

**Parere dell'Ufficio studi e massimario della giustizia amministrativa
sul quesito formulato dalle Sezioni unite civili della Corte di cassazione con
ordinanza 29 febbraio 2016, n. 3916**

1. La richiesta di parere.

1.1. Con ordinanza 29 febbraio 2016, n. 3916 le Sezioni Unite Civili della Corte di cassazione hanno chiesto al proprio Ufficio del Massimario una relazione di approfondimento sulla questione relativa alla possibilità che l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sia sollevata, in sede di gravame, dalla stessa parte che ha proposto la domanda introduttiva del giudizio di primo grado all'esito del quale sia rimasto soccombente nel merito.

Il quesito origina da una vicenda processuale che, introdotta in primo grado davanti al Tribunale regionale di giustizia amministrativa per il Trentino Alto-Adige, Sezione di Bolzano, aveva visto il ricorrente, soccombente nel merito, lamentare pregiudizialmente in appello il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da lui stesso adito.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza del 7 febbraio 2014, n. 585, aveva respinto l'appello e, *in limine*, il motivo processuale, richiamando l'orientamento «*secondo cui integra un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione*».

Il soccombente ha quindi fatto ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione lamentando la violazione dell'art. 360, primo comma, n. 1), c.p.c. per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, nonché l'insufficienza, la contraddittorietà e l'illogicità della motivazione.

Le Sezioni Unite, registrata l'esistenza di un proprio diverso orientamento, nonché la circostanza che, solo di recente, «*ci si è indirizzati verso la ricerca di cause di giustificazione del "ripensamento"*», hanno ritenuto di investire il proprio Ufficio del Massimario della redazione di una relazione che verifichi la tenuta degli orientamenti emersi alla luce di un complesso di principi e categorie generali concorrenti, quali quelli del giudice naturale precostituito per legge, del divieto di abuso del processo e di *venire contra factum proprium*, dell'autoresponsabilità e della parità delle parti.

Il Primo Presidente della Corte di cassazione, con lettera al Presidente del Consiglio di Stato, ha chiesto di acquisire anche l'avviso dell'Ufficio studi del Consiglio di Stato.

1.2. È opportuno precisare che il parere è reso con riferimento precipuo agli indirizzi giurisprudenziali di questo Consiglio di Stato, ovviamente anche in relazione agli orientamenti della Corte di cassazione. I riferimenti alla dottrina, invece, sono limitati a quelli strettamente collegati, in senso critico o adesivo, alla specifiche posizioni assunte con riferimento agli orientamenti giurisprudenziali.

2. Inquadramento della questione rispetto al parametro del “motivo attinente alla giurisdizione” ai sensi dell’art. 111, ottavo comma, della Costituzione.

2.1. Le Sezioni Unite, investite del ricorso avverso la sentenza n. 585/2014 del Consiglio di Stato, nel compiere un esame del proprio orientamento tradizionale, evocano una pronuncia resa «*in una vicenda sovrapponibile a quella in esame*» (Sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26129), nella quale l’eccezione di difetto di giurisdizione era stata sollevata per la prima volta innanzi al Consiglio di Stato dalla parte, soccombente nel merito, che aveva adito inizialmente il giudice amministrativo. Richiamano poi due precedenti (Sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097 e 27 luglio 2011, n. 16391) nei quali, invece, questa eccezione era stata formulata, sempre dalla parte che aveva a suo tempo impiantato il giudizio innanzi al giudice amministrativo, per la prima volta col ricorso per cassazione.

In tutti e tre i casi evocati le Sezioni Unite non hanno affrontato *ex professo* la questione della riconducibilità del motivo pregiudiziale entro il perimetro dell’art. 111, ottavo comma, Cost., né tale questione emerge oggi in chiave problematica dall’ordinanza del 2016 di richiesta di relazione all’Ufficio del Massimario.

Tuttavia, un esame compiuto del tema devoluto all’esame sistematico di questo Ufficio non può prescindere da una ricognizione dello stato di evoluzione giurisprudenziale nell’individuazione del c.d. limite esterno della giurisdizione amministrativa, ovviamente rapportato alla specifica vicenda sottoposta all’esame delle Sezioni Unite. L’Ufficio ritiene utile affrontare questa problematica, tenendo conto dell’art. 110 CPA, che disciplina, appunto, il ricorso per cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato, all’interno della specifica fonte di disciplina del giudizio amministrativo.

E’ noto come una progressiva evoluzione del concetto di giurisdizione si sia andata affermando nella giurisprudenza della Corte regolatrice, con conseguente mutamento della

fisionomia, quale originariamente delineata, del giudizio sulla giurisdizione a essa devoluto dalla Costituzione.

In particolare, il punto di approdo definitorio di questo percorso è ravvisabile in un nuovo concetto di “motivo inerente alla giurisdizione” non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l’ordinamento è dotato, ma orientato alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l’ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l’effettività dell’ordinamento (*ab imis* Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254 sulla c.d. pregiudiziale amministrativa).

Pertanto, riassuntivamente la Corte regolatrice ha chiarito (cfr., *ex multis*, 4 febbraio 2014, n. 2403) che detti motivi vanno, di volta in volta, identificati: a) nell’ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l’ambito della giurisdizione in generale (come quando abbia esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa); b) al contrario, quando abbia negato la giurisdizione sull’erroneo presupposto che la domanda non potesse formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale); c) nell’ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (ipotesi, questa, che ricorre quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell’erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito).

Rimane invece precluso alla Sezioni Unite l’esame del ricorso col quale è denunciato un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, vizio che, attenendo all’esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, non può essere dedotto innanzi alla Corte regolatrice (Sez. un., 29 aprile 2005, n. 8882; Sez. un., 29 marzo 2013, n. 7929; Sez. un., 12 dicembre 2013, n. 27847).

Più chiaramente, tentando un’astrazione da un complesso reticolo di pronunce succedutesi nel tempo, viene più volte ripreso il concetto, scolpito proprio da Sez. un. n. 30254/2008, per cui «rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l’operazione che consiste nell’interpretare la norma attributiva di tutela, onde

verificare se il giudice amministrativo la eroghi concretamente, per poi giungere alla conclusione che, proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, "è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento": ciò in quanto l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica, presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza, sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, spettando, in linea di principio, al titolare dell'interesse sostanziale leso, nel caso in cui alla tutela risarcitoria si aggiunga altra forma di tutela, scegliere a quale far ricorso al fine di ottenere ristoro al pregiudizio subito» (Sez. un., n. 2403/2014).

E, tuttavia, proprio quest'ultima pronuncia, se da tanto trae astrattamente la conseguenza che *«poiché (...) ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che segnano il confine entro il quale è ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, si deve tenere conto del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., la abbia concretamente erogata rispettandone il contenuto essenziale (Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19048; Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013)»*, conclude tuttavia che *«il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi inerenti alla giurisdizione soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, oppure nei casi, estremi, nei quali l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non quando si prospettino come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionale meri errori in iudicando o in procedendo (Sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1853; Sez. un., 12 marzo 2012, n. 3854; Sez. un., 8 febbraio 2013, n. 3037; Sez. un., 24 luglio 2013, n. 17933; Sez. un., 9 settembre 2013, n. 20590; Sez. un., 16 gennaio 2014, n. 774; Sez. un., 27 gennaio 2014, n. 1518)»*.

2.2. In sostanza, ricorre nella giurisprudenza della Corte regolatrice l'idea che, *«quanto al sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione (ex art. 362 c.p.c., comma 1), è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia, e non già nel caso (...) di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge»* (Sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428; Sez. un., 30 ottobre 2013, n. 24468).

In primo luogo, pertanto, non viene in rilievo un motivo inerente alla giurisdizione ogni volta che si prospettano come omissione o diniego dell'esercizio del potere giurisdizionale *errores in iudicando* o *in procedendo*, i quali attengono alla correttezza del concreto esercizio di quelle attribuzioni (così – richiamando Sez. un., 25 novembre 1987, n. 8741, n. 456144, Sez. un., 5 giugno 1998, n. 525, Sez. un., 6 luglio 2005, n. 14211, Sez. un., 31 gennaio 2008, n. 2285 – Sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1853 in un vicenda nella quale il ricorrente lamentava l'omesso esame da parte del Consiglio di Stato della pronuncia di risarcimento del danno contenuta nella sentenza del Tar insieme all'accoglimento del ricorso, rispetto alla quale il Consiglio aveva dichiarato improcedibile il ricorso, perché proposto avverso un parere ormai travolto senza valutare che la stessa sentenza conteneva anche la condanna di risarcimento del danno). Inoltre, emerge come ricorrente il principio per cui *«l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia, ma la tutela negata si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori, di giudizio o processuali, che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771)»* (n. 2403/2014).

Idea ripresa in una coeva pronuncia la quale, nel caso di impugnazione di una sentenza con la quale il Consiglio di Stato non aveva concesso alla parte istante un termine per la presentazione della querela di falso innanzi al tribunale ordinario competente, ritenendo (ai sensi dell'art. 77, comma 2, c.p.a.) che la controversia devoluta al proprio esame potesse essere decisa indipendentemente dal documento del quale sia stata dedotta la falsità, aveva chiarito che l'errore ipotizzato dal ricorrente *«rimane confinato nell'ambito delle regole del processo amministrativo e degli eventuali errores in procedendo che non*

ridondano in possibili vizi di giurisdizione, appartenendo all'area del sindacabile "rifiuto" della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela da parte del giudice amministrativo che si radichi nell'affermazione della esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda» (Sez. un., 7 aprile 2014, n. 8056).

