Archivio selezionato: Dottrina

IL "COSTO" DEL PROCESSO TRA MISURA DI EFFICIENZA E OSTACOLO ALL'ACCESSO

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4, 2014, pag. 1414

Franco Gaetano Scoca

Classificazioni: PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO - In genere

Sommario: 1. Posizione del problema. — 2. Il contributo unificato. — 3. La moltiplicazione dei contributi. — 4. Ricadute possibili sull'andamento del processo. — 5. Sulla legittimità costituzionale e comunitaria del contributo. — 6. L'aggravamento delle spese di giudizio. — 7. I "motivi manifestamente infondati". — 8. La sanzione pecuniaria. — 9. Sulla nozione di lite temeraria. — 10. L'abuso del processo secondo la giurisprudenza amministrativa. — 11. La sanzione pecuniaria come misura di carattere generale. — 12. L'astreinte nel processo amministrativo. — 13. Conclusione: il ventaglio dei costi come serio ostacolo all'accesso alla giustizia.

1. Il processo amministrativo, senza considerare i costi di ordine psicologico che inevitabilmente implica, ha costi economici tutt'altro che indifferenti, e, per di più, negli ultimi anni in continua e rapida crescita.

Secondo il legislatore, che ne stabilisce l'ammontare, e secondo l'organizzazione giudiziaria, che del gettito di essi in parte usufruisce, i costi necessari ed eventuali servono ad eliminare i processi che non hanno una base quanto meno apparentemente solida, e spingono, quindi, nel senso di una maggiore efficienza della tutela giurisdizionale. Si potrebbe, viceversa, ritenere che i costi finiscano per costituire, in ragione della loro misura e della loro disciplina, una seria remora ad accedere al processo anche da parte di coloro che avrebbero fondate speranze di riuscire vincitori.

Il dilemma può essere risolto solo a seguito della individuazione e dell'analisi dei costi e della valutazione della ragionevolezza della loro disciplina e della loro misura; distinguendo tra quelli che sono dovuti in ogni caso, per il fatto stesso di rivolgersi al giudice, e quelli che costituiscono sanzione per eventuali comportamenti processuali ritenuti scorretti, e per i quali il giudice amministrativo si appella sempre più spesso alla figura dell'abuso del processo.

I primi sono rappresentati dal contributo unificato e dalle spese ordinarie; i secondi comprendono le spese aggravate e le diverse sanzioni pecuniarie.

Il dato che colpisce a tutta prima è l'attenzione del tutto recente che al costo del processo amministrativo ha dedicato il legislatore, nell'intento, considerato virtuoso, di deflazionare il contenzioso, e di ridurre la spesa per la giustizia a carico del bilancio dello Stato.

Il contributo unificato è stato aumentato in più riprese nell'ultimo decennio; la disciplina delle spese aggravate ha subito più modificazioni; sono aumentate le sanzioni pecuniarie, fino ad essere applicabili, secondo un orientamento giurisprudenziale, ad ogni comportamento processuale ritenuto non in linea con i principi di correttezza e buona fede (1).

2. Il contributo unificato dal 2002, data in cui è stato approvato il testo unico sulle spese di giustizia (2), è stato ritoccato circa una decina di volte, almeno la metà di esse sopravvenute dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (3).

L'ammontare del contributo è continuamente cresciuto: la misura ordinaria ha raggiunto quasi mille euro (4); per le controversie in materia di appalti pubblici si moltiplica fino a nove volte (5).

Non va preso in considerazione solo l'ammontare, anche se questo è di per sé significativo, dato che è decisamente superiore al contributo unificato previsto per il processo civile. Va considerata anche la disciplina, che appare finalizzata alla moltiplicazione dei versamenti nell'ambito dello

stesso processo.

Il contributo, infatti, viene aumentato della metà nel caso in cui il difensore non indichi, nel ricorso o nel primo atto difensivo (6), il proprio indirizzo di posta elettronica certificata e il proprio recapito fax; lo stesso avviene se la parte omette di indicare il suo codice fiscale (7).

Questa disposizione dimostra chiaramente quale sia l'intento del legislatore: incrementare in qualsiasi modo il gettito fiscale derivante dal contributo unificato. Le omissioni "sanzionate" sono, infatti, meramente formali e non incidono sulla corretta "gestione" del processo: le informazioni mancanti potrebbero essere richieste dalle Segreterie o inserite dai difensori in atti processuali successivi. Né si può ritenere che l'aggravio economico consenta di porre riparo alle omissioni; le quali rimangono, una volta scontata la "sanzione", tali e quali, con le conseguenze che ne derivano in tema di comunicazioni relative al processo (8).

3. L'aspetto disciplinare più pesante riguarda peraltro la moltiplicazione dei contributi: deve essere corrisposto l'intero contributo in occasione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e di ciascuno dei motivi aggiunti che introducano domande nuove (9).

Nel processo amministrativo la necessità di notificare, dopo il ricorso, anche motivi aggiunti non è affatto eccezionale: deriva dal frazionamento dell'attività amministrativa o dal frazionamento delle comunicazioni dell'amministrazione, in ordine alla medesima "operazione" amministrativa, in combinazione con la ridotta durata dei termini per accedere al giudizio (10).

La situazione si aggrava proprio a proposito della materia per la quale il contributo è più elevato: la materia degli appalti.

