

IVONE CACCIAVILLANI

Il principio del giusto processo: dovere del giudice o diritto dalla parte?

L'introduzione a livello costituzionale (art. 111, ad opera della [L. cost. 2/1999](#)) del principio del giusto processo, se non ha certo contenuto innovativo -di tal che si possa mai ritenere che *prima* il processo avesse potuto essere impunemente ingiusto o anche solo non-giusto- non ha nemmeno sancito col rilievo che il quadro "europeo" avrebbe imposto il diritto del cittadino al giusto processo.

L'attuale formulazione dell'art. 111.1 Cost. ("la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge") si pone come direttiva comportamentale per il giudice che esercita la giurisdizione; norma "di azione" per il giudicante (secondo l'antica dicotomia non del tutto obsoleta), non norma di relazione per il cittadino, fonte d'un suo diritto soggettivo perfetto.

Il diritto pieno, assoluto ed inviolabile, del cittadino al giusto processo è invece affermato perentoriamente dall'art. 6 della Convenzione Europea, che la Corte di Giustizia applica con estremo rigore anche contro certe divagazioni interpretative della stessa nostra Corte Costituzionale; si allude ovviamente alla *tremenda* sentenza della Corte di Strasburgo 7 giugno 2011, *Agrati c. Italia*, ric. 43509/08 e altri.

Una fonte di diritto eversiva: la "giurisprudenza consolidata"

Sta entrando nell'ordinamento -non senza peraltro qualche contraddizione normativa- il principio che annovera come fonte di diritto positivo la giurisprudenza consolidata. Una vera aberrazione introdotta con indubbia leggerezza come corollario del diritto al giusto processo; in realtà eversiva non solo del giusto processo correttamente inteso, ma dello stesso sistema giudiziario costituzionale fondato *sul comma* (art. 101.2, "i giudici sono soggetti soltanto alla legge") e non sul precedente, com'è nella *Common Law*.

Il colmo dell'aberrazione legislativa è rappresentato dall'art. 360 *bis* del codice di procedura civile, che prevede addirittura l'inammissibilità del ricorso per cassazione "quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa". A parte che non si vede coerenza logica nell'accomunare nella stessa sanzione d'inammissibilità due fattispecie opposte, di "confermare o mutare" l'orientamento in atto, resta l'aberrazione tendenziale gravemente corruttiva dell'intero sistema giudiziario, come s'andrà a dimostrare. S'è detto di contraddizioni normative; si segnala come una disposizione strettamente analoga all'art. 360 *bis*, posta dall'art. 26.2 del "codice del processo amministrativo" (D.L.vo 104 del 2010, in seguito CPA), secondo cui "il giudice nel pronunciare sulle spese, può condannare anche d'ufficio la parte soccombente ... quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o su orientamenti giurisprudenziali consolidati", è stata prontamente espunta dall'art. 1, comma 1 lett. f del D.L.gs 195 del 2011, che ha limitato la sanzionabilità della sola lite

temeraria secondo la normativa processuale corrente (e sana). Resipiscenza peraltro effimera, perché in contemporanea l'art. 4 del D.L. 70 del 2011, corretto in sede di conversione, ha introdotto nel "codice dei contratti pubblici" (D.Lvo 163 del 2006) l'art. 246 *bis*, che sostanzialmente ripristina l'art. 26 del CPA -sia pure limitatamente al contenzioso dei contratti- prevedendo come sanzione del rigetto del ricorso la sanzione della moltiplicazione del contributo unificato "quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati". Nello stesso CPA è dato di cogliere altra perla nell'art. 99 secondo cui (terzo comma) "se la sezione ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso".

La disamina del tema non può che muovere dallo storico *rèvirément* giurisprudenziale più eclatante di questi ultimi anni delle Sez. Un. della Corte di Cassazione 22 luglio 1999 n. 500 (qui segnalata da *Giust. Civ.*, 1999, I, 2261) che sovverte radicalmente un indirizzo "che questa Corte con giurisprudenza definita dalla dottrina *monolitica* e addirittura *pietrificata*, è costante da decenni", facendo entrare nell'ordinamento il principio della risarcibilità della lesione della posizione giuridica del cittadino attuata attraverso un atto amministrativo. Se fosse stata vigente l'insana novella dell'art. 360 *bis*, non v'ha dubbio che quel principio, così rivoluzionario d'una giurisprudenza ben consolidata, non sarebbe mai apparso, perché il relativo ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile.