Sembra dunque potersi trarre una prima conclusione di sintesi nella ricerca del labile e non sempre univoco¹ confine tra *errores in procedendo* e motivi attinenti alla giurisdizione, quale spartiacque tra questioni sottratte ovvero devolute al sindacato *ex art. 111*, ottavo comma, Cost. delle Sezioni Unite.

L'*error in procedendo*, secondo le Sezioni Unite, sconfina nel vizio di giurisdizione solo quando il diniego di tutela consegua all'affermazione di un ostacolo alla conoscibilità della domanda che sia generale, e dunque non meramente ristretto al caso particolare devoluto alla cognizione del g.a., nonché aprioristico e, cioè, concreti un'ipotesi "*estrema*" nella quale l'errore derivi dallo stravolgimento (le Sezioni unite usano molto appropriatamente le categorie della decisione «*anomala*» o «*abnorme*») radicale delle norme di riferimento.

La puntualizzazione assume dunque il cruciale ruolo di un principio che, regolando i confini del c.d. eccesso di potere giurisdizionale, assicura ad un tempo la necessaria sopravvivenza delle categorie degli *errores in procedendo* e *in iudicando*, altrimenti travolte da un sindacato onnicomprensivo difficilmente conciliabile con la previsione di limite costituzionale.

Precisato asetticamente questo fondamentale punto di riferimento, l'indagine può essere allora stretta attorno alla questione devoluta dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 3916 del 2016, cominciando col considerare che la proponibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione, in sede di gravame, ad opera della stessa parte che ha proposto la domanda

¹ Cfr.. R. VACCARELLA, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, 26 marzo 2012, in www.judicium.it il quale significativamente considera «*del tutto evidente che, riservandosi il potere di valutare la fondatezza di un motivo inerente la giurisdizione tenendo conto dell'eventualità che si sia formato, o non si sia formato, un giudicato implicito sulla giurisdizione, le Sezioni Unite si occupano del "merito" della questione di giurisdizione solo dopo aver ripercorso l'intero procedimento svoltosi davanti al giudice amministrativo: e si occupano del procedimento con la piena consapevolezza (esemplare l'analisi della questione, da ultimo, di Cass. n. 23306 del 2011) che in tal modo – affermando che «alla questione della giurisdizione attiene anche il sistema delle disposizioni che disciplinano il rilievo della medesima questione e l'irreversibilità della relativa decisione» – si valica il confine degli errores in procedendo (cfr. Cass. n. 5468 del 2009: l'erronea valutazione da parte del Consiglio di Stato in ordine alla formazione del giudicato interno riguarda la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale ed è estranea al controllo dei limiti esterni della giurisdizione affidato alla Corte)*».

introduttiva del giudizio di primo grado all'esito del quale sia rimasta soccombente nel merito, non pone in via diretta un problema di diniego ovvero di sconfinamento della giurisdizione del giudice amministrativo.

In essa, infatti, la giurisdizione costituisce in via immediata soltanto il contenuto dell'eccezione sottoposta alla valutazione di ammissibilità del Giudice amministrativo, appuntandosi piuttosto la problematicità della questione unicamente sull'esistenza, all'interno del sistema processuale amministrativo, di una preclusione alla formulazione della stessa da parte di chi abbia adito la giurisdizione successivamente dubitata.

La sostanza giurisdizionale dell'eccezione, in questo caso, va allora interamente apprezzata sul complesso piano del modo in cui il Giudice amministrativo esercita il proprio potere giurisdizionale, alla stregua del più volte richiamato principio di effettività della tutela e nella consapevolezza che, nell'ipotesi in esame, non è mancato l'esame della richiesta di tutela articolata nell'ambito della giurisdizione speciale il quale, anzi, si è ampiamente svolto e si è concluso attraverso un processo decisorio chiaramente esposto nella motivazione della sentenza impugnata innanzi alla Corte regolatrice.

La decisione del giudice amministrativo si iscrive inoltre, apertamente, entro un arato filone interpretativo connotato – per quanto si dirà nel prosieguo di questo parere – da pronunce non sempre univoche le quali, con un incessante e progressivo dialogo con la dottrina e la giurisprudenza della Corte regolatrice, hanno preso di volta in volta in esame i variegati e complessi aspetti del problema pregiudiziale, condizionato da un sottile equilibrio tra principi di pari rango.

In definitiva questa, come le altre pronunce del Consiglio di Stato sul tema, costituisce il punto di caduta di una complessa opera interpretativa che, attraverso un non ancora definitivamente assestato quadro di riferimento costituito da norme e principi processuali, attinti fin dal livello costituzionale, ha prodotto, entro l'area di esercizio della giurisdizione amministrativa, un risultato ermeneutico in funzione della prevalenza di principi posti a presidio della ragionevole durata del processo e dell'autoresponsabilità, declinati in vario modo nel processo amministrativo come in quello civile.

La riflessione avviata oggi dalle Sezioni Unite è, in fin dei conti, il più forte attestato della complessità della questione che, non a caso, è stata fin qui connotata da alterne fortune giurisprudenziali.

Queste premesse potrebbero allora indurre a considerare precluso l'esercizio del sindacato delle Sezioni Unite le quali efficacemente, in occasione del *revirement* dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 sull'ordine di esame del ricorso incidentale escludente e pur esprimendo dubbi in ordine alla tenuta sistematica della soluzione prescelta dal massimo Organo della giustizia amministrativa, avevano concluso che *«si tratta, però, di considerazioni che non bastano a giustificare la cassazione della decisione impugnata, in quanto la stessa non ha costituito la conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma del richiamo di norme e principi processuali che, peraltro, erano stati in precedenza diversamente interpretati, conducendo al risultato di ristabilire il dovuto ordine delle cose attraverso l'esame di entrambe le censure incrociate. Tale già sperimentata praticabilità di una diversa conclusione aumenta per un verso i dubbi (dato che a fronte di due letture alternative, il giudice dovrebbe privilegiare quella che assicura e non quella che ostacola la somministrazione della tutela e la piena attuazione della legge), ma dall'altro conferma che ciò di cui si discute è la bontà o meno di una nuova interpretazione e, dunque, di un possibile errore di diritto che non può formare oggetto di doglianza in questa sede»* (Sez. un., 21 giugno 2012, n. 10294).

2.3. Ad integrazione delle considerazioni fin qui svolte, l'Ufficio ritiene utile evidenziare un altro aspetto particolare. I limiti del sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato che negano l'ammissibilità dell'appello proposto dall'originario ricorrente soccombente nel merito, per eccepire il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, dovrebbero atteggiarsi in modo diverso in funzione del percorso argomentativo svolto dalle decisioni impugnate in cassazione.

Le pronunce incentrate sulla lettura dell'art. 9 del CPA e sulla applicazione delle regole puntuali in tema di legittimazione e interesse all'appello attengono, in modo più evidente e chiaro, alla interpretazione della disciplina processuale riservata al giudice amministrativo.

Di contro, la decisioni basate sulla applicazione del principio generale dell'"abuso del processo" potrebbero porre in rilievo il tema dell'eventuale "diniego" di giustizia, soggetto ad un sindacato più intenso della Cassazione.

Quale che sia la soluzione adottata dalla Corte regolatrice in ordine alla riconducibilità della questione al sindacato ex articolo 111, è innegabile nondimeno che sia

indispensabile assicurare convergenza delle soluzioni giurisprudenziali su di un tema che investe l'esercizio sia della giurisdizione ordinaria sia della giurisdizione amministrativa.

3. Gli indirizzi del Consiglio di Stato nel periodo anteriore all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo. La rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione anche in grado di appello e i poteri dell'originario ricorrente.

3.1. I più recenti indirizzi interpretativi del Consiglio di Stato si sono attestati, in modo nettamente prevalente, nel senso di escludere l'ammissibilità del motivo di appello con cui l'originario ricorrente, soccombente nel merito, deduce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da lui stesso adito.

La giurisprudenza amministrativa è pervenuta a tali innovative conclusioni all'esito di un percorso ermeneutico complesso, il cui spartiacque storico fondamentale è rappresentato dall'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo (16 settembre 2010).

Nella fase temporale precedente, la questione della deducibilità in appello del difetto di giurisdizione amministrativa da parte dell'originario ricorrente, soccombente nel merito, è costantemente risolta nel senso della piena ammissibilità del mezzo di gravame.

A tale conclusione il Consiglio di Stato perviene sulla base di diversi argomenti sistematici. Il primo, spesso determinante, si fonda sulla tradizionale tesi secondo cui la questione del difetto di giurisdizione è sempre rilevabile d'ufficio, anche in grado di appello, indipendentemente dalla circostanza che la sentenza del TAR abbia affrontato il tema in modo espresso.

La seconda giustificazione si basa sulla esegesi della previsione contenuta nell'art. 30 della legge n. 1034/1971, coordinata con l'art. 37 cpc: in questa prospettiva le due disposizioni indicano la necessità di verificare, anche in grado di appello, la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo. Nello stesso senso, è richiamata anche la stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, orientata ad ammettere il rilievo della questione di giurisdizione in ogni stato e grado del giudizio.

Sullo sfondo di tale orientamento, poi, si pone la convinzione secondo cui il Consiglio di Stato deve svolgere con pienezza la propria funzione nomofilattica, garantendo la corretta delimitazione dell'ambito di cognizione attribuito al giudice amministrativo,

evitando sconfinamenti negli ambiti attribuiti dalla legge alla giurisdizione ordinaria o alle giurisdizioni speciali.