A fronte di un termine ridotto a trenta giorni, gli atti da impugnare sono molteplici e variano a seconda delle decisioni dell'amministrazione e dell'interesse dell'impresa che intende chiedere giustizia: vanno dal bando di gara alla esclusione dalla gara, dalla aggiudicazione al rifiuto di procedere in autotutela all'annullamento dell'aggiudicazione. A ciò si aggiunge che, nei trenta giorni per impugnare l'aggiudicazione, l'impresa interessata non conosce, di norma, tutti gli atti di gara e, in particolare non conosce l'offerta della aggiudicataria; per cui, una volta conosciutala, è quasi sempre necessario che essa proponga motivi aggiunti.

Credo sia lecito concludere che, oltre all'ammontare, è la disciplina positiva del contributo unificato che suscita forti perplessità: appare assai poco rispettosa dell'accessibilità alla tutela giurisdizionale.

4. C'è di più. Tale disciplina può finire per influire (negativamente) su istituti processuali.

Un esempio si può trarre da una recente sentenza del Consiglio di Stato, secondo la quale l'esigenza di "impedire l'elusione delle disposizioni fiscali", con espresso riferimento al contributo, è la ragione fondamentale per escludere, nel processo amministrativo, e a differenza di ciò che avviene nel processo civile, il cumulo di domande giustificato dalla loro connessione (solo) soggettiva; restando consentita soltanto la connessione oggettiva, anche questa in termini ridotti (11).

Per cui più provvedimenti a contenuto identico e riguardanti lo stesso ricorrente non possono essere impugnati con un solo ricorso, ma con tanti ricorsi quanti sono i provvedimenti (12).

Secondo la sentenza cui si fa riferimento, "l'inammissibilità del cumulo soggettivo e l'opportunità di una individuazione dei presupposti legittimanti il cumulo oggettivo traggono nuova linfa dalla più recente disciplina in materia di contributo unificato". Cosicché l'art. 70 c.p.a., che consente, in linea generale, la riunione dei "ricorsi connessi", senza escludere la connessione soggettiva, andrebbe interpretato restrittivamente, "perché non risponde alle finalità sottese al divieto di

cumulo soggettivo", e consente "l'elusione dell'imposta" (13).

Si tratta, a mio avviso, di un orientamento giurisprudenziale che assegna maggior valore alle entrate tributarie (14) rispetto alla razionale (o "giusta") conduzione del processo, ed appare contrario al principio di concentrazione (15). Inoltre, contrariamente a quanto ritenuto in detta sentenza, è tale da inflazionare il contenzioso.

5. Se si considerano insieme l'ammontare del contributo unificato e la disciplina particolarmente pesante dei suoi presupposti, si può seriamente dubitare della sua conformità alle disposizioni costituzionali sulla tutela giurisdizionale, alle direttive europee in tema di ricorsi e alla convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino.

Sotto il primo profilo, è arduo ritenere che il contributo unificato, come disciplinato per il processo amministrativo, sia "razionalmente collegato alla pretesa dedotta in giudizio, allo scopo di assicurare al processo uno svolgimento meglio conforme alla sua funzione", e sia perciò consentito dalle disposizioni costituzionali. Esso, piuttosto, appare diretto a soddisfare esigenze puramente fiscali, "conducendo al risultato di precludere o ostacolare gravemente l'esperimento della tutela giurisdizionale" (16).

Quanto alle direttive comunitarie, esse, nella materia accentuatamente sensibile degli appalti pubblici, stabiliscono chiaramente che i ricorsi devono essere, oltre che efficaci, anche accessibili a chiunque abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione. Anzi le imprese interessate dovrebbero essere incoraggiate ad avvalersi dei ricorsi (17).

La disciplina italiana del contributo unificato, non solo non incoraggia, ma tende a scoraggiare gli interessati dall'intraprendere il processo: essa sembra quindi in palese contrasto con gli orientamenti dell'Unione europea (18).

Ove si tenga conto, da un lato, del maggiore ammontare del contributo per il processo amministrativo rispetto al processo civile, e, dall'altro del maggiore ammontare del contributo in materia di appalti pubblici rispetto alle altre materie di competenza del giudice amministrativo, non si può sfuggire all'ipotesi che la disciplina del contributo unificato persegua (soltanto o almeno prevalentemente) finalità di politica giudiziaria, scoraggiando in generale il controllo di legittimità dei provvedimenti amministrativi, e, in particolare, dei provvedimenti relativi agli appalti pubblici.

6. Risulta sommamente indicativa delle attuali intenzioni del legislatore la circostanza che l'art. 26 c.p.a. sia stato modificato più volte in circa quattro anni (19).

Nella versione originaria il contenuto dell'articolo corrispondeva esattamente alla sua rubrica: spese di giudizio. Nella versione attuale disciplina anche le sanzioni pecuniarie (20).

Non v'è nulla da dire sulle spese ordinarie di giudizio: è conforme ai principi che la parte soccombente tenga indenne la parte vittoriosa di tali spese; né sembra irragionevole che, nel liquidarle, il giudice tenga conto della chiarezza e della sinteticità degli atti processuali; nel doppio senso, dell'aumento delle spese, se poco chiari o poco sintetici sono gli atti della parte soccombente, e, viceversa, della diminuzione delle spese, se poco chiari o poco sintetici sono gli atti della parte vincitrice (21). Questa anzi sembra essere l'unica razionale sanzione contro la inutile prolissità degli atti processuali.

