

GIOVANNI VERDE

*Abuso del processo e giurisdizione*

1. Da cittadino osservante ho sempre riposto fiducia nella legge là dove essa sia espressione di uno Stato democratico fondato sul consenso dei cittadini. Ho pensato e continuo a pensare che l'osservanza della legge sia il presupposto perché le istituzioni siano rispettate e che il rispetto delle istituzioni sia il sale della democrazia. Ovviamente (ed il lettore mi perdonerà la sintesi approssimativa) penso non all'osservanza supina, ma a quella mediata dalla necessaria opera di interpretazione.

Ben diverso è il mio atteggiamento dinanzi ai Paesi che non vivono in un sistema democratico. Qui la legge è imposta dall'autorità che agisce fuori da qualsiasi controllo dei sudditi. Di conseguenza, in questi Stati si giustifica che la legge sia scrutinata, anche dai giudici (ammesso che abbiano la possibilità di farlo), sotto il profilo dei valori o dei disvalori che essa esprime, là dove in democrazia le manovre "correttive" spettano soltanto a chi è chiamato a rappresentare legittimamente il popolo.

Nel momento attuale mi chiedo quale debba essere il mio atteggiamento nei confronti della legge. Poiché ho a cuore la nostra democrazia, per quanto imperfetta essa sia, credo, probabilmente con qualche ingenuità, che le nostre istituzioni debbano essere salvaguardate e che, a tal fine, sia necessario prestare fiducia nella legge.

Ciò comporta che guardi con qualche sospetto alle attuali tendenze che mettono in forse il primato della legge per inseguire il mondo magmatico dei valori, così contrapponendo la legge al diritto. A mio avviso, infatti, la legge costituisce lo strumento migliore, anche se non scevro da imperfezioni (quali si riscontrano in qualsiasi prodotto delle azioni dell'uomo), per affermare il principio di eguaglianza, così che l'art. 3 Cost. ha un diritto e un rovescio: se tutti sono eguali di fronte alla legge, è la legge che rende tutti eguali.

E sono anche convinto che non si fa buona cosa a servizio della nostra malferma democrazia, quando si trasferisce l'essenza del fenomeno giuridico nelle mani del giudice. In questo modo il meccanismo equidistributivo della legge, che dovrebbe essere impersonale ed astratto, cede il passo alle valutazioni della giurisprudenza, necessariamente condizionata dalla esigenza di provvedere su di un caso concreto e determinato.

So bene che la logica positivista sembra oramai appartenere al passato e che la partecipazione ad un'organizzazione sopranazionale, che affida alle corti europee il compito di valutare le leggi degli Stati sulla base dei principi che sono a base dei cosiddetti diritti fondamentali, ha fortemente ridimensionato il primato della legge. E tuttavia mi sforzo di pensare che tutto ciò debba avvenire con estrema prudenza e senza alcuna disinvoltura, per non gettare –come dicono i tedeschi- il bambino insieme con l'acqua sporca.

2. La premessa è stata necessaria per far comprendere la ragione della mia diffidenza verso mode dottrinarie che enfatizzano nuove categorie giuridiche, quali l'abuso del diritto e l'abuso del processo. Sono mode che risentono dell'esperienza di altri Paesi, nei quali il rapporto tra i cittadini e i giudici (parlo, si badi, dei soli giudici, giacchè altrove è ben difficile trovare riuniti in uno stesso organismo, quale è la magistratura, giudici e pubblici inquirenti) è fondato su di un vero e proprio obbligo di fiducia, quale è estraneo alla nostra cultura e allo stesso nostro modo di essere.

Consapevoli di appartenere a un mondo senza frontiere, dobbiamo, allora, sprovvincializzarci? Se ciò fosse attuale e non fosse la tappa di un lungo percorso appena iniziato, sarei ben lieto di essere cittadino di un mondo senza confini, nel quale, essendo unici sia il diritto sostanziale che quello processuale ed essendo omogenea l'organizzazione concreta della giustizia, non ci sarebbe spazio per il diritto comparato. Mi sembra che siamo ancora assai lontani da quel punto di arrivo (e non so se sarà mai raggiungibile e neppure sono certo che ciò sarebbe un bene).