3.2. L'affermazione più compiuta e articolata del principio della rilevanza di ufficio del difetto di giurisdizione anche in grado di appello è svolta dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 42/1980. Secondo la pronuncia (che risolve il precedente contrasto interpretativo), occorre valorizzare il dato testuale dell'art. 37 cpc e dell'art. 30 della legge TAR. La questione di giurisdizione ha valenza di ordine pubblico, anche in funzione del rispetto del principio del giudice naturale ed è sottratta alla disponibilità delle parti, nel quadro di un ordinamento che, all'epoca, enfatizza la separazione della giurisdizione amministrativa da quella ordinaria.

Nella decisione del 1980 non emerge in alcun modo il tema specifico della deducibilità del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte dell'originario ricorrente soccombente nel merito dinanzi al TAR. Ma i corollari della tesi affermata dalla Plenaria sono ovvii: poiché la questione è sempre rilevabile d'ufficio, ogni parte, compresa quella originariamente ricorrente dinanzi al TAR, può sollevarla, anche in secondo grado, senza necessità di appello. Evidentemente, in questo quadro, l'originario ricorrente risulta titolare del più ampio potere di impugnare la decisione del TAR, anche al solo fine della pronuncia del difetto di giurisdizione.

Tuttavia, nell'esperienza pratica, la questione specifica della deducibilità del difetto di giurisdizione con atto di appello proposto dal ricorrente in primo grado non sembra formare oggetto, inizialmente, di particolare attenzione da parte della successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Le ragioni potrebbero essere essenzialmente due. Anzitutto, una volta riconosciuto che il difetto di giurisdizione va esaminato d'ufficio, anche su semplice sollecitazione delle parti, senza alcun onere di impugnazione, risulta manifesta la superfluità dell'appello dell'originario ricorrente sul punto del difetto di giurisdizione. Nella prassi concreta accade semmai che tale parte appelli nel merito la sentenza sfavorevole e, nel corso del giudizio prospetti la possibile carenza di giurisdizione del giudice amministrativo. In tale contesto, quindi, il Consiglio di Stato, è solo sporadicamente investito del problema della legittimazione all'appello, comunque assorbito, senza necessità di approfondimento, dalla indiscussa rilevanza di ufficio della questione di giurisdizione.

In secondo luogo, si deve evidenziare che, nel periodo considerato, lo stesso “interesse pratico” del ricorrente originario, soccombente nel merito, a dedurre il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo risulta fortemente attenuato. Al riguardo, è sufficiente osservare che, prima della introduzione della nuova disciplina della *translatio*, il riconoscimento del difetto di giurisdizione del GA comportava la pronuncia di inammissibilità della domanda (senza salvezza degli effetti sostanziali e processuali della proposta domanda) e, quindi, determinava un esito generalmente sfavorevole, in mancanza della effettiva possibilità di adire il giudice munito di giurisdizione. In definitiva, l’interesse pratico dell’originario ricorrente ad ottenere una pronuncia meramente processuale, in luogo di un giudicato sfavorevole nel merito, appariva molto circoscritto. Va però rilevato che, in linea astratta, anche in assenza di meccanismi di *translatio*, l’interesse alla declaratoria di difetto di giurisdizione, in luogo della pronuncia di merito, potrebbe comunque residuare, in relazione ai possibili contenuti accertativi e conformativi della sentenza di rigetto, in questo senso sempre “più sfavorevole” della pronuncia di mero rito.

3.3. Tra i rari precedenti che affrontano specificamente il tema dell’ammissibilità dell’appello con cui l’originario ricorrente soccombente nel merito deduce il difetto di giurisdizione amministrativa, si evidenzia, comunque, la decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 999. La pronuncia afferma che la statuizione del giudice di primo grado sulla giurisdizione è riesaminabile in appello, allorché la relativa questione sia stata sollevata in termini, e ciò a prescindere dall’aver l’appellante prescelto col ricorso di primo grado il giudice che poi contesta, posto che tale deduzione riflette una *contraddittorietà logica* non incompatibile con la sussistenza dell’*interesse ad appellare*, essendo comunque idoneo il motivo così dedotto ad ovviare alla soccombenza derivante dalla decisione appellata.

La pronuncia riconosce, quindi, il requisito dell’interesse dall’impugnazione, non senza manifestare la problematicità della questione in relazione alla contraddittorietà “logica” della condotta processuale dell’originario ricorrente.

3.4. Solo a distanza di qualche anno dalla Plenaria del 1980, su sollecitazione anche dei nuovi indirizzi della Cassazione, si registra la progressiva emersione di un nuovo contrasto in ordine alla rilevabilità d’ufficio del difetto di giurisdizione in grado di appello. In particolare, in seno al Consiglio di Stato, si manifestano tre divergenti filoni interpretativi:

I) la sempre più rara conferma dell'indirizzo dell'Adunanza Plenaria n. 42/1980;

II) la tesi secondo cui il giudice di appello non può rilevare il difetto di giurisdizione amministrativa, per effetto della preclusione derivante dal giudicato, *anche implicito*, sulla giurisdizione, conseguente alla mancata impugnazione, sul punto, della sentenza del TAR;

III) la tesi "intermedia", secondo la quale solo il giudicato esplicito preclude la rilevabilità d'ufficio in appello.

3.5. Il contrasto è risolto dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2005, sollecitata da una complessa ordinanza di rinvio del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana (n. 210/2005), che articola una problematica più ampia, relativa anche al tema autonomo della rilevabilità d'ufficio, in grado di appello, del "*difetto di giurisdizione sopravvenuto*", derivante dal mutamento della normativa o dalla dichiarazione di incostituzionalità delle disposizioni attributive della giurisdizione.

La pronuncia della Plenaria afferma l'adesione motivata all'indirizzo "intermedio", secondo cui solo la decisione esplicita sulla giurisdizione è suscettibile di passaggio in giudicato, e, dunque, preclude la verifica di ufficio del difetto di giurisdizione in grado di appello. La ragione principale del nuovo orientamento del Consiglio di Stato poggia sull'asserita necessità di valorizzare lo svolgimento del processo in primo grado e l'intervenuta valutazione della questione di giurisdizione da parte del TAR.

Secondo l'Adunanza plenaria, la lettura coordinata del primo comma dell' art. 30 della legge n. 1034 del 1971, che dispone la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione, e del secondo comma dello stesso articolo, secondo il quale "avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato" conduce a ritenere che nel caso di statuizione espressa, il giudice di appello può conoscere della questione di giurisdizione solo in presenza di apposito gravame. Nel caso, invece, di statuizione implicita non si applicherebbe il secondo comma dell'art. 30 e pertanto il giudice di appello potrebbe verificare la sussistenza della giurisdizione anche in assenza di specifica impugnazione;

In particolare, secondo la pronuncia, la regola del primo comma dell' art. 30 della legge n. 1034 del 1971 in ordine alla rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo va posta in rapporto con il secondo comma dello stesso

articolo, secondo il quale «*avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato*».

Nemmeno la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 4/2005 affronta espressamente il tema della deducibilità in appello della questione di giurisdizione da parte dell'originario ricorrente, soccombente nel merito dinanzi al TAR. Evidentemente, muovendo dalle premesse del nuovo indirizzo affermatosi nel 2005, nel caso di decisione del TAR “*implicita*” sulla giurisdizione, desumibile dal rigetto nel merito della domanda, anche l'originario ricorrente potrà dedurre sempre la questione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo dinanzi al Consiglio di Stato, senza necessità di proporre appello.

Nella ipotesi, invece, di una pronuncia esplicita che affermi la giurisdizione del TAR, è comunque palese la necessità di un appello sulla questione: ma, prima dell'entrata in vigore del codice, il Consiglio di Stato solo raramente affronta *funditus* il problema della legittimazione e dell'interesse all'appello sul motivo del difetto di giurisdizione amministrativa da parte del ricorrente rimasto soccombente nel merito.

3.6. Nella fase temporale considerata, peraltro, tutte le decisioni adottate sul punto affermano espressamente il principio secondo cui la statuizione del giudice di primo grado sulla giurisdizione è riesaminabile in appello allorché la relativa questione sia stata sollevata in termini, e ciò a prescindere dall'aver l'appellante prescelto con il ricorso di primo grado il giudice che poi contesta. Tale affermazione risulta analiticamente sostenuta dalla decisione della V Sezione 5 dicembre 2008, n. 6049.

È opportuno evidenziare che nel quinquennio compreso tra la Plenaria n. 5/2005 e l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo del 2010 emergono due dati sistematici fondamentali: da un lato si rafforza e consolida l'indirizzo delle Sezioni Unite della Cassazione in materia di giudicato implicito sulla giurisdizione (talvolta seguito da alcune decisioni del giudice amministrativo, come Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5454, e C.g.a.r.S., 17 agosto 2009, n. 650, la quale ha dichiarato inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata, per la prima volta in appello, con semplice memoria, dall'appellante, che non aveva ritualmente impugnato il “capo implicito” sulla giurisdizione della sentenza di primo grado, in dissenso dalla Plenaria n. 5/2005). Dall'altro lato si afferma la regola della *translatio iudicii* tra le giurisdizioni.

Entrambi i fattori influenzano profondamente l'evoluzione interpretativa del Consiglio di Stato. La citata pronuncia n. 6049/2008 tiene conto di questi aspetti, attraverso

una approfondita motivazione, la quale, è opportuno avvertire sin d'ora, non risulta confutata in modo analitico e completo dalla successiva giurisprudenza, incentrata prevalentemente, come si dirà *infra*, sulla teoria dell'abuso del processo.