Qualcosa si può osservare sulle spese aggravate.

Due sono i profili che ne offrono l'occasione: la possibilità della condanna d'ufficio; la genericità dei presupposti per la condanna aggravata.

La condanna d'ufficio a favore della parte vincitrice, ossia senza che questa ne faccia richiesta, ha il sapore della ibridazione di una misura tipicamente risarcitoria con una misura sanzionatoria; e comunque costituisce una ingiustificata violazione del principio della domanda (22).

Maggiore attenzione merita il secondo profilo, dato che i presupposti per la responsabilità aggravata sono cambiati nel tempo. Nella versione originaria la condanna aggravata era possibile "quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati" (23); nella versione attuale il presupposto non attiene più alla decisione (e alla sua motivazione), ma riguarda la domanda di parte, ove essa si fondi su "motivi manifestamente infondati".

7. Occorre riconoscere che il presupposto attuale è più ragionevole, perché si basa sul comportamento della parte; ma diventa arduo stabilire quando i motivi di ricorso possano ritenersi, con giudizio *ex ante*, manifestamente infondati: se si ipotizza che lo siano quando espongono tesi in contrasto con orientamenti giurisprudenziali consolidati, la modifica intervenuta risulta assolutamente inutile (24).

Personalmente sono convinto che il ricorrente (ed anche le altre parti) deve poter argomentare tesi non collimanti con orientamenti consolidati o con sentenze dell'Adunanza plenaria; e ciò per due ragioni: perché, essendo nei poteri del giudice di discostarsi da tali precedenti, non può essere inibito alle parti di richiedere al giudice di farlo; inoltre perché una tale inibizione viola il diritto di difesa costituzionalmente garantito (25).

In ogni caso la disposizione sulla condanna aggravata risulta monca e poco chiara. Non si comprende, ad esempio, nonostante la formula "il giudice (...) può (...) condannare", se, accertata la presenza dei presupposti, la condanna sia obbligatoria o facoltativa; considerando che, presenti i presupposti, la decisione di non condannare non avrebbe alcun appiglio logico al quale affidarsi.

Ancora: sarebbe interessante stabilire quale debba essere il criterio — obiettivo — per distinguere i motivi infondati dai motivi manifestamente infondati, tenendo conto che, a mio avviso, la manifesta infondatezza non può farsi automaticamente derivare, come già detto, dalla loro contrarietà ad orientamenti consolidati o a sentenze dell'Adunanza plenaria.

8. Ulteriore esposizione alla lievitazione del costo del processo amministrativo si ha con la previsione della sanzione pecuniaria, di cui all'attuale secondo comma dell'art. 26.

Si pone un primo problema: la sanzione pecuniaria, essendo stata introdotta nel c.p.a. con il primo decreto correttivo (26), doveva (e deve) rispettare i limiti della legge di delega (27). Ove si consideri l'oggetto della delega (28), non è facile stabilire che vi rientri la previsione della comminazione di misure sanzionatorie.

Il legislatore delegato aveva il compito di riordinare le norme vigenti sulla giurisdizione, di disciplinare i termini per ricorrere e la tipologia dei provvedimenti del giudice, "prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna", e di razionalizzare i riti speciali. Nessuno di questi oggetti comprende la creazione di sanzioni a carico delle parti.

Altrettanto è a dirsi a proposito dei criteri di delega (29), che consistono nell'adeguamento alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, quindi a istituti già presenti nel diritto vivente.

Né sembra utile, per evitare il dubbio di eccesso di delega, ipotizzare che la sanzione pecuniaria possa ritenersi compresa tra le misure dirette ad "assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo" (30), perché i mezzi per assicurare tali finalità sono chiaramente indicati nella stessa disposizione della delega, e sono tutt'affatto diversi dalla comminazione di sanzioni (31).

Il dubbio di illegittimità costituzionale della sanzione pecuniaria, quindi, resta e, a mio avviso, ha notevole spessore (32).

Può aggiungersi che non sono affatto chiare le differenze, quanto ai presupposti, tra aggravamento delle spese e applicazione della sanzione pecuniaria; e questo condiziona pesantemente la ragionevolezza della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 26 c.p.a.

9. Passando all'esame della disciplina della sanzione, va in apertura di discorso, riconosciuto che, trattandosi di applicare una sanzione vera e propria, il cui importo va al bilancio dello Stato (33), e non alla controparte, il potere officioso del giudice appare giustificato.

Questa conclusione comporta, a mio avviso, che si renda inapplicabile l'art. 73, terzo comma, c.p.a.: il giudice non è tenuto ad indicare in udienza che ritiene di applicare la sanzione, perché egli esercita un suo potere, che, oltretutto, non costituisce "terza via" per la soluzione della controversia (34).

Il profilo di maggiore difficoltà attiene al presupposto della sanzione: cosa si intende per azione o resistenza temeraria? E perché la sanzione può essere applicata solo alla parte soccombente?

La giurisprudenza amministrativa si va orientando verso l'interpretazione della temerarietà come corrispondente alla (o rientrante nella) nozione di abuso del processo; e ritiene che la disposizione sulla pena pecuniaria, di cui al secondo comma dell'art. 26 c.p.a., abbia carattere generale e sia "destinata ad essere riempita di contenuti dalla giurisprudenza" (35).