Con questa convinzione mi appresto ad interloquire nuovamente sul tema dell'abuso del processo, anche se ho sempre minore fiducia di essere ascoltato.

L'abuso del processo è uno strumento normale là dove la giurisprudenza è tradizionalmente ricompresa tra le fonti del diritto. Istituti quali il *Contempt of Court* non sono che un aspetto del potere del giudice di impedire le tattiche processuali abusive. Ma in quei sistemi si è ben lontani dal pretendere, perfino (come avviene da noi) con una disposizione inserita nella Costituzione, che il processo sia regolato per legge. La fiducia riposta nel giudice, in quei sistemi, vuole che sia quest'ultimo a tracciare le linee del processo *fair*, là dove, da noi, la sfiducia nel giudice e, più in generale, nell'autorità, impone che le linee del processo siano fissate dal legislatore. Di conseguenza, quando il nostro giudice utilizza lo strumento

dell'abuso del processo per dichiarare nullo, inammissibile o improduttivo d'effetti l'atto processuale, conforme allo schema legale, ma diretto ad evitare o a procrastinare la decisione, paradossalmente compie un abuso, giacché supera la barriera della legge per attingere al valore del cd. giusto processo, che è tale se è di ragionevole durata.

I giudici, incoraggiati da molta dottrina, hanno da qualche tempo, e soprattutto dopo la riformulazione dell'art. 111 Cost., intrapreso questa strada. Uno degli ultimi frutti sta in una decisione del Consiglio di Stato (sez. IV, 7 febb. 2012, n. 636, preceduta da altra decisione della VI Sez., 10 marzo 2011, n. 1532), secondo la quale la parte che ha fatto ricorso al giudice amministrativo non può appellare la sentenza a lui sfavorevole, assumendo che il giudice da lui adito non ha giurisdizione. E tanto più non può farlo se, nell'appellare la sentenza, non denuncia vizi di merito della sentenza di primo grado.

“Il Collegio – si legge nella decisione- ritiene che a tale approdo ermeneutico si debba giungere, oltre che in ragione delle modificate regole processuali che governano la rilevazione del difetto di giurisdizione, anche in funzione del principio generale che vieta, anche in sede processuale, ogni condotta integrante abuso del diritto...”.

In realtà le mutate regole processuali, secondo cui, se non vi sia appello per sollevare la questione di giurisdizione, si forma giudicato implicito sulla questione medesima, nulla hanno a che vedere con il nostro caso, nel quale non può parlarsi di giudicato implicito per il semplice fatto che la parte aveva proposto appello tempestivo sollevando la questione. Vi è, nella sentenza, anche un richiamo all'art. 59 l. 18 giugno 2009, n. 69, cui il codice del processo amministrativo si è, con qualche variazione, adeguato (all'art. 11). Ma anche questo è un riferimento privo di sostanziale rilievo e finisce col provare troppo. Infatti, quando il legislatore ha introdotto il sistema della cd. *translatio iudicii* da un giudice ad altro giudice di diverso ordine, ha implicitamente confermato che è ben lontano dal ritenere che un giudice valga l'altro, così che ciò che conta non è chi giudica, ma che sia resa la decisione in tempi ragionevoli. Se questa fosse stata la preoccupazione, avrebbe completamente riscritto la disciplina della giurisdizione secondo una traccia che cercherò di illustrare di qui a poco.

L'unica “ratio decidendi” sta “nell'abuso del processo”, secondo quelle che la decisione chiama “coordinate” dell'abuso, così come stabilite dalla Corte di cassazione, alla quale diamo la parola. “L'abuso del diritto, lungi dall'integrare una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al

conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenza di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela a poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti –ed i diritti connessi- attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fra espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata” (Cass., III Sez., 18 settembre 2009, n. 20106).