La sentenza ritiene che in caso pronuncia del TAR di rigetto nel merito della domanda, il ricorrente è senz'altro legittimato a proporre appello, anche deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, perché sulla questione della giurisdizione non si può formare il giudicato implicito. Per arrivare a tale conclusione, la decisione contesta puntualmente l'opposta tesi affermata dalle Sezioni Unite della Cassazione. Ma, in termini più generali, la sentenza n. 6049/2008 ritiene che, anche in caso di statuizione espressa sulla giurisdizione, il ricorrente soccombente nel merito deve reputarsi legittimato a proporre appello deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Mentre la parte della motivazione incentrata sulla critica alla tesi del giudicato implicito è ora totalmente superata dalla formulazione dell'art. 9 CPA, gli altri argomenti enunciati dalla pronuncia richiedono un esame più accurato, specie nella parte in cui attribuiscono rilievo proprio alla nuova regola (inizialmente solo pretoria) della *translatio iudicii*.

La decisione n. 6049/2008 sottolinea, in primo luogo, il rilievo delle “numerosi ipotesi di soccombenza sostanziale acquisite dalla giurisprudenza fra cui si rinviene, per quanto qui interessa, quella che ravvisa l'interesse ad impugnare nei casi in cui l'attore, soccombente nel merito, abbia visto risolta in suo favore una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio, che, risolta diversamente, gli consentirebbe la riproposizione della domanda”. E la sentenza sottolinea che tale utilità è ora sancita proprio dal nuovo meccanismo processuale della *translatio iudicii*: “dall'eventuale accoglimento del pertinente motivo di gravame, discenderebbe l'annullamento, senza rinvio al Tar ex art. 34 l. n. 1034 del 1971, dell'impugnata sentenza per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la *translatio iudicii* davanti al giudice ordinario”.

In tal senso, si pone l'accento sul “margine di vantaggio oggettivo che poteva emergere se l'appello fosse stato accolto”. È opportuno sottolineare che il punto riguardante la soccombenza sostanziale quale fondamento della legittimazione all'appello del ricorrente soccombente nel merito dinanzi al TAR non forma oggetto di espressa attenzione nella successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato.

In un ulteriore passaggio, poi, la citata decisione del Consiglio di Stato afferma la sussistenza di “alcuni limiti invalicabili all’evoluzione in senso dispositivo della disciplina dei meccanismi di rilievo della giurisdizione (testimoniata dall’abrogazione dell’art. 2 c.p.c., in relazione al quale la stessa sentenza delle Sezioni unite invoca il fenomeno del c.d. *forum shopping*), intrinseci alla regola costituzionale del giudice naturale ed al principio generale dell’effetto devolutivo dell’appello.”

Si tratta di un argomento espresso in termini sintetici, ma certamente non trascurabile, considerando il riferimento ai concetti di “*giudice naturale*” e di “*indisponibilità*” della giurisdizione. Meritevole di approfondimento, poi, è la considerazione del rischio di una scelta arbitraria della giurisdizione secondo i criticabili meccanismi del “*forum shopping*”.

Da ultimo, la citata pronuncia del 2008 sottolinea l’“impossibilità di configurare, *praeter legem*, meccanismi preclusivi processuali che inibiscano nel corso del giudizio di primo grado la verifica officiosa della *potestas iudicandi* e conseguentemente in sede di gravame la proposizione del relativo mezzo (come dovrebbe ammettersi nel caso di specie qualora si riconoscesse l’effetto preclusivo dell’accettazione esplicita da parte del comune della giurisdizione amministrativa)”.

Le conclusioni indicate sono però radicalmente capovolte dalla successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, formatasi dopo l’entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo.

4. Il nuovo indirizzo interpretativo del Consiglio di Stato dopo l’entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

4.1. La tesi che esclude che l’originario ricorrente soccombente nel merito possa proporre appello per far valere il difetto di giurisdizione del giudice che egli stesso ha adito è stata recepita dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Il principio è stato per la prima volta affermato in un *obiter dictum* da una sentenza del 2011 (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537) nell’ambito di un giudizio in cui il difetto di giurisdizione era stato fatto valere in appello con semplice memoria (sebbene notificata).

Nel dichiarare inammissibile l’eccezione, la decisione in esame richiama, in primo

luogo, l'inidoneità dello strumento processuale utilizzato per farla valere: la memoria, anziché la formulazione di uno specifico motivo di appello come prescritto dall'art. 9 c.p.a. (ritenuto, *ratione temporis*, di immediata applicazione proprio perché norma diretta a disciplinare gli strumenti processuali).

A tale passaggio motivazionale, la sentenza aggiunge, uno specifico richiamo ai principi di correttezza e di affidamento, statuendo che *“l’eccezione medesima non pare più sollevabile dalla parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, poi, nel contesto dell’appello disconosce e contesta la giurisdizione. Ritenere il contrario, infatti, si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d’ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell’esito negativo della controversia”*.

Tale *obiter* viene successivamente valorizzato e sviluppato, divenendo *ratio decidendi*, da Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656, in un caso in cui l’eccezione di difetto di giurisdizione era stata fatta valere mediante la formulazione di uno specifico motivo di appello.

La sentenza si segnala in quanto contiene la più argomentata ed approfondita motivazione della tesi che non consente l’appello sulla giurisdizione al ricorrente di primo grado.

Ad essa si rifaranno, spesso limitandosi ad un sintetico richiamo del principio di diritto ivi enunciato, le successive sentenze del Consiglio di Stato che hanno poi dato continuità a tale indirizzo interpretativo. Nella sentenza n. 656 del 2012, l’inammissibilità del motivo di appello sulla giurisdizione formulato dall’originario ricorrente viene motivato essenzialmente sulla base del c.d. divieto di abuso del diritto, ovvero *“in funzione del principio generale che vieta, anche in sede processuale, ogni condotta integrante abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire contra factum proprium dettato da ragioni meramente opportunistiche”*.

Richiamando la giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di esercizio abusivo del diritto di recesso (Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106) e di frazionamento giudiziale del credito (Cass. Sez. Un. 15 novembre 2007, n. 23726), e richiamando altresì la sentenza dell’Adunanza plenaria n. 3 del 2011 sui rapporti tra

domanda di risarcimento ed azione di annullamento, il Consiglio di Stato individua i seguenti elementi costitutivi del divieto di abuso del diritto: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

La successiva estensione del divieto di abuso del diritto alla sede processuale avviene rinvenendone il fondamento costituzionale nel principio di solidarietà, e, quindi, considerandolo espressione di un principio generale in virtù del quale *“ogni soggetto di diritto non può esercitare un'azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte, sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo. Si giunge, così, all'elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa (conf. Cass., sez. I, 3 maggio 2010, n. 10634, che applica il principio del divieto di abuso del processo ai fini della liquidazione delle spese giudiziali; per un ancoraggio dell'abuso del processo, in correlazione agli artt. 24, 111 e 113 Cost. nonché ai principi del diritto europeo, si vedano gli articoli 88, 91, 94 e 96 del codice di rito civile e gli artt. 1, 2 e 26 del codice del processo amministrativo)”*.

4.2. Il divieto di abuso del processo, come ricostruito dalla sentenza n. 656 del 2012, ha rappresentato, nell'evoluzione giurisprudenziale successiva, il principale argomento utilizzato per motivare l'inammissibilità dell'eccezione di giurisdizione sollevata attraverso l'appello dalla stessa parte che aveva adito la giurisdizione.

Le successive sentenze del Consiglio di Stato che hanno affrontato il tema si sono limitate, nella maggior parte dei casi, a richiamare l'impianto motivazionale della sentenza n. 675 del 2012, senza ulteriormente approfondire la questione di cui si dibatte.

Nelle motivazioni al divieto abuso del processo si aggiunge, a volte, il richiamo al dovere di correttezza e di buona fede, dovere che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c. viene ritenuto applicabile non solo alle condotte sostanziali ma anche ai comportamenti processuali di esercizio del diritto.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, il dovere di correttezza e di buona fede non assume un'autonoma ed esplicita valenza motivazionale, ma viene ritenuto semplice corollario o sinonimo del principio dell'abuso del processo, di per sé già considerato espressione di un generale divieto di *venire contra factum proprium*².

² **Cons. Stato, sez. VI, 21 gennaio 2015, n. 221**: “Consentire alla parte che ha scelto in primo grado il giudice, di eccepire nel contesto dell'appello, a seconda dell'esito del giudizio di primo grado, di contestare la giurisdizione significherebbe avvallare un vero e proprio abuso del diritto, e piegare la strumentalità delle forme e il connesso ambito dell'azione a fini diversi da quelli per i quali sono riconosciuti dall'ordinamento, non diversamente da quanto accadeva per il regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 367 cod. proc. civ., prima che la legge 26 novembre 1990, n. 353 sopprimesse, al fine di evitarne un uso distorto e dilatorio, l'obbligo di sospensione del giudizio per effetto della sola presentazione del ricorso. Significherebbe, in ultima analisi, consentire un uso delle facoltà processuali in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione della successiva convenienza; **Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 1605**: “Ai sensi degli art. 74 e 88, comma 2, lett. d), c. proc. amm., è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado; tale regola processuale trova infatti fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire "contra factum proprium" dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), in cui si inserisce anche l'abuso del processo”; **Cons. Stato, sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778**: “Non è legittimata a sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione la parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, nel contesto dell'appello, poi disconosce e contesta la giurisdizione atteso che, ritenere il contrario, significherebbe porsi in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e, in caso di domanda proposta al giudice carente di giurisdizione non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia” **Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2015, n. 1855**: “In base al principio del divieto di abuso del processo, costituente espressione del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede, è inammissibile, nel giudizio di appello, il motivo d'impugnazione con il quale il ricorrente contesta la giurisdizione, da lui stesso adita in primo grado, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in palese contrasto con il divieto del venire contra factum proprium e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c.; integra infatti un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che aveva optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione”; **Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2015, n. 5484**: “Secondo l'orientamento ormai consolidato del Consiglio di Stato, dare ingresso a tale questione in questa fase del giudizio consentirebbe alla parte, che ha introdotto la domanda giudiziale scegliendo il giudice ritenuto titolare della giurisdizione, di sottrarsi a quell'onere di non contraddizione che si esprime nel divieto di venire contra factum proprium. In altre parole: una condotta di tal genere non può essere consentita, in quanto è evidentemente solo opportunistica e strumentale, contrasta con i canoni di lealtà e correttezza processuale e finisce per integrare un evidente abuso del processo (sul che si veda Cons. Stato., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3). Si aggiunga che - come pure è stato osservato - una simile condotta contraddice l'obbligo di cooperazione che l'art. 2, comma 2, c.p.a. pone al giudice e alle parti "per la realizzazione della ragionevole durata del processo". Infatti, l'obbligo ora detto impone di considerare irretrattabile la scelta dell'organizzazione giudiziaria adita, pena altrimenti l'inaccettabile conseguenza che, proprio grazie alla possibilità di riproporre la domanda davanti al giudice dotato di giurisdizione, la decisione nel merito subisca una dilazione solo in conseguenza del radicale mutamento di strategia processuale della parte, che neppure abbia ritenuto di avvalersi dello specifico strumento predisposto per dissipare i dubbi sulla titolarità della potestas iudicandi del giudice adito, rappresentato - come è noto - dal regolamento preventivo di giurisdizione ex art. c.p.a. e art. 41 c.p.c.”; **Cons. Stato, sez. VI, 29 febbraio 2016, n. 856**: “Ai sensi degli artt. 74 e 88 comma 2 lett. d), [D.Lgs. n. 104/2010](#) (CPA), è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado; tale regola processuale trova infatti fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire contra factum proprium dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali

Sono rari i precedenti nei quali l'inammissibilità dell'eccezione di giurisdizione viene argomentata a prescindere (o anche a prescindere) dal divieto di abuso del processo.

Fra questi si segnala, ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, in cui si rileva che la c.d. auto-eccezione di giurisdizione determina un andamento anomalo del processo: la parte, infatti, dopo aver adito il giudice ed aver svolto un grado di giudizio nel quale il contraddittorio si è concentrato nel merito, in presenza della pronuncia sfavorevole, contesta in appello la giurisdizione di quello stesso giudice. Nel caso di specie, peraltro, l'alterazione delle regole del processo viene ritenuta di particolare evidenza alla luce del fatto che la parte che eccepiva il difetto di giurisdizione intraprendeva parallelamente un giudizio dinanzi al giudice ordinario in relazione solo ad una parte della controversia, *“con l'effetto, in tesi, di frazionare quell'unità del giudizio sulla controversia che giurisprudenza e legislatore hanno voluto assicurare con l'istituto della translatio iudicii e con l'introduzione di un meccanismo di preclusioni per rilevare il difetto di giurisdizione”*.

4.3. Il recepimento da parte della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato della tesi contraria alla proponibilità in appello dell'eccezione di giurisdizione da parte del ricorrente di primo grado ha trovato una significativa eccezione nella sentenza della Quinta Sezione 9 marzo 2015, n. 1192.

La decisione in esame, richiamando sul punto il principio espresso dalle Sezioni Unite con la sentenza 19 giugno 2014, n. 13940, ha accolto una tesi intermedia, ritenendo che il divieto di abuso del processo non sia violato almeno nel caso in cui il “ripensamento” dell'originario ricorrente sia giustificato dall'esistenza di una situazione oggettiva di incertezza in ordine alla sussistenza della giurisdizione.

4.4. La breve rassegna di giurisprudenza appena richiamata consente di evidenziare come, almeno nell'ambito della giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni (a partire dalle sentenze che, negli anni 2011 e 2012, inaugurano la svolta rispetto al precedente indirizzo), la questione in oggetto sia stata affrontata valorizzando quasi esclusivamente il divieto di abuso del processo, a volte ritenuto sinonimo o corollario del

di esercizio del diritto) in cui si inserisce anche l'abuso del processo

più generale principio di buona fede e correttezza nell'esercizio del diritto, anche in sede processuale.

Più ricco appare, invece, il dibattito che, sullo stesso tema, ha interessato la dottrina processualistica, sia civile che amministrativa.

I principali contributi che si sono occupati del tema hanno richiamato, a sostegno delle rispettive tesi (favorevoli o contrarie all'ammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dallo stesso ricorrente di primo grado), argomenti ulteriori.

Si tratta, per un verso, di argomenti di sistema, legati all'operatività e al campo di applicazione di alcuni principi o clausole generali, quali, in particolare, oltre ai principi di buona fede e correttezza: a) il principio di autoreponsabilità; b) il principio della ragionevole durata del processo; c) il progressivo ridimensionamento della questione di giurisdizione, specie alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale in materia di giudicato implicito e di *translatio iudicii*.

Per altro verso, l'attenzione si è concentrata su più puntuali dati normativi, quali, in particolare, quelli ricavabili dall'art. 9 c.p.a. e dall'art. 157 c.p.c.

Sullo sfondo, vi è poi la questione legata alla corretta definizione dei concetti di soccombenza e di interesse all'appello, senz'altro rilevanti ai fini della corretta impostazione del tema in esame.

4.5. L'esame critico dei principali argomenti utilizzati per affermare o negare l'ammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dall'originario ricorrente richiede una premessa di metodo.

La premessa è imposta dalla constatazione che una delle principali critiche che viene mossa alla tesi che nega l'ammissibilità dell'eccezione di giurisdizione è quella di chi ritiene che tale tesi dia luogo, attraverso l'impropria valorizzazione di clausole generali o principi fondamentali, ad una sostanziale disapplicazione di puntuali previsioni normative.

Il riferimento è, in particolare, all'art. 9 c.p.a. il quale, se vieta al Consiglio di Stato di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, gli impone, invece, di farlo, se il difetto sussiste, quando la sentenza di primo grado è stata impugnata con specifico motivo che investe la giurisdizione.

Secondo la "critica" in esame, nel prevedere in capo al giudice d'appello tale obbligo di pronuncia, l'art. 9 c.p.a. non distinguerebbe fra le parti del processo: sicché, alla stregua

dell'art. 9, ogni parte (anche l'originario ricorrente) potrebbe impugnare la sentenza per difetto di giurisdizione³.

Il risultato perseguito dalla giurisprudenza sull'abuso del processo sarebbe allora quello di giungere alla disapplicazione di una norma puntuale di legge, in nome di un incerto principio generale.

Un risultato in contrasto con l'art. 12 della preleggi che, come è noto, consente al giudice decidere il caso secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico solo quando manca una precisa disposizione o una disposizione che regola casi simili o materie analoghe. E quindi gli vieta di fare applicazione di un principio in contrasto con una precisa disposizione⁴.

La critica in esame almeno in parte coglie nel segno, perché mette in luce un aspetto di debolezza nel metodo di ragionamento seguito dalla giurisprudenza sul c.d. abuso del processo.

Quella giurisprudenza parte, in effetti, da una clausola generale, ne dà per scontata l'applicazione anche al processo, e ne trae, come corollario operativo, l'inammissibilità del motivo di appello sulla giurisdizione da parte dell'originario ricorrente.

La clausola generale del divieto di abuso diventa, quindi, nell'apparato argomentativo di quella giurisprudenza, uno strumento concettuale utilizzato, se non per disapplicare, certamente per prescindere da una testuale analisi del dato normativo di riferimento.

Il punto di partenza deve, al contrario, essere il dato normativo. In particolare, l'insieme delle disposizioni di legge che disciplinano l'appello e, in particolare, l'appello sulla questione di giurisdizione.

Occorre verificare se tali disposizioni consentano di trarre una regola chiara nel senso dell'ammissibilità dell'appello ad opera di qualsiasi parte del processo di primo grado, senza dare rilevanza alla circostanza che a proporre l'appello sia proprio il soggetto che in primo grado ha scelto la giurisdizione di fronte alla quale esercitare l'azione.

Il divieto di abuso del processo o la clausola generale di buona fede (così come il riconoscimento costituzionale della "scarsità" della risorsa "giustizia" attraverso la

³ In questi termini cfr. in particolare CORSO, *Abuso del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 3. In senso analogo, Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, 616 e ss.; ID. *Spigolature in tema di abuso del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1262 e ss.; BACCARINI, *Giudizio amministrativo e abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1203 e ss.; VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Judicium*

⁴ In questi termini, cfr. ancora CORSO, *op. loc. ult. cit.*

formulazione del principio della ragionevole durata ex art. 111 Cost.) non potrebbero, infatti, portare alla negazione di uno strumento processuale se il legislatore tale strumento riconosca attraverso un'esplicita e puntuale previsione normativa.

Il primo interrogativo da porsi è, dunque, se nell'ordinamento vi sia realmente una disposizione puntuale che disciplini la questione controversa risolvendola inequivocabilmente nel senso dell'ammissibilità dell'appello, anche se proposto dall'originario ricorrente.

Se la risposta fosse positiva, si potrebbe al più sostenere che tale norma presenti dubbi di costituzionalità (seguendo l'impostazione che riconosce al divieto di abuso un preciso fondamento costituzionale), ma certamente il giudice non potrebbe procedere alla sua diretta disapplicazione, invocando a sostegno alcuni principi generali dell'ordinamento.

Se, invece, a questo primo interrogativo dovesse risponderci nel senso che tale puntuale previsione normativa in realtà manca, allora, riscontrando l'esistenza di una lacuna, o, comunque, di una disposizione legislativa suscettibile di diverse interpretazioni tutte compatibili con il suo tenore letterale, vi sarebbe spazio per un'interpretazione della norma che tenga conto dei principi costituzionali, dei principi generali dell'ordinamento e del sistema processuale nel suo complesso.