La giurisprudenza come limite

Una prima (che si vedrà insuperabile) difficoltà è rappresentata dalla nozione di *giurisprudenza consolidata*: quando un "orientamento giurisprudenziale" si può considerare consolidato? E una seconda: da dove deriva la vincolatività per il cittadino dell'orientamento giurisprudenziale".

a) Ci sono materie oggetto di contenziosi ricchi e addirittura esasperati, dove ogni recondito meandro argomentativo viene continuamente sviscerato e scrutinato con dovizie di pronunce, in cui l'individuazione dell'indirizzo è ben facile ed evidente; e ci sono casi marginali, dove i precedenti sono variamente rari; talora estremamente rari.

Fermo che in materia civile la qualifica di *consolidata* è un'aggiunta tralaticia pur ricorrente, dal momento che la legge parla solo di *giurisprudenza*, il limite dell'inammissibilità del ricorso per scostamento dalla stessa si configura come un diretto attentato al principio costituzionale, che assoggetta il giudice soltanto alla legge ("sistema del comma"). Altrettanto va detto ovviamente per l'art. 99 del CPA, che espropria la Sezione semplice del Consiglio di Stato dello *jus decidendi*, ove non s'adequi al precedente dell'Adunanza Plenaria.

Il rilievo diventa rilevante nel caso di applicazione di leggi nuove o innovative, in cui la portata della novella e la talora ardua difficoltà della materia trattata possono condizionare pesantemente sia la strumentazione della domanda sia la giustezza della sentenza, potendo dar luogo a precedenti giurisprudenziali incongrui nel merito, ma trascinati nella pratica applicativa, stante l'aberrante disposizione dell'inammissibilità *ipso jure* della denuncia dell'errore, che potrebbe essere proposta solo col ricorso di scostamento dal precedente giurisprudenziale. Tanto più nel processo amministrativo in cui il singolo precedente potrebbe rappresentare anche da solo un "orientamento" il discostamento dal quale potrebbe dar luogo alla condanna della moltiplicazione del contributo unificato.

b) Ben più grave è l'aporia circa la fonte della vincolatività legale del precedente giurisprudenziale. L'obbligatorietà della legge è positivamente stabilita dagli artt. 10 e 11 delle "preleggi" al codice civile, legata a forme di pubblicità legale. Le sentenze dell'autorità giudiziaria non sono soggette ad alcuna forma di pubblicità legale valevole *erga omnes* - eccezion fatta per quelle della Corte Costituzionale che si volesse considerare autorità giudiziaria - ed il fatto che siano pubblicate nelle riviste è mera *res facti*, che non pare idonea a costituire fonte di presunzione assoluta di piena conoscenza per tutti i possibili litiganti e per tutti i giudici chiamati a deciderne le controversie.

Sotto tale profilo la presunzione assoluta di piena conoscenza di ogni precedente giurisprudenziale è null'altro che una vera violenza arrecata al cittadino, che ha onere di normale diligenza ma non di onniscienza (se poi quella presunzione assoluta fosse imposta al cittadino per il tramite del ministero obbligatorio del difensore, sarebbe un'ulteriore riprova della necessità costituzionale dell'organizzazione della professione dell'avvocato come garanzia della stessa sopravvivenza dell'ordinamento).

Il principio della domanda

Ma le aporie sono ben più gravi e di sistema.

L'ordinamento processuale è fondato sul principio della domanda, formata dal *petitum* (il conseguimento *ope judicis* del bene della vita ritenuto dovuto) e dalla *causa petendi*, l'esposizione delle ragioni della domanda. Il segno della sentenza (di accoglimento o di rigetto) è condizionata dalla *causa petendi*, ben potendo uno stesso *petitum* essere accolto o rigettato a seconda che le ragioni addotte a suo sostegno siano -o siano ritenute- valide o infondate. Connesso e condizionato dal principio della domanda è il limite imposto al giudicante di statuire *juxta alligata et probata*.

Questi sono i principi fondamentali dell'ordinamento processuale, ai quali sia il principio della vincolatività della giurisprudenza sia certe aberranti affermazioni giurisprudenziali stanno paurosamente attentando. Tra le sentenze aberranti va segnalata quella dell'Ad. Plen. del Consiglio di Stato n. 15/2011 (nel passaggio del punto 6.4.1, qui segnalata da *Guida al diritto*, 2011, 37, 93), in cui s'afferma che "l'architettura del CDA ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, con la trasformazione del giudizio amministrativo da giudizio sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso, in giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata". Dove il ricorso è null'altro che l'occasione offerta dalla parte al giudice di statuire a suo libito sul *petitum*, indipendentemente e addirittura prescindendo dalla strumentazione della domanda (*causa petendi*); un sistema di giustizia fondato sulla creatività del giudice e non sulla domanda della parte. Si tratterebbe di un'anomala "giurisdizione libera", in cui un giudice demiurgo attua un ordine creato non più dalla norma ma o dalla giurisprudenza vincolante o dal suo arbitrio.

