterizza il primo), devono essere attentamente (ri)valutate. Nel breve spazio di una prefazione non è possibile, tuttavia, intervenire su quest'ultima questione, peraltro esaminata, con esiti diversi, in questo volume (37).

La rimeditazione della nota dottrina di Elio Fazzalari è stata avviata, ma i suoi risultati potranno conoscersi solo all'esito di un rinnovato dibattito sui concetti di processo, procedimento e *iudicium*. La speranza degli Autori e dei Curatori è che questo volume possa apportare un significativo contributo al dibattito appena avviato.

Strasburgo, è impedita dall'equilibrio tra i poteri dello Stato, con la conseguenza che l'art. 6 CEDU dovrebbe trovare applicazione diretta ai procedimenti di "*indirect administration*", dovendosi configurare una violazione di tale disposizione sia quando la disciplina nazionale dei procedimenti amministrativi *de quibus* risulti con essa in contrasto, sia quando la disciplina nazionale è conforme a tale disposizione, ma l'amministrazione viola le norme procedurali interne: nel primo caso, il rimedio è dato dalla interpretazione costituzionalmente orientata e, se questa non è praticabile, dalla declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina interna, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.; nel secondo caso il rimedio è dato dall'annullamento dell'atto amministrativo.

(37) Si rinvia ai già richiamati saggi di Andrea Panzarola, Bruno Sassani, Francesco Ricci e Francesco Follieri.