Il primo punto controverso non è, quindi, stabilire se il nostro ordinamento conosca un generale divieto di abuso del diritto e se, ed eventualmente a quali condizioni, tale divieto sia esportabile dalla sede sostanziale a quella processuale.

Il punto controverso da affrontare *in limine* è se esista una norma puntuale che risolva *per tabulas*, in maniera univoca, la questione in oggetto.

4.6. Tale norma, per chi ne ravvisa l'esistenza, sarebbe da rinvenire anzitutto nell'art. 9 c.p.a.

Appare utile riportare il testo della disposizione in esame: *“Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”*.

Da tale disposizione emerge in maniera chiara ed univoca che:

- sulla questione di giurisdizione si forma il giudicato interno, che copre non solo la statuizione esplicita, ma anche quella implicita sulla sussistenza della giurisdizione;
- il giudicato interno, anche implicito, esclude la rilevabilità d'ufficio del difetto di

giurisdizione nel giudizio di appello;

- la proposizione dell'appello con cui si contesta la sussistenza della giurisdizione esclude il giudicato interno.

Sulla questione concernente la legittimazione soggettiva a proporre l'appello volto a sostenere il difetto di giurisdizione la disposizione, tuttavia, non prende posizione in maniera esplicita.

Da un lato, è vero che l'art. 9 non esclude espressamente la legittimazione dell'originario ricorrente. Dall'altro, però, è altrettanto vero che non prevede espressamente neanche che l'appello sia proponibile da "ciascuna delle parti" (diversamente dall'art. 41 c.p.c. rispetto al regolamento di giurisdizione) del giudizio di primo grado, ivi compreso l'originario ricorrente.

Potrebbe soccorrere, a tal fine, l'art. 102 c.p.a., il quale, nel disciplinare la legittimazione all'appello, statuisce che "*possono proporre appello le parti fra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado*".

In base all'art. 102 c.p.a., tutte le parti sono legittimate a proporre appello, ivi compreso l'originario ricorrente.

In realtà, neanche la previsione di cui all'art. 102 c.p.a. risulta risolutiva, perché la legittimazione all'appello presuppone, comunque, la sussistenza delle ulteriori condizioni della soccombenza e dell'interesse all'appello.

Ci si deve allora chiedere se in capo all'originario ricorrente che abbia visto rigettare nel merito la domanda proposta, siano configurabili le condizioni della soccombenza e dell'interesse a far valere in appello il difetto di giurisdizione del giudice da lui stesso adito.

A tale quesito, parte della dottrina risponde positivamente, ricavando dalla soccombenza nel merito l'interesse a contestare la giurisdizione, al fine di conseguire una riduzione del pregiudizio subito, attraverso la sostituzione di una sentenza sfavorevole nel merito con una sentenza sfavorevole in rito, declinatoria della giurisdizione, che le consentirebbe di riproporre la domanda di fronte al giudice munito di giurisdizione.

A sostegno di tale conclusione si richiama la teoria (elaborata dalla dottrina tedesca) della "*duplici soccombenza*"⁵, insita per l'attore nella sentenza di rigetto e derivante, da una parte, dalla negazione della fondatezza dell'azione e, dall'altra, dall'affermazione della sua ammissibilità.

⁵ SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990

Nell'ambito del processo amministrativo e con specifico riferimento alla questione di giurisdizione, l'accoglimento di queste conclusioni sembra, però, trovare un ostacolo nella circostanza che l'art. 9 c.p.a., occupandosi della dichiarazione anche implicita con la quale il giudice amministrativo afferma la sussistenza della giurisdizione, qualifica la relativa statuizione come "*capo*" della sentenza.

L'espressa qualificazione legislativa in termini di "*capo*" della sentenza non pare senza conseguenze ai fini della valutazione del requisito della soccombenza.

Risulta rilevante, sotto tale profilo, la distinzione tra "*capi*" e "*punti*" della sentenza, così come elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina processualistica.

Nella teoria del processo, i capi della sentenza sono altrettante decisioni autonome (nel processo civile e amministrativo normalmente corrispondenti ad altrettante domande proposte, nel processo penale alle singole imputazioni).

I punti, invece, sono i temi o le questioni decisi nell'ambito di ciascun capo.

Alla luce di tale distinzione, è pacifico che, di regola, la soccombenza non si valuta rispetto ai singoli punti (cioè alle singole questioni, di rito e di merito, esaminate per statuire sulla fondatezza della domanda proposta), ma rispetto ai capi.

In caso di pluralità di capi, pertanto, la soccombenza si determina con riferimento al singolo capo, dovendosi escludere che l'esito favorevole di un capo possa far venir meno o assorbire la soccombenza derivante dall'esito sfavorevole di un altro.

La questione di giurisdizione è stata tradizionalmente considerata un "*punto*" della sentenza, esaminato dal giudice nell'ambito del "*capo*" per statuire sulla fondatezza della domanda proposta.

L'eventuale esito favorevole del punto relativo alla questione di giurisdizione non valeva, quindi, ad escludere la soccombenza rispetto al capo recante la statuizione sulla domanda proposta.

Tale tradizionale qualificazione risulta, tuttavia, oggi messa in discussione dalla vigente qualificazione dell'art. 9 c.p.a. che espressamente qualifica in termini di "*capo*" della sentenza la statuizione sulla giurisdizione.

In questo modo, il "*capo*" sulla giurisdizione diventa non solo suscettibile di giudicato implicito, ma anche termine di riferimento da cui desumere una soccombenza sulla questione di giurisdizione autonoma dalla soccombenza nel merito rispetto alla domanda proposta.

Tale soccombenza, nel caso in cui la giurisdizione viene ritenuta esistente, è solo della parte resistente o dei controinteressati, i quali, tuttavia, in caso di rigetto nel merito del ricorso, non hanno interesse a proporre appello (principale) sul capo della giurisdizione (rispetto al quale sono soccombenti), perché il rigetto nel merito assicura loro una utilità maggiore di quella che potrebbe ottenere dalla declaratoria di giurisdizione.

Il ricorrente originario, al contrario, pur avendo interesse, in caso di soccombenza nel merito, a rimuovere il capo della giurisdizione (perché la declaratoria di difetto di giurisdizione gli arrecherebbe un pregiudizio minore rispetto al rigetto nel merito), non è legittimato a impugnare, perché, rispetto a quel capo, non è soccombente.

La qualificazione legislativa in termini di “*capo*” della statuizione sulla giurisdizione potrebbe, quindi, apparire un indice normativo volto a superare la teoria della c.d. “*doppia soccombenza*”, su cui si basa essenzialmente la tesi che consente al ricorrente di contestare in appello la giurisdizione.

In caso di soccombenza nel merito, la soccombenza non sarebbe “*doppia*”, ma “*unica*”, riguardando esclusivamente il merito e non anche il capo relativo alla giurisdizione, rispetto al quale il ricorrente è, invece, certamente vittorioso, avendo il giudice adito accolto la tesi, implicitamente o esplicitamente sostenuta nel ricorso introduttivo, favorevole alla sussistenza della giurisdizione.

L’art. 9 c.p.a., quindi, non solo non prevede espressamente la legittimazione all’appello sulla giurisdizione a favore dell’originario ricorrente, ma, anzi, elevando a “*capo*” di sentenza la statuizione, anche implicita, sulla giurisdizione, contiene un significativo elemento testuale che depone nel senso che tale legittimazione non sussista, perché manca la soccombenza che di quella legittimazione è il necessario presupposto.

4.7. Tale conclusione trova conferma in ulteriori argomenti interpretativi, che esulano dal richiamato disposto normativo del processo amministrativo.

A livello sistematico-normativo, appare utile richiamare, in primo luogo, l’art. 157, comma 3, c.p.c.

La disposizione, nel disciplinare la nullità formale degli atti processuali, stabilisce che “*la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa*”.

Secondo la lettura che appare preferibile, la norma è espressione di un generale principio di autoresponsabilità estensibile anche ai vizi extraformali.

In forza di tale principio nessun soggetto è legittimato a far valere i vizi del processo

cui egli ha dato causa⁶. L'attore, pertanto, non può eccepire il difetto di un presupposto processuale in quanto egli, avendo proposto la domanda, ha dato causa alla nullità.

Si è obiettato che tale norma non sarebbe applicabile alle nullità rilevabili d'ufficio che poi si traducono in vizi della sentenza. Ciò in quanto, se il vizio è rilevabile d'ufficio e il giudice non lo rileva, non potrebbe dirsi che sia la parte ad aver dato causa alla nullità. Così, il vizio della sentenza pronunciata in carenza di giurisdizione sarebbe stato causato non dal ricorrente ma dal giudice di primo grado che ha ommesso di rilevare il difetto di giurisdizione⁷.

L'obiezione appare, però, superabile. Il giudice che non rileva la nullità non interrompe il rapporto di causalità che sussiste tra il vizio e la condotta processuale della parte. Semmai concorre a causare quella nullità, nella misura in cui non impedisce che essa si trasmetta alla sentenza determinandone l'invalidità. La causa principale della nullità rimane la condotta processuale della parte ovvero, nel caso del difetto di giurisdizione, il ricorso che questi ha proposto innanzi al giudice privo di giurisdizione.

4.8. La tesi che esclude la legittimazione dell'originario ricorrente a far valere il difetto di giurisdizione trova ulteriore conferma nella disciplina che l'art. 41 c.p.c. dedica al regolamento di giurisdizione.