Sulla base di questo insegnamento, ed in forza di una regola generale posta dall'ordinamento, i nostri giudici ritengono di potere sanzionare con l'irrilevanza giuridica i comportamenti “contrari alla buona fede oggettiva”. In coerenza con tale insegnamento, il Consiglio di Stato ha dichiarato inammissibile l'appello con cui l'originario ricorrente denunciava il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito.

3. In punto di fatto e nel leggere la sentenza mi sono chiesto la ragione per la quale il giudice ha preferito pronunciare l'inammissibilità dell'appello, facendo ricorso ad una categoria di origine giurisprudenziale, e non ha percorso la strada più semplice del rigetto dell'impugnazione. Infatti, poiché, a quanto si legge, la parte non aveva proposto doglianze di merito, il Consiglio di Stato si sarebbe potuto limitare a confermare la sentenza del primo giudice, riaffermando la giurisdizione del giudice amministrativo; e ciò senza doversi impegnare nella soluzione di altre questioni. Ho il sospetto che il giudice abbia fatto ricorso alla categoria dell'inammissibilità, avendo (e proprio perché aveva ritenuto) che il primo giudice malamente aveva trattenuto la causa dinanzi a sé, rientrando la stessa nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario.

Se così fosse, bisognerebbe chiedersi, allora, quale è il valore che oggi diamo alle questioni di giurisdizione e allo stesso riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudici speciali o tra giudici speciali, che per circa un secolo ha interessato giudici e giuristi.

Parto, come oramai è d'obbligo, dalla nostra Costituzione. Leggo nell'art. 25 che nessuno può essere distolto "dal giudice naturale precostituito per legge". Provo a chiarire quello che, a una prima e immediata lettura, è il senso della disposizione.

I Costituenti erano consapevoli che il nostro non era e non è un sistema a giurisdizione unica e che, all'interno di ciascuna giurisdizione, vi è una organizzazione complessa. Erano, altresì, ben lontani dal ritenere che un giudice vale l'altro, in quanto strumento dell'unica funzione del giudicare. Erano eredi di un sistema processuale che, proprio per queste ragioni, aveva dato grande rilievo alle questioni di giurisdizione e a quelle di competenza. I codici di rito contenevano accurate discipline al riguardo. In particolare e per ciò che riguarda la giurisdizione regolata dal codice di procedura civile, l'art. 37 aveva stabilito che il difetto di giurisdizione fosse rilevabile in ogni stato e grado del processo; l'art. 41 aveva previsto che "ciascuna parte" potesse adire in via preventiva la Corte di cassazione per fare regolare la giurisdizione e non vi era alcuna disposizione che salvasse il processo iniziato dinanzi al giudice privo di giurisdizione.

Di conseguenza, nel fissare la garanzia del "giudice naturale" non volevano sancire soltanto il principio secondo il quale la scelta del giudice non può essere "successiva" alla nascita della controversia, ma anche ribadire che non può essere violato il criterio della sua "precostituzione".

Le odierne tendenze, in tema di competenza e di giurisdizione, hanno progressivamente impoverito di contenuto precettivo l'art. 25 nella parte in cui prevede la garanzia del giudice naturale, sostanzialmente facendo diventare tale garanzia parte del principio secondo il quale il giudice deve essere "terzo ed imparziale". In altre parole, non ci sarebbe ragione di parlare del giudice naturale precostituito per legge se il giudice che conosce l'affare sia da ritenere "terzo ed imparziale", là dove la terzietà e l'imparzialità vengono desunte dalla fiducia che con il loro comportamento le parti hanno mostrato nei confronti del giudice prescelto. Di conseguenza, se l'attore o il ricorrente ha scelto un giudice e l'altra parte non si è opposta tempestivamente, si concreta una situazione di "comune fiducia" nell'imparzialità e terzietà del giudice tale che successivi ripensamenti dell'una o dell'altra parte sarebbero irrilevanti, in quanto frutto di tattiche dilatorie e, per ciò solo, abusive.