Riportare la lite temeraria all'abuso del processo non è ingiustificato; occorre tuttavia spiegare la ragione per cui la sanzione viene prevista solo a carico della parte soccombente, mentre è di comune esperienza che comportamenti processuali scorretti possono essere tenuti anche dalla parte che alla fine risulterà vittoriosa. La limitazione della applicabilità della sanzione alla (sola) parte soccombente avvicina pericolosamente l'istituto all'aggravamento delle spese, e costituisce un sintomo dell'approssimazione con cui la disciplina della sanzione è stata concepita.

Quale che sia l'inquadramento sistematico della temerarietà, occorre darsi carico della rilevanza o meno dell'elemento soggettivo: se sia cioè necessario accertare, per l'applicazione della sanzione, che la parte abbia agito consapevolmente in modo scorretto.

La giurisprudenza amministrativa sembra non dare alcun peso al profilo soggettivo, ritenendo che l'abuso del processo si risolva in comportamenti obiettivamente valutabili come contrari ai principi di correttezza e buona fede; ed assegna alla sanzione il ruolo di "un'adeguata reazione alla violazione del principio internazionale e costituzionale del giusto processo" (36), o anche la considera il necessario presidio del "dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione" (37).

Trattandosi di sanzione sembrerebbe viceversa necessario che si tenga conto dell'elemento soggettivo, per non colpire comportamenti (magari non pienamente corretti, ma) incolpevoli.

A tal proposito, occorrerebbe, a mio avviso tener conto anche della circostanza, tutt'altro che marginale, che, almeno di norma, il comportamento scorretto è riferibile al difensore, mentre la sanzione colpisce la parte, la quale potrebbe non avere conoscenza delle iniziative processuali del suo difensore o non avere coscienza della loro scorrettezza.

10. La giurisprudenza amministrativa si tiene aderente alla giurisprudenza della Cassazione, almeno nei profili generali, nella ricostruzione della nozione di abuso del processo.

Accoglie, quindi, l'idea che l'abuso del processo sia una figura di specie rispetto all'abuso del diritto; e si affianca alla Cassazione nel ritenere che "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" (38).

L'abuso del processo si ha, quindi, nel caso in cui l'azione sia esercitata "con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte" (39).

Sul piano concettuale l'impostazione data al problema è condivisibile; sul piano concreto è necessario verificare i contenuti con cui la giurisprudenza "riempie" il concetto di abuso del processo.

L'impressione è che una parte dei giudici amministrativi si sia orientata verso un eccessivo ampliamento di tali contenuti, ritenendo abusivi comportamenti che tali non sembrano essere (40).

Alcuni esempi possono dare corpo a tale impressione (41).

È stato deciso che "integra abuso del processo la contestazione [in appello] della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o implicita, proprio sulla questione della giurisdizione" (42). Il carattere abusivo non comporta la pena pecuniaria ma (addirittura) l'inammissibilità dell'appello.

È stato, peraltro, condivisibilmente osservato che ritenere inammissibile l'appello sulla questione di giurisdizione, in quanto proposta dalla parte che, nel ricorso in primo grado, aveva scelto il giudice ritenuto dotato di giurisdizione, contrasta con l'art. 41 c.p.c., cui l'art. 10 c.p.a. rinvia, che consente a tutte le parti, senza escludere l'attore, di proporre regolamento preventivo di giurisdizione (43).

Il Consiglio di Stato ha ancora ritenuto abusivo il comportamento dell'amministrazione che, non eseguendo un provvedimento cautelare che la invitava a (o le imponeva di) reiterare un accertamento psico-attitudinale, ha impugnato la successiva sentenza di primo grado, ritenendola erronea (44).

La sentenza d'appello ritiene contraddittorio il comportamento dell'amministrazione, ed ha in questo probabilmente ragione; ma non sembra possibile ritenere abusiva l'impugnazione di una sentenza che, attraverso una pronuncia di rito (cessazione della materia del contendere), determinava la sostanziale soccombenza dell'appellante (45).

Altro aspetto interessante (e assai poco comprensibile) è che l'appello, in questo caso, non è stato dichiarato inammissibile, ma è stato respinto nel merito.

11. Occorre ritornare brevemente sull'orientamento più recente della giurisprudenza amministrativa, che tende ad interpretare il secondo comma dell'art. 26 alla stregua di una clausola generale, di guisa che tutte le violazioni del principio del giusto processo "ricevano una adeguata sanzione" (46).

In proposito va osservato, in primo luogo che, se è il secondo comma dell'art. 26 c.p.a. la fonte del divieto di abuso del processo, la sanzione è solo quella testualmente prevista, ossia la sanzione pecuniaria, e non sanzioni incidenti sulla decisione della controversia; e, in secondo luogo, che non possono rientrare tra i comportamenti abusivi la prospettazione, da una qualsiasi delle parti, di tesi in contrasto con orientamenti giurisprudenziali consolidati, come viceversa ritengono entrambe le sentenze da ultimo citate (47).

Pur volendo prescindere dalla forzatura di considerare abusivo l'esercizio del diritto di difesa (48), la cui linea è di esclusiva competenza della parte e del suo difensore, va posto in rilievo che

finiscono per confondersi i presupposti che possono dar luogo ad aggravamento delle spese con quelli che consentono al giudice di comminare la sanzione pecuniaria. In tal modo lo stesso comportamento potrebbe comportare, insieme o alternativamente, sia la condanna aggravata alle spese sia la condanna alla sanzione pecuniaria. Il che è evidentemente iniquo oltre che irrazionale.