L'art. 41 c.p.c. prevede espressamente che il regolamento possa essere proposto da "ciascuna parte" e, quindi, come pacificamente si ritiene, anche dall'originario ricorrente (cfr. Cass. Sez. Un. 21 settembre 2004, n. 20504 e molte successive conformi).

In questo caso, il principio di autoresponsabilità non si applica in quanto il regolamento di giurisdizione non è un mezzo di impugnazione, ma uno strumento preventivo volto a risolvere sin da subito la questione della giurisdizione provocando sulla stessa la pronuncia definitiva ed irrevocabile delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Ed è significativo che il regolamento possa essere proposto fino a che la causa non sia decisa nel merito in primo grado.

La possibilità offerta al ricorrente di risolvere i dubbi che egli possa eventualmente nutrire sulla sussistenza della giurisdizione adita attraverso la proposizione del regolamento preventivo sembra, in effetti, escludere che egli possa coltivare analoga esigenza di certezza attraverso la proposizione dell'appello

⁶ Cfr. Luiso, *Diritto processuale civile*, vol. I, *Principi generali*, VI Ed., Milano, 2011, 79.

⁷ Baccarini, *Giudizio amministrativo ed abuso del processo*, cit.

La peculiare funzione del regolamento di giurisdizione consente di superare anche la tesi intermedia, recepita, come si è visto, da una parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'appello della giurisdizione da parte dell'originario ricorrente sarebbe ammissibile solo nel caso in cui egli abbia ragioni per dubitare della sussistenza della giurisdizione e, quindi, nel caso in cui il suo ripensamento possa essere giustificato da obiettive ragioni di incertezza.

A seguire tale impostazione (al di là delle profonde incertezze applicative cui essa potrebbe dare vita per stabilire in concreto quando un ripensamento possa considerarsi giustificato) l'appello vedrebbe snaturata la sua funzione (da mezzo di impugnazione diventerebbe strumento per la rimozione di un dubbio) e si presterebbe ad eludere i limiti e la disciplina che l'ordinamento prevede per la proposizione del regolamento di giurisdizione.

4.9. Sul piano dei principi, la tesi che esclude la legittimazione dell'originario ricorrente risulta confermata dal principio di correttezza e di buona fede, da cui si desume il generale divieto di *venire contra factum proprium*.

Appare utile sotto tale profilo un chiarimento preliminare.

È frequente la tendenza ad assimilare divieto di abuso del processo e dovere di correttezza, ritenendo l'uno corollario dell'altro, entrambi applicazione di un più generale principio di buona fede.

Tale assimilazione non appare, in realtà, del tutto corretta.

Abuso del diritto –di cui costituirebbe espressione l'abuso del processo- e dovere di correttezza, nonostante abbiano entrambi una matrice comune nel dovere di solidarietà desumibile dall'art. 2 Cost., non possono considerarsi sinonimi o principi equipollenti.

Abusare di un diritto vuole dire utilizzare il diritto per uno scopo diverso da quello per il quale il diritto è riconosciuto dall'ordinamento. Si tratta, quindi, di una condotta permessa dall'ordinamento, ma distorta nel fine, perché diretta ad ottenere un vantaggio non consentito attraverso l'utilizzo di un mezzo di per sé lecito. Nel caso di abuso, in altri termini, attraverso l'esercizio del proprio diritto si mira ad ottenere (a spese della controparte) un'utilità non rientrante (come tale) nel contenuto del diritto, cosicché può senz'altro dirsi che il diritto è stato “utilizzato” per uno scopo diverso da quello che ne aveva giustificato l'attribuzione al suo titolare.

Il sindacato degli atti di esercizio dei diritti attraverso la tecnica dell'abuso del diritto

(e cioè attraverso un controllo “causale”) deve ritenersi, per sua natura, idoneo a condurre alla affermazione della sussistenza dell'abuso solo in ipotesi (tendenzialmente) limitate e circoscritte. E in tal senso i criteri che solitamente vengono valorizzati dalle dottrine sull'abuso del diritto (l'intenzione di nuocere, e, soprattutto, la circostanza che lo scopo ulteriore che attraverso l'esercizio del diritto si persegue appaia come lo scopo essenziale, se non l'unico, per il quale il diritto stesso è stato esercitato) possono fornire delle utili direttive per evitare che il controllo sull'esercizio dei diritti veicoli forme di valutazione giudiziale eccessivamente ampie e, in definitiva, improprie⁸.

Sotto questo profilo, colgono probabilmente nel segno le critiche di quanti osservano che l'appellante che solleva con motivo di appello il difetto di giurisdizione non sta abusando dello strumento processuale, ma al contrario lo sta usando per un fine consentito dall'ordinamento: ottenere la riforma della sentenza appellata⁹.

Quello che si contesta all'appellante non è in realtà l'abuso del processo (o, nella specie, del mezzo di impugnazione), di aver posto in essere cioè una condotta lecita per fini non consentiti; gli si contesta, al contrario, di aver posto in essere una condotta non consentita, perché preclusa dal dovere di correttezza e di buona fede, che si traduce (rispetto alla contestazione della giurisdizione precedentemente adita) nel divieto di agire *contra factum proprium*.

4.10. A venire in rilievo non è, quindi, il principio dell'abuso del diritto, ma il diverso principio di buona fede e correttezza (processuale) che preclude a chi ha adito un giudice di contestare, *secundum eventum litis*, la sussistenza di quella stessa giurisdizione dopo aver visto la soccombenza nel merito.

La differenza tra le due forme di “sindacato” appare netta: mentre l'applicazione della tecnica dell'abuso del diritto implica (come già visto) un controllo “causale” dell'atto di esercizio del diritto (perché mira ad evitare che quest'atto di esercizio possa ipoteticamente essere stato posto in essere per conseguire uno scopo/risultato diverso e ulteriore rispetto alle utilità che l'ordinamento garantisce al titolare della situazione giuridica attiva), nel caso in cui il controllo sull'esercizio del diritto venga operato attraverso il canone della buona fede non si sindacava lo “scopo” per il quale tale esercizio è avvenuto (scopo che, in *thesi*, si deve immaginare corrispondente alla finalità per la quale è avvenuta l'attribuzione del

⁸ Cfr. sul tema della distinzione tra abuso del diritto e principio di buona fede D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in I *Contratti*, 2010, 5.

⁹ BACCARINI, *op. ult. cit.*

diritto), ma si censurano piuttosto le modalità con le quali esso si è realizzato, modalità che per l'appunto possono essere tali da fare ritenere sleale la condotta del titolare dei diritto.

L'ulteriore obiezione, secondo cui il principio di buona fede opererebbe solo nell'ambito del diritto privato, rispetto agli atti esercizio di autonomia negoziale, e non potrebbe essere estesa nell'ambito del processo, non appare convincente.

La natura indisponibile degli interessi sottesi all'ordinato svolgimento del processo e che rischiano di essere pregiudicati da comportamenti "scorretti" o "contraddittori" compiuti dai protagonisti della scena processuale rendono, al contrario, il principio di buona fede e correttezza ancora più cogente e significativo.

In sede processuale non è in gioco solo la tutela dell'affidamento della parte che subisce il comportamento scorretto. Vengono in rilievo interessi ulteriori, di natura pubblicistica e indisponibile, la cui lesione è in grado di alterare il corretto funzionamento del sistema processuale, pregiudicando i valori sottesi alla nuova formulazione dell'art. 111 Cost.

Il riconoscimento al ricorrente della facoltà, *secundum eventum litis*, di contestare in appello la giurisdizione da lui stesso adita si tradurrebbe nella indiscriminata opportunità di modificare, per ragioni di mera convenienza personale, la strategia processuale iniziale dopo averne subito gli esiti, dando luogo ad una irragionevole e significativa diseconomia processuale.

Il ripensamento avrebbe luogo, infatti, in una situazione nella quale, conclusosi il giudizio di primo grado con la sentenza di merito, sia le parti che il giudice possono aver compiuto una intensa attività processuale. In questo contesto, un inopinato mutamento della strategia processuale del ricorrente sul tema della giurisdizione, vanificherebbe il contenuto stesso di tali attività, legittimando un'esigenza di parte fondata sulla sola circostanza di non trovare più conveniente proseguire nel cammino processuale iniziale scelto.

Al contrario, in armonia con il nuovo dettato dell'art. 111 Cost., soltanto l'esclusione di tale facoltà di ripensamento consente di evitare situazioni di scorrettezza e rende il ricorrente doverosamente responsabile delle scelte operate, impedendogli di sottrarsi ai risultati che ne conseguono, quando gli stessi non siano corrispondenti alle aspettative che ne hanno originariamente dettato la linea difensiva.

A fronte di tali considerazioni, non appare insuperabile nemmeno l'obiezione secondo cui la violazione dei doveri di correttezza è espressamente prevista dall'art. 88

c.p.a. (sub specie di doveri di lealtà e probità) come possibile fonte di responsabile disciplinare per l'avvocato e assume rilevanza (cfr. artt, 91, 92 e 96 c.p.c.) ai fini della condanna alle spese del giudizio ed eventualmente del risarcimento del danno per lite temeraria.

Non vi è, infatti, alcun dato normativo che consenta di concludere nel senso che le conseguenze espressamente ricollegate dalle disposizioni citate alla violazione dei doveri di correttezza siano soltanto quelle espressamente previste (sul piano disciplinare, delle spese del giudizio ed eventualmente risarcitorio) e non se ne possano trarre altre rilevanti sul piano dell'ammissibilità del rimedio processuale attivato contravvenendo al dovere di correttezza.