Se si entra in quest'ordine di idee, appare evidente che mal si giustifica il potere del giudice di rilevare d'ufficio la sua mancanza di giurisdizione (e, anche, di competenza) e

l'unica spiegazione sta nel fatto che tale potere costituisce lo strumento per evitare che la distribuzione delle controversie e degli affari sia irregolare, tale che taluni uffici siano gravati di troppi affari ed altri di un numero inferiore, e che, di conseguenza, vi siano ripercussioni sulla durata dei processi, inevitabilmente più lunghi dinanzi agli uffici giudiziari maggiormente gravati. Il potere del giudice di rilevare d'ufficio la sua mancanza di giurisdizione (o di competenza), qualora non sia sollecitato dalla richiesta della parte, si giustificerebbe, in questa prospettiva, per mere esigenze organizzative.

4. Proviamo a fissare le linee di una disciplina processuale che assuma come base il principio della terzietà ed imparzialità del giudice, inteso in maniera tale da assorbire la garanzia del giudice naturale. In base a questa premessa, il legislatore dovrebbe stabilire: a) che la parte che ha scelto il giudice non può, neppure in via preventiva, sollevare il dubbio sulla correttezza della sua scelta, perché, se ciò facesse, abuserebbe dei suoi poteri processuali; b) che la parte convenuta in giudizio dovrebbe immediatamente (ossia nella sua prima difesa) sollevare la questione di giurisdizione (e di competenza), facendola decidere dal giudice dei conflitti, perché la semplice eccezione, che sarebbe tale da perpetuare la sopravvivenza della questione per tutta la durata del processo, sarebbe anch'essa manifestazione di esercizio abusivo dei suoi poteri processuali; c) che il giudice adito, ove le parti esplicitamente o per comportamenti concludenti abbiano accettato la giurisdizione (e la competenza), avrebbe ragione di dichiararsi privo di giurisdizione o di competenza soltanto se l'investitura fiduciaria delle parti si traducesse in un intollerabile (e dimostrato) aggravio dei suoi carichi di lavoro (con ripercussioni sulla durata dei suoi processi e con indebito vantaggio del giudice al quale la controversia avrebbe dovuto essere assegnata sulla base di disposizioni il cui valore prevalente sarebbe di tipo organizzativo); d) che il giudice il quale rilevasse d'ufficio la questione di giurisdizione (e di competenza) soltanto per liberarsi da un carico lavorativo fastidioso, dovrebbe essere passibile, in base ai principi del giusto processo, di sanzioni per abusivo esercizio del suo potere giurisdizionale.

Il legislatore fino ad oggi ha dato limitata attuazione a questo programma. Lo ha fatto per le questioni di competenza. Il legislatore del '42 aveva regolato la competenza in base al criterio secondo cui un giudice vale l'altro se si tratta di distribuire le controversie in maniera uniforme tra i vari uffici del territorio nazionale, là dove aveva ritenuto che un

giudice non vale l'altro se la competenza è fissata in ragione delle caratteristiche intrinseche della controversia. Di qui la conseguenza secondo cui la incompetenza per materia (e per territorio inderogabile) poteva essere rilevata anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo e quella per valore nel primo grado del processo. L'attuale legislatore è intervenuto, stabilendo che il convenuto deve eccepire l'incompetenza nel primo atto difensivo e che il giudice può rilevare d'ufficio l'incompetenza un tempo ritenuta inderogabile soltanto nella prima udienza.

E' evidente che la competenza, nei limiti in cui era disciplinata come inderogabile, costituiva un principio d'ordine pubblico processuale ed era espressione della garanzia del giudice naturale "precostituito per legge". Oggi non è più così. Il principio è che "un giudice vale l'altro" e, quindi, all'interno di una medesima giurisdizione, non ha ragion d'essere l'esigenza che il giudice sia "precostituito per legge", in quanto, essendo sufficiente che il giudice sia "terzo e imparziale", a tal fine basta la fiducia in lui riposta dalle parti. Il potere residuale del giudice, che può rilevare entro la prima udienza la sua incompetenza per materia, territorio inderogabile o valore, dovrebbe essere esercitato soltanto se l'affidamento della causa a lui importi un insostenibile carico processuale.