Quanto alla figura dell'abuso del processo va adeguatamente messo in luce che la dottrina processualcivilistica, che soprattutto di recente è tornata ad occuparsene (49), la riguarda con sospetto: c'è chi la considera un "ectoplasma" (50), un'apparenza priva di sostanza, e chi la ritiene inutile, dato che esistono, sia nel c.p.c. sia nel c.p.a., disposizioni specifiche che sanzionano i comportamenti scorretti (51).

In questa sede non merita prendere posizione sulla predicabilità della figura dell'abuso del processo, dato che l'oggetto dell'indagine riguarda il costo, necessario ed eventuale, del processo; ed è quindi sufficiente aver constatato che, almeno secondo l'orientamento attuale (di parte) della giurisprudenza amministrativa, il rischio della parte (soccombente) di essere condannata alla sanzione pecuniaria può dipendere anche da comportamenti che è problematico considerare "temerari".

12. Resta di accennare alla c.d. *astreinte*, prevista dall'art. 114, co. 4, lett. e), c.p.a. (52).

Tale istituto è stato oggetto di attenta indagine da parte dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato; che, individuandone la natura sanzionatoria e la funzione di coazione (indiretta) all'esecuzione del giudicato, ha stabilito che la penalità di mora è ammissibile per tutte le decisioni di condanna, "ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria" (53).

Si può dubitare della esattezza del risultato cui l'Adunanza plenaria è giunta in ordine alla natuta dell'*astreinte*, dato che essa presuppone la domanda di parte ed è la parte che ne beneficia; non credo, viceversa, che ci sia nessun motivo per mettere in forse la individuazione della funzione cui l'*astreinte* risponde.

Diversamente da quanto accade nel processo civile, la penalità (o misura risarcitoria che sia), nel processo amministrativo non si applica soltanto alla inesecuzione o ritardata esecuzione degli obblighi, giudizialmente accertati, di fare infungibile o di non fare (54), ma ha un ambito di applicazione esteso a tutte le sentenze di condanna.

Inoltre, ancora in difformità dal c.p.c., è comminata in sede di ottemperanza, ossia in fase esecutiva, e non in sede di cognizione. Si tratta di una misura di carattere generale, finalizzata, come afferma l'Adunanza plenaria, al rafforzamento del giudizio di ottemperanza; in linea con il principio di efficienza degli strumenti della tutela giurisdizionale.

In questa sede non serve aggiungere altro, dato che l'*astreinte* viene in esame solo in quanto costituisce un'ulteriore (ennesima) ipotesi di aggravamento del costo economico del processo; e non rileva, a questo fine, che essa riguardi solo l'amministrazione (e i soggetti ad essa equiparati) tenuta ad ottemperare e soggetta al giudizio di ottemperanza (55): anche l'amministrazione è parte nel giudizio amministrativo, e anche per lei si pone il problema della considerazione del costo del processo.

La disposizione del c.p.a. non fissa in nessun modo (nemmeno indiretto) i criteri per la determinazione dell'ammontare della penalità (o del risarcimento): il giudice dell'ottemperanza è completamente libero nella determinazione della somma, che si aggiunge alle spese del giudizio. Ed è ovvio che, per essere efficace come misura di coazione indiretta, la somma non può essere di bassa entità.

Cosicché l'*astreinte* finisce per giocare un ruolo non marginale nella ricostruzione del costo complessivo del processo dinanzi al giudice amministrativo.

13. Si tratta ora di trarre le conclusioni dalla esposizione fatta.

I costi del processo amministrativo possono dividersi in necessari (il contributo unificato), normali (le spese di giudizio, dato che possono essere compensate) ed eventuali (spese aggravate, sanzione pecuniaria, *astreinte*).

L'aumento rapido, e negli ultimi anni costante, del contributo unificato, fa pensare che la finalità perseguita dal legislatore sia di ordine (esclusivamente o prevalentemente) finanziario; ed a questa conclusione conduce anche la considerazione della fonte degli aumenti, ossia leggi di carattere finanziario.

La moltiplicazione delle voci di costo eventuale, avutasi nei pochi anni trascorsi dall'approvazione del c.p.a., rende manifesto che l'indirizzo legislativo e l'orientamento di parte della giurisprudenza amministrativa tendono ad ampliare il rischio economico dell'intrapresa di azioni giudiziarie; rischio che può aumentare in modo esponenziale, ove i presupposti per l'applicazione della sanzione pecuniaria siano valutati con eccessiva larghezza dal giudice amministrativo; il quale sembra affascinato da una configurazione pervasiva e onnicomprensiva della figura dell'abuso del processo.

Ove si consideri, inoltre, che la parola d'ordine cui rispondono all'unisono legislatore e giudice è la necessità della deflazione del contenzioso, non può non considerarsi che il costo complessivo del processo viene concepito ed utilizzato allo scopo di scoraggiare il ricorso al giudice amministrativo; pertanto non è fuori luogo ipotizzare che esso costituisca un reale ostacolo all'accesso alla giustizia.

D'altronde è difficile considerare il ventaglio dei costi, soprattutto dei costi eventuali, come misure per migliorare l'efficienza del processo: l'impressione è che tali costi vengano intesi piuttosto come misure per facilitare il lavoro del giudice, che è una finalità sicuramente legittima ma diversa dall'efficientamento del processo.