ALLEGATO

GIURISPRUDENZA E DOTTRINA

SOMMARIO

- Giurisprudenza

La giurisprudenza amministrativa prima del Codice del processo amministrativo

- Cons. Stato, Ad. plen. 28 ottobre 1980, n. 42
- Consiglio di Stato sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 999
- Consiglio di Stato ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4
- Consiglio di Stato sez. V, 05 dicembre 2008, n. 6049
- Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5618

La giurisprudenza amministrativa dopo il Codice del processo amministrativo

Precedenti che consentono, almeno nei casi dubbi, la proponibilità dell'eccezione di giurisdizione in appello da parte del ricorrente originario

- Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192

Precedenti che escludono la proponibilità dell'eccezione di giurisdizione in appello da parte dell'originario ricorrente

- Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2015, n. 5484
- Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3990
- Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2015, n. 1855
- Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778
- Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2015, n. 1605
- Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2015, n. 221
- Cons. Stato, Sez. VI, 27 agosto 2014 n. 4337
- Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2014, n. 2064
- Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421

- Cons. Stato, sez. Vi, 8 febbraio 2013, n. 703
- Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656

- Dottrina

- **GIUDIZIO AMMINISTRATIVO E ABUSO DEL PROCESSO**

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4, 2015, pag. 1203
Stefano Baccarini

- **SPIGOLATURE IN TEMA DI ABUSO DEL PROCESSO**

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4, 2015, pag. 1262
Giuseppe Tropea

- **ABUSO DEL PROCESSO E GIURISDIZIONE**

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.3, 2015, pag. 1138
Giovanni Verde

- **LA QUESTIONE DI GIURISDIZIONE FRA IL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO E IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DELLE PARTI NEL PROCESSO**

Foro amm. CDS, fasc.7-8, 2012, pag. 1998
Federico Dinelli -

- **LA CONTESTAZIONE IN APPELLO DELLA GIURISDIZIONE INCARDINATA IN PRIMO GRADO INTEGRA ABUSO DEL PROCESSO?**

Foro amm. CDS, fasc.7-8, 2012, pag. 2011
Emanuela Lo Presti

- **ABUSO DEL PROCESSO NELLA FORMA DEL VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM IN TEMA DI GIURISDIZIONE. NOTE CRITICHE.**

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.2, 2015, pag. 685
Giuseppe Tropea

- **ETICA, FORMALISMO PROCESSUALE, ABUSO DEL PROCESSO**

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 2014, pag. 1281
Sergio Chiarloni

- **DIFETTO DI GIURISDIZIONE E ABUSO DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO - IL COMMENTO**

di Kostandin Peci (Giorn. Dir. Amm. 2015, 691)

- **ECCEZIONE DI DIFETTO DI GIURISDIZIONE E ABUSO DEL PROCESSO - IL COMMENTO**

di Giovanni D'Angelo^(*) (Urb. App. 2'15, 181)

- **LEGITTIMAZIONE AD ECCEPIRE IL DIFETTO DI GIURISDIZIONE E ABUSO DEL PROCESSO NELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA.**

Rita Barbieri (Riv. Dir. Proc. 2013, 750)

- **SUL C.D. ABUSO DEL PROCESSO^(*)**

Giuliano Scarselli (Riv. Dir. Proc. 2012, 1450)

La giurisprudenza amministrativa prima del Codice del processo amministrativo

Consiglio di Stato ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 42

Fonti: Foro it. 1981, III,68.

È rilevabile d'ufficio dal Consiglio di Stato, come giudice d'appello, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, anche se la sentenza appellata abbia statuito esplicitamente in senso affermativo al riguardo.

Consiglio di Stato sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 999

La questione di giurisdizione è rilevabile d'ufficio in appello, anche allorché sul punto si sia pronunciato il giudice di primo grado con statuizione espressa ed, in ogni caso, è riesaminabile, qualora sia sollevata in termini dell'appello e ciò a prescindere dall'aver l'appellante stesso prescelto, con l'atto introduttivo, il giudice che poi contesta.

DIRITTO

La sentenza appellata è da riformare in punto giurisdizione. A tal fine risulta irrilevante che la relativa questione sia stata sollevata nell'atto di appello dalla stessa società che aveva prescelto il giudice amministrativo con la proposizione del ricorso introduttivo.

Occorre infatti considerare che la questione di giurisdizione può ritenersi rilevabile d'ufficio anche allorché sul punto si sia pronunciato il giudice di primo grado con statuizione espressa (e peraltro in tema esiste un oscillante orientamento giurisprudenziale tenendo conto, alcune decisioni di questo Consiglio di Stato, dell'orientamento delle SS.UU. in base a cui la pronuncia sulla giurisdizione del giudice di primo grado darebbe luogo ad un giudicato interno; nel primo senso ad es; A.P. 28 ottobre 1980, n. 42, VI 25 marzo 1998, n. 390, contra IV 14 aprile 1998, n. 621, e Cass. SS.UU.5 giugno 1989, n. 2707). Certamente, tuttavia, la statuizione sulla giurisdizione è riesaminabile allorché la questione stessa sia sollevata in termini dall'appello, e ciò a prescindere dall'aver appellante stesso prescelto con l'atto introduttivo il giudice che poi contesta, posto che tale deduzione riflette una contraddittorietà logica che non risulta incompatibile con la sussistenza dell'interesse ad appellare, essendo comunque idoneo il motivo così dedotto ad ovviare alla soccombenza derivante dalla decisione di primo grado.

Ciò precisato, la giurisdizione del giudice ordinario risulta dalla stessa prospettazione che della materia controversa fornisce la Regione appellata. Questa ha puntualmente eccepito la carenza di giurisdizione in primo grado facendo esattamente presente che la controversia atteneva al riconoscimento del diritto al pagamento di un importo aggiuntivo per le opere di depurazione contestate, attinendo ciò alla fase di esecuzione del contratto e quindi alla giurisdizione del giudice ordinario. Anche in grado di appello controdiede alle censure di controparte proponendo la corretta portata di una clausola convenzionale come l'art. 11 del "capitolato programma", la quale comporterebbe "obblighi" definibili in relazione al rispetto, nella funzionalità dell'impianto dedotto in contratto, dei limiti di cui alla allegata Tabella 2. Il

decreto "direzionale" impugnato sarebbe dunque un richiamo ad un adempimento di tali obblighi conforme alla effettiva "portata" di dette disposizioni contrattuali; lo stesso atto aggiuntivo 15 luglio 1993 derivava dalle esigenze poste dalle prove sperimentali prescritte dall'originale assetto obbligatorio del contratto concluso dalle parti, onde non risultava in contrasto con l'art. 11 citato, ma, anzi, ne costituiva un momento esecutivo atto a specificare obblighi contrattuali fin dall'inizio definiti e rimasti inalterati (il consegnare alla concedente Regione un impianto esente da emanazioni maleodoranti). La mancanza di pretesa ad un ulteriore corrispettivo discendeva dunque dalla natura determinabile in base a prove sperimentali, originariamente previste in contratto, della effettiva e concreta portata degli obblighi di esecuzione impiantistica: comunque l'obbligo assunto "ab origine" era di risultato e cioè il rispetto dei limiti indicati nella tabella 2 precitata, a cui era funzionale l'impegno a consegnare un impianto esente da inconvenienti consistenti in emanazioni maleodoranti.

In questo quadro gli atti contestati in primo grado, in specie il decreto del Direttore regionale dell'ambiente prot. AMB\911-UD\IF\569 del 15 giugno 1996, non costituiscono determinazioni autoritative, ma soltanto atti unilaterali, manifestazione di un potere di diffida all'adempimento che appartiene in generale alla parte del contratto, non potendo fondarsi gli atti medesimi, in base al loro oggettivo tenore, se non sull'interpretazione delle clausole negoziali e sulla conseguente esigenza di comunicare all'altra parte l'avvenuta approvazione del progetto attinente alle nuove opere che, in relazione ad un corretto adempimento, si ritiene di dover adottare. A rigore il decreto citato ha un contenuto esclusivamente partecipativo di detta approvazione progettuale (anch'essa impugnata ma in realtà di contenuto non lesivo, trattandosi di un atto non impositivo ma autorizzativo di lavori da eseguire evidentemente in base ad un altro titolo); esso appare cioè privo di carattere costitutivo e autoritativo, mentre un ingiunzione di eseguire opere aggiuntive deriva soltanto dal precedente ordine di servizio del Direttore dei lavori in data 20 dicembre 1995, fondato espressamente sull'art. 11 del Capitolato speciale e sulle risultanze delle prove di collaudo, e quindi su adempimenti esecutivi delle previsioni contrattuali.

Alla luce delle considerazioni che precedono, ritenuta l'assenza di provvedimenti fondati su norme istitutive di potestà pubblicistiche, secondo il principio di legalità che governa la materia, e piuttosto la presenza di manifestazioni non lesive in termini costitutivi di nuovi obblighi, nonché partecipative attinenti al corretto adempimento di previsioni contrattuali, la controversia spetta alla giurisdizione ordinaria, annullandosi perciò senza rinvio la sentenza appellata.

Sussistono peraltro evidenti motivi di equità per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti costituite.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, dichiara il proprio difetto di giurisdizione per rientrare la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario. Spese compensate. Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in s.g. (sez. IV) nella camera di consiglio del 12.11.1999 con l'intervento dei signori:

Pasquale de Lise - Presidente

Sergio Santoro - consigliere

Domenico La Medica - consigliere

Roland Ernst Bernabè - consigliere

Luciano Barra Caracciolo - consigliere estensore

Consiglio di Stato ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4

Ai sensi dell'art. 30 l. 6 dicembre 1971, n. 1034, il Consiglio di Stato può sempre conoscere d'ufficio la questione di giurisdizione, se su di essa il Tar non si sia pronunciato espressamente.

Considerato in diritto

1