E', poi, singolare che il principio del giudice naturale, auspice anche questa volta la dottrina, sia stato evocato in relazione non all'ufficio giudiziario nel suo complesso, ma al giudice persona. Ha giocato, a tal fine, un ruolo decisivo la lotta della magistratura associata, che ha sempre alzato la bandiera della equivalenza tra di loro dei giudici e che ha visto come il fumo negli occhi il potere dei capi, sospettando che se ad essi si fosse attribuito qualche potere nella assegnazione delle cause e degli affari, gli stessi ne avrebbero potuto fare malgoverno. Tutto ciò si è tradotto nel cd. diritto tabellare, che impone ai capi degli uffici di organizzare sezioni e giudici in via preventiva e di assegnare gli affari con meccanismi automatici. E' appena il caso di aggiungere che ciò avviene senza che le parti possano interloquire e quindi ad uso esclusivo della magistratura e delle sue esigenze.

Il legislatore si è fermato qui. Non ha posto mano a modifiche della disciplina sulla giurisdizione sul presupposto -è da ritenere- che l'esistenza di una pluralità di giurisdizioni presuppone che un giudice "non valga l'altro" e che, pertanto, si rientri nella garanzia del giudice naturale precostituito per legge, essendo la giurisdizione un principio d'ordine pubblico processuale. Né l'intervento sulla *translatio iudicii* sposta i termini della



questione: affermando il principio che il processo iniziato dinanzi al giudice privo di giurisdizione può proseguire (e quindi non deve essere iniziato daccapo) dinanzi al diverso giudice fornito di giurisdizione il legislatore è stato ben lontano dallo stabilire che un giudice vale l'altro; ha semplicemente affermato che l'errore nella scelta del giudice non deve pregiudicare il diritto sostanziale della parte.

All'inerzia del legislatore ha posto rimedio la giurisprudenza. Si è cominciato, anche qui con l'avallo della dottrina, a ridimensionare la portata del principio secondo cui la questione di giurisdizione riguarda l'ordine pubblico processuale. E ciò è avvenuto quando, avendo il primo giudice risolto nel merito la controversia (così rigettando l'eccezione di giurisdizione formulata dinanzi a lui), la parte non ha impugnato la sentenza per difetto di giurisdizione del primo giudice; si è stabilito che si è formato il giudicato sulla questione. In questo modo, la disposizione che prevede la rilevanza d'ufficio della questione di giurisdizione in ogni stato e grado del processo è stata ridimensionata, come se vi sia nella disposizione una salvezza qualora sulla questione si sia formato il giudicato. Successivamente la falla è stata allargata. I giudici hanno cominciato a teorizzare la formazione del giudicato implicito, quale si formerebbe anche se il primo giudice abbia statuito sul merito senza che dinanzi a lui sia mai stata prospettata la questione di giurisdizione. A questa giurisprudenza si è prontamente adeguato, per ora, il legislatore del nuovo codice sul processo amministrativo. L'ultimo atto di questa evoluzione sta nelle decisioni da cui abbiamo preso spunto per queste osservazioni. Potrebbero, come abbiamo visto, esserci tappe ulteriori, portando alle estreme conseguenze la dottrina sull'abuso del processo. In particolare sono in attesa di una decisione della Corte di cassazione che dichiari inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione proposto dalla parte attrice, in base ad una "correzione" dell'art. 41 (che parla di "ciascuna" parte) fondata sul carattere abusivo di tale iniziativa tesa a compromettere la ragionevole durata del processo.