Sono null'altro che aberrazioni o normative o giurisprudenziali, che tendono per via surrettizia ad introdurre una riforma costituzionale strisciante, trasformando il nostro ordinamento da sistema *del comma* (art. 101 Cost.) a sistema *del precedente* di stampo anglosassone.

Il ruolo della difesa

Ambedue le tendenze vanificano il ruolo della difesa nel processo, sostituita da automatismi eteronomi. Come non ricordare il magistrale intervento di Mario Nigro in un indimenticato convegno presso l'Università di Padova, in cui trattando del ruolo della difesa nel processo ebbe ad affermare testualmente: "dietro ad ogni mutamento di giurisprudenza c'è un pazzo d'avvocato che ha avuto il coraggio di sostenere tesi contrastanti con la giurisprudenza consolidata". Ora la pazzia innovatrice è bandita e la strumentazione di citazione o del ricorso si deve ridurre ad un *collage* di massime più o meno conferenti col *thema decidendum*.

L'obnubilamento del ruolo della difesa nel processo segna il tramonto della giustizia, mentre l'affermazione del principio del precedente porta il difensore a perdere la sua causa per interposta persona. Invero, se la sentenza decide un caso formato da *petitum* e *causa petendi* è ovvio che la massima che se ne trae risponda a quel "caso"; statuisca su quel *petitum* sulla base di quella *causa petendi*. Ed ovviamente si deve ritenere che la soluzione sia *giusta*, che la massima sia aderente a quel *petitum* e a quella *causa petendi*.

Solo che per poter correttamente applicare quella massima al caso da decidere si dovrebbe stabilire l'identità sia della fattispecie ivi giudicata e valutata, sia della strumentazione che l'ha sostenuta, evidente essendo che la statuizione -pur in ipotesi giusta e consona- resa su quella causa sorretta da quella strumentazione, non potrebbe applicarsi al caso da decidere che fosse sorretto da una strumentazione diversa, pur nell'identità della fattispecie concreta. Un tanto attuerebbe un'ingiustizia palese, essendo trattate in modo uguale fattispecie diverse (quanto a strumentazione). Con la conseguenza, appunto, che l'avvocato che ha dedotto a sostegno della sua causa una strumentazione originale, finisce per perdere la causa per interposta persona, mercé la -magari sciocca- strumentazione dedotta dal suo ignoto collega nell'*altra* causa.

Ecco il *juxta alligata* che torna come presupposto della giusta sentenza e quindi del giusto processo.

Il processo giusto

Sotto tale specifico profilo torna decisivo il rilievo d'apertura circa la sostanziale differenza

tra il principio del giusto processo posto dall'art. 111 -pur novellato- della nostra Costituzione e l'art. 6 della Convenzione europea: tra giustizia del processo come dovere del giudice o come diritto del cittadino. Il giudice, che "trova" -o per ricerca propria o perché ammannitagli dalla parte- una massima che gli pare acconcia per decidere quel caso, può ragionevolmente ritenere d'aver adempiuto il suo dovere di condurre un giusto processo; il cittadino, la parte, che si vede decisa la sua causa sulla base d'una massima inconferente con la strumentazione da lui dedotta, vede lesa il suo diritto al giusto processo ch'è tale solo se deciso rigorosamente *juxta alligata*.

Ecco la ragione dell'interrogativo posto dal titolo. Il principio del giusto processo è diritto della parte prima che dovere del giudice; o meglio il diritto dalla parte assorbe e congloba il dovere del giudice. Dove il precedente giurisprudenziale è null'altro che un dato esterno alla domanda; un elemento di cui va tenuto conto, non la regola del decidere. Almeno finché resta principio costituzionale l'art. 101, il *sistema del comma*.

Absolutamente inaccettabile quindi è il tentativo d'introdurre per via surrettizia una modifica strisciante dell'assetto costituzionale, che non è consentito né al legislatore

ordinario, né tanto meno alla Magistratura che della Costituzione dovrebbe essere l'attenta e inflessibile garante e custode.

Alla luce di tali rilievi appaiono ben fondate le conclusioni di questa breve disamina, sull'inaccettabilità delle innovazioni legislative esaminate (art. 360 *bis* cpc e art. 99 del CPA) e di quella giurisprudenziale sulla creatività del giudice sganciato dalla IAVIL assoggettate a scrutinio di costituzionalità sotto i profili illustrati è altro discorso. Perché il principio del giusto processo è chiaramente posto dalla Convenzione europea come diritto del cittadino ed in tal senso non può che intendersi l'art. 111 della Costituzione; non solo e comunque prima che dovere del giudice.

Un diritto condizionato dal corretto esercizio e coordinamento delle due funzioni essenziali del processo: il difendere e il decidere. Dov'è la prima, il difendere, che condiziona la seconda, il decidere.