Si deve aggiungere che la particolare severità dei costi economici, necessari ed eventuali, previsti per le controversie in materia di appalti pubblici si spiegano solo come misure di politica giudiziaria, in quanto dirette, insieme alla riduzione dei termini per ricorrere e alla speciale disposizione sulla sinteticità degli atti processuali (56), a rendere più gravoso chiedere al giudice amministrativo di verificare la legittimità dei provvedimenti di aggiudicazione degli appalti.

Sembra che tale verifica si intenda concentrarla nella sola sede penale; ma si tratta di una visione miope (o di comodo), perché non sempre la illegittima ed ingiusta aggiudicazione si colora di riflessi penali.

In definitiva, l'attuale stato della disciplina dei costi del processo amministrativo non può non essere considerata come un serio ostacolo all'accesso alla giustizia; con tutte le conseguenze che possono derivarne sulla sua legittimità costituzionale, comunitaria e internazionale.

Note:
(*) Il lavoro è destinato agli Scritti in onore della prof.ssa Luisa Bassi.
(1) Originariamente il c.p.a. prevedeva esclusivamente una eventuale sanzione in caso di rigetto del'istanza di ricusazione (art. 18, co. 7) e le sanzioni alternative di cui all'art. 123.
(2) D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. La disciplina specifica per il processo amministrativo è stata introdotta con d.l. 4 luglio 2006, n. 223, significativamente intitolato “Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale”.
(3) Il codice del processo amministrativo (c.p.a.), com'è a tutti noto, è stato approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, ed è entrato in vigore il 16 settembre 2010.
(4) Esattamente 975 euro.
(5) Fino a 9000 euro.

(6) Art. 136 c.p.a.
(7) Art. 13, co. 6-bis.1., D.P.R. n. 115 del 2002.
(8) L'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata e del recapito fax, facilitando le comunicazioni, è da considerare vantaggiosa per il difensore: è irragionevole che la sua omissione sia sanzionata, per di più a carico della parte, che ne rimane totalmente estranea.
(9) Art. 13, co. 6-bis.1., D.P.R. n. 115 del 2002.
(10) Basti pensare all'art. 10-bis della legge sul procedimento ovvero all'abitudine dell'amministrazione di comunicare il provvedimento finale ma non gli atti del procedimento, talvolta anzi di comunicare il dispositivo ma non la motivazione.
(11) Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537. La connessione oggettiva sarebbe consentita: — "quando fra gli atti impugnati viene ravvisata quantomeno una connessione procedimentale di presupposizione giuridica o di carattere logico, in quanto i diversi atti incidono sulla medesima vicenda"; — "quando le domande cumulativamente avanzate si basino sugli stessi presupposti di fatto o di diritto e siano riconducibili nell'ambito del medesimo rapporto o di un'unica sequenza procedimentale".
(12) Nel caso di specie si trattava di quindici provvedimenti, tutti adottati dalla stessa amministrazione nei confronti della stessa società.
(13) La sentenza è ancora più esplicita: "il criterio basato sulla valutazione compiuta ex post dal giudice amministrativo in ordine alla possibilità di disporre la riunione dei ricorsi (oggi ex art. 70 c.p.a.), deve essere ripudiato perché non corrisponde alle finalità sottese al divieto di cumulo soggettivo".
(14) È significativo, a questo proposito, che gli aumenti sono previsti in leggi di carattere finanziario.
(15) È ben strano che la sentenza citata ritenga che la soluzione da essa accolta non contrasti con il principio di effettività della tutela, visto che costringe la parte privata a proporre molti ricorsi invece di uno solo.La pronuncia, a quanto risulta, è rimasta isolata: cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36; Id., 23 gennaio 2013, n. 356; Id., 21 gennaio 2013, n. 320.
(16) Giurisprudenza consolidata della Corte costituzionale: ved. da ultimo Corte cost. 6 dicembre 2002, n. 522.
(17) Ved., da ultimo, la Dir. 2007/66/CE, dell'11 dicembre 2007, spec. i considerando nn. 17 e 28.
(18) Va segnalato che il TRGA di Trento, con ord. 29 gennaio 2014, n. 23, molto ben motivata, ha rimesso alla Corte di giustizia europea, ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, la questione di violazione del diritto comunitario da parte della disciplina italiana del contributo unificato nel processo amministrativo.
(19) Il primo comma è stato dapprima modificato dal secondo decreto correttivo (d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160), che vi ha introdotto le parole "tenendo anche conto del rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'art. 3, comma 2"; e poi dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. nella l. 11 agosto 2014, n. 114, che vi ha aggiunto la seconda frase, relativa alle spese aggravate (che originariamente erano previste nel secondo comma).Il secondo comma è stato sostituito con il primo decreto correttivo (d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195); ed è stato poi modificato con il d.l. n. 90 del 2014, già citato.Per sottolineare il modo approssimativo in cui vengono effettuate le modifiche a testi legislativi che dovrebbero contenere disposizioni certe e chiare, va detto che, dopo la prima sostituzione e fino alla seconda modifica, era del tutto caduta la disposizione relativa alle spese aggravate.Né serve, a questo fine, rappresentare che, comunque, non si era determinata alcuna lacuna, dato che il primo comma richiamava (e continua a richiamare) la disciplina del codice di procedura civile: l'approssimazione del legislatore resta lo stesso.
(20) Altrettanto interessante è la genesi e l'evoluzione della disciplina sanzionatoria. La sanzione pecuniaria, introdotta originariamente per le controversie in materia di appalti pubblici (art. 4, co., 1, lett. ii), d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv. nella l. 12 luglio 2011, n. 106), è stata estesa ad ogni controversia dal secondo decreto correttivo. Con il d.l. n. 90 del 2014 la sanzione è stata fortemente aumentata nell'ammontare per le controversie in materia di appalti pubblici.
(21) Il giudizio sulla scarsa sinteticità non può essere dato sulla base di parametri astratti e di ordine formale; ma va parametrato con riferimento all'ampiezza della materia del contendere e alla complessità delle questioni da risolvere, in particolare delle questioni di fatto. Mi sembra, pertanto, incongruo che si voglia stabilire, in astratto, un numero di pagine (perché non il numero