5. Come ognuno vede il problema non è di tecnica processuale, ma riguarda la stessa essenza della giurisdizione e il modo di configurare i conflitti. L'abuso del processo, applicato alla categoria della giurisdizione, serve a scardinare il principio del giudice naturale precostituito per legge sul presupposto che, nella trattazione di uno specifico affare, non esiste un giudice più idoneo dell'altro, così che bisogna preoccuparsi soltanto di ciò che il giudice sia e appaia imparziale. Negli esiti ultimi e passo dopo passo, si mette in



dubbio la stessa ragion d'essere di una differenza di un giudice rispetto all'altro, nessun rilievo avendo il dato strutturale.

Portata alle sue ultime e coerenti conseguenze la dottrina dell'abuso del processo applicata alle questioni di giurisdizione porta a ritenere che l'esistenza di giurisdizioni speciali sia un'inutile sovrastruttura. Ma dovendosi abolire le differenze e pur immaginando che questi giudici sopravvivano come sezioni specializzate, sarebbe necessario unificare le procedure e rendere omogenei i criteri di giudizio, favorendo l'osmosi tra i giudici di diversa provenienza. Infatti, come qualsiasi avvocato sa, il fatto che il processo sia gestito e giudicato da un giudice o da altro di diverso ordine comporta differenze profonde che non riguardano soltanto la gestione del processo e le regole processuali applicabili o eventuali limitazioni del potere di impugnazione, ma più ancora la diversa sensibilità con la quale ciascun giudice decide e risolve le questioni.

Se non siamo pronti per tali trasformazioni, dovremmo evitare di ricorrere all'abuso del processo per immaginare preclusioni, che impediscano alla Corte di cassazione di svolgere una delle sue funzioni (fissata in Costituzione), ossia quella di giudice dei conflitti e di giudice della giurisdizione. E la Corte di cassazione dovrebbe smettere di svincolarsi, facendo ricorso alla prospettazione per ritenere inammissibile il regolamento di giurisdizione proposto nei confronti dell'azione di un procuratore erariale (quasi che quest'ultimo sia tanto stupido o così poco accorto dal formulare un atto di citazione che non tenga conto dei suggerimenti della Corte sulla maniera con la quale ha da prospettare la domanda) o di rifiutare di adempiere alla sua funzione regolatrice, sulla base della distinzione tra ciò che rientra nei confini della giurisdizione (che sarebbe questione di merito) e ciò che è ad essa esterno, quasi che la giurisdizione non si poggi su presupposti di fatto che la Corte deve necessariamente valutare per svolgere adeguatamente il suo sindacato.

6. Come si è visto, la decisione che è a base di questo scritto equipara l'abuso del diritto all'abuso del processo. Neppure tale equiparazione mi appare convincente. L'abuso del diritto ha come riferimento l'autonomia del soggetto, quale si esprime nell'attività negoziale. E l'autonomia è la inconculcabile sfera di potere che l'ordinamento, in maggiore o minore misura, non può non riconoscere al soggetto giuridico. A ben vedere, l'abuso del diritto è una categoria con la quale, dando sostanza alla clausola di buona fede e di

correttezza, si valuta l'esercizio del potere dei privati a somiglianza di ciò che fa il giudice amministrativo nei confronti dell'Amministrazione sulla base dell'eccesso di potere.

Nel processo l'autonomia si esprime con atti che hanno una diversa portata, perché non entrano in diretta relazione con altro o altri soggetti. L'attività del singolo si sostanzia in una richiesta rivolta al giudice per provocare un provvedimento, così che soltanto quest'ultimo potrà produrre effetti nei confronti della controparte.

Orbene, se la violazione della buona fede o delle regole di correttezza possono avere influenza sul regime giuridico dell'atto negoziale che ha diretta efficacia interprivata, tale che potrà essere valutato come invalido o inefficace, è da chiedersi quale sia il regime dell'atto processuale (anche di quello più vicino alla categoria del negozio giuridico, che, richiamandoci a qualche dottrina, potremmo definire "causativo"), che ha come diretto destinatario il giudice. L'art. 88 c.p.c. stabilisce il dovere di lealtà e di probità delle parti e dei difensori, ma in caso di mancanza dei difensori a tale dovere prevede soltanto l'obbligo per il giudice di riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare. Nell'art. 91 si stabilisce che, quando la parte rifiuta una proposta conciliativa che il giudice poi considererà adeguata, quest'ultimo può condannarla a pagare le spese processuali. L'art. 92 prevede che la parte, benché vincitrice, può essere condannata a pagare le spese eccessive e superflue. L'art. 96, disciplinando il caso in cui la parte soccombente abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave e quello in cui il creditore abbia agito in via esecutiva o abbia eseguito un provvedimento cautelare senza la normale prudenza, prevede che il giudice possa sanzionare l'una o l'altro con condanna alle spese e al risarcimento dei danni.

In tutti questi casi, che potrebbero essere considerati come ipotesi tipiche di condotta processuale abusiva, il legislatore non colpisce l'atto, ma il comportamento e la sanzione non è la invalidità (o la irricevibilità o l'inammissibilità) dell'atto, ma il pagamento di una somma pecuniaria.

Il legislatore saggiamente ha compreso che non possono essere posti divieti all'agire o al difendersi in giudizio, perché diversamente si rischia di compromettere la garanzia di cui all'art. 24 Cost. ed ha ritenuto che il principio di buona fede o di correttezza nel processo riguarda il comportamento della parte (e del difensore), così che soltanto quest'ultimo può essere sanzionato. Tutto ciò ho detto e ridetto più volte, ma la mia debole voce non ha ricevuto ascolto, anche perché discorde dal prevalente sentire.

Non escludo che possano esservi ipotesi in cui l'abuso sia tanto grave da meritare una diversa sanzione, ma questa valutazione deve essere lasciata al legislatore (e, se del caso, controllata dalla Corte costituzionale) e non può essere affidata alla discrezionalità del giudice. Né vale richiamare, come ho osservato in premessa, esperienze di altri Paesi, là dove il rapporto tra il cittadino e il giudice è diversamente improntato.

Rimaniamo in casa nostra, dove vige il principio della diffidenza verso l'autorità e dove, dalla prospettiva del cittadino, si avverte che dall'abuso del processo stiamo, a poco a poco, scivolando verso l'abuso del potere giurisdizionale contro il quale non ci sono allo stato rimedi efficaci. Anche a questo proposito mi piace esemplificare. Più e più volte la Corte costituzionale, chiamata in causa da giudici obiettori di coscienza, ha ribadito la legittimità costituzionale della legge sull'aborto assistito. Ancora di recente la Corte è stata chiamata in causa da due giudici tutelari, i quali avrebbero dovuto valutare se la minorenni incinta, che voleva abortire, fosse nella condizione di decidersi con consapevolezza e, in caso di esito positivo della valutazione, autorizzare prontamente l'aborto. I due giudici, evidentemente antiaboristi, hanno risollevato la questione ben consapevoli che, per quanto celere potesse essere il giudizio dinanzi alla Consulta, nel frattempo la gravidanza sarebbe giunta al suo naturale compimento.

E' l'ipotesi classica dell'abuso, in quanto il potere di sollevare la questione di costituzionalità è stato esercitato per eludere la legge. Si dirà che non è possibile costringere il giudice a decidere contro la sua coscienza. Torniamo, così, al punto da cui sono partito. Può nel nostro sistema il giudice non applicare la legge che ritiene contraria al suo sistema di valori? La risposta affermativa mette in crisi le stesse basi delle nostre istituzioni democratiche, perché altera il rapporto tra giudice e legge, che è e deve essere di subordinazione. In disparte che potrebbero esserci misure organizzative per evitare che a decidere in tali casi sia l'obiettore di coscienza, resta il problema delle conseguenze e la sensazione che il cittadino, in questi casi, non ha tutela effettiva e, peggio ancora, che i giudici impunemente si consentono ciò che impietosamente gli vietano.