dei caratteri, note e spazi inclusi!) da non superare.Per un esempio di condanna aggravata alle spese per violazione del dovere di sinteticità, si veda Cons. giust. amm. Sic., 19 aprile 2012, n. 395, che peraltro si basa sulla accertata e ingiustificata sproporzione degli atti difensivi.
(22) L'art. 96, co. 1, c.p.c., richiede la domanda di parte, e consente al giudice semplicemente di liquidare, "anche d'ufficio", la misura del risarcimento. La disposizione in esame sembra riflettere il terzo comma dell'art. 96 c.p.c., in ordine al quale il giudizio del giudice amministrativo è peraltro molto critico: "la norma sancita dall'art. 96, co. 3, risulta indeterminata nei suoi presupposti potendo essere comminata in ogni caso di condanna del soccombente alle spese processuali (ma questa criticità è invece assente nell'art. 26, co. 2, cit., che anzi consente la condanna solo in presenza di due ben individuate circostanze); generica nei criteri di liquidazione che potrebbero ritenersi disancorati da ogni parametro di riferimento; equivoca in ordine alla natura dello strumento; derogatoria rispetto al principio della domanda" (Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2011, n.3252).La versione originaria della disposizione utilizzava la formula: il giudice "può altresì condannare"; che non era, almeno espressamente, violativa del principio della domanda.
(23) Per esempi di condanna in caso di sentenza fondata su ragioni manifeste, si veda, oltre la sentenza citata nella nota che segue, Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2012, n. 1733.
(24) Anche perché la manifesta infondatezza dei motivi richiama da presso la sentenza fondata su ragioni manifeste. Come vedremo, i presupposti originariamente previsti per l'aggravamento delle spese vengono attualmente considerati dalla giurisprudenza (fortunatamente non ancora consolidata) come presupposti per l'irrogazione della sanzione pecuniaria.
(25) Inoltre, e non si tratta di una semplice boutade, non si comprende la ragione per la quale i motivi manifestamente infondati, che sono i più semplici da esaminare da parte del giudice, debbano dar luogo a maggiori spese.
(26) L'art. 41 d.l. n. 90 del 2014, già citato, si è limitato ad aggiungere il secondo periodo, e non è intervenuto sul primo periodo del secondo comma dell'art. 26.
(27) Art. 44 l. 18 giugno 2009, n. 69.
(28) Fissato in modo molto articolato nel co. 2, lett. b) dell'art. 44.
(29) Indicati nel comma 1 del medesimo articolo.
(30) Co. 2, lett. a) dell'art. 44 citato.
(31) Essi sono: il ricorso a procedure telematiche, la razionalizzazione dei termini processuali, l'esercizio in forma monocratica delle funzioni istruttorie. A parte sta l'individuazione di misure per l'eliminazione dell'arretrato.
(32) N. Paolantonio, Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo, in giustamm.it, par. 6 (pubbl. il 24 ottobre 2014) espone altri profili di illegittimità costituzionale dell'art. 26, co. 2, c.p.a.
(33) Per essere poi riassegnato per il funzionamento del Consiglio di Stato e dei Tribunali regionali amministrativi (rt. 15 delle norme di attuazione del c.p.a.). La circostanza che il giudice commini la sanzione il cui gettito ritorna alla giustizia amministrativa non è di elevata eleganza, pur escludendo in modo assoluto che possa costituire uno stimolo per largheggiare nell'applicazione.
(34) Ovviamente nulla esclude che il giudice segnali in udienza alle parti che sussistono i presupposti per applicare la sanzione pecuniaria: ved., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210.
(35) Cons. Stato, Sez. V, 19 aprile 2012, n. 1436; cui adde Id., n. 3210 del 2013, appena citata.
(36) Cons. Stato, Sez. V, n. 3210 del 2013, già citata.
(37) Cons. Stato, Sez. V, n. 656 del 2012, già citata.
(38) Cass., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, citata da Cons. Stato, Sez. V, n. 656 del 2012. La citazione prosegue: l'abuso del diritto "è 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".
(39) Cons. Stato, Sez. V, n. 656 del 2012.
(40) In questo la giurisprudenza amministrativa sembra orientata in modo più rigoroso, forse troppo rigoroso, rispetto alla giurisprudenza civile.
(41) Non richiamo la sent. Cons. Stato, Ad. Plen., 2011, n. 3, dato che ho espresso chiaramente in mio dissenso in Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento

amministrativo, in Corr. giur., 2011, 988 ss., spec. par. 10.
(42) Cons. Stato, Sez. V, n. 656 del 2012.
(43) Con puntuale riferimento alla sentenza citata nel testo, cfr., nel senso indicato, C. Consolo, Note necessariamente divaganti quanto all'« abuso sanzionabile del processo » e all'« abuso del diritto come argomento », in Dir. proc. civ., 2012, 1293; e, per la dottrina amministrativistica, N. Paolantonio, Linee evolutive, cit., par. 4, il quale ritiene (a mio avviso, a ragione) che la sentenza sia criticabile perché, da un lato, "evoca la figura del giudicato implicito in presenza di un mezzo di impugnazione ad hoc", e, dall'altro, collega a torto il difetto di legittimazione ad impugnare al principio ire contra factum proprium.
(44) Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209. Anche in questa sentenza (breve) si richiama "il divieto generale di venire contra factum proprium".
(45) Non condividono la pronuncia nemmeno N. Paolantonio, Linee evolutive, cit., loc. cit., e F. Cortese, Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto, dal primo citato.
(46) Cons. Stato, Sez. V, n. 3210 del 2013, già citata; cui adde Id., 24 marzo 2014, n. 1436. In tal modo si eviterebbe, secondo entrambe le sentenze, "la beffa di norme processuali, prescrittive di oneri ed obblighi, ma minus quam perfectae, ovvero prive di sanzione".
(47) Le quali consapevolmente intendono riprodurre come presupposti della sanzione i sintomi che, nella originaria versione dell'art, 26, poteva dare luogo all'aggravamento delle spese. Ciò, nonostante che la relazione di accompagno al primo decreto correttivo (cui si deve l'introduzione della sanzione pecuniaria), come riportato dalle stesse sentenze, abbia aderito ai pareri espressi dalle competenti commissioni parlamentari di "non sanzionare le azioni volte a contestare orientamenti giurisprudenziali consolidati".
(48) Su cui si è già detto.
(49) A seguito della sent. Cass., S.U., 15 novembre 2007, n. 23726, sono proliferati i contributi dottrinali ed è stato anche celebrato un convegno dedicato al tema. Senza alcuna pretesa di completezza si vedano: M. Taruffo, L'abuso del processo: profili generali, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, 117 ss.; F. Cordopatri, L'abuso del processo nel diritto positivo italiano, in Riv. dir. proc., 2012, 874 ss.; M.F. Ghirga, Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto, ivi, 2012, 166 ss. Tutti questi Autori si erano già occupati nel passato dell'abuso del processo.
(50) C. Consolo, Note, cit., 1286, che mette in dubbio che l'abuso del processo possa raccordarsi all'abuso del diritto.
(51) G. Scarselli, Sul c.d. abuso del processo, in Riv. dir. proc., 2012, 1452. Anche M. Lipari, La nuova sanzione per "lite temeraria" nel decreto sviluppo e nel correttivo al codice del processo amministrativo: un istituto di dubbia utilità, in giustizia-amministrativa.it, pubbl. il 3 novembre 2011, mette in dubbio fin dal titolo, ma lo dimostra nel corpo del lavoro, la dubbia (e scarsa) utilità della sanzione per lite temeraria.
(52) Il giudice dell'ottemperanza, "salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato".
(53) Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 15, pubbl. sul Corr. giur., 2014, 1411 ss., con il mio commento Natura e funzione dell'astreinte nel processo amministrativo.
(54) Art. 614-bis, c.p.c.
(55) Un orientamento giurisprudenziale piuttosto corposo riteneva che il giudizio di ottemperanza, consentendo l'esecuzione da parte del giudice (o del suo commissario), rendesse superflua l'astreinte. Tale orientamento è stato respinto dall'Adunanza plenaria, la quale ha ritenuto che il modello surrogatorio della tutela esecutiva, nonostante la sua particolare efficacia, non escludesse di per sé la coazione indiretta alla esecuzione.
(56) Art. 120, co. 6, secondo periodo, c.p.a., aggiunto con d.l. n. 90 del 2014, conv. nella l. n. 114 del 2014. A proposito della determinazione in via autoritativa delle "dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi", va osservato che si tratta di una misura grezza, che può non raggiungere affatto, e può anzi ostacolare, il raggiungimento dell'obiettivo dello "spedito svolgimento del giudizio". Ciò che conta è che l'esposizione dei motivi di ricorso sia chiara e, da parte avversaria, sia altrettanto chiara l'esposizione delle ragioni che si oppongono al loro accoglimento. Si può aggiungere che, di norma, i giudizi in materia di appalti comportano l'esame di numerosi documenti, talvolta difficili da interpretare per il loro contenuto tecnico: le considerazioni svolte in

proposito dalle parti possono rendere più agevole il compito del giudice e consentire lo spedito svolgimento del processo. Ciò che va confutato è che la sinteticità degli atti vada intesa in senso meramente quantitativo, e che, intesa in questo modo, consenta sempre un più agevole e rapido svolgimento del giudizio. Gli atti processuali di parte devono essere redatti in modo da consentire al giudice di impadronirsi rapidamente e senza incertezze della materia del contendere; e questo non si concilia ncessariamente con la brevità degli atti.

Utente: ANTONIO ROMANO TASSONE
www.iusexplorer.it - 11.03.2015

© Copyright Giuffrè 2015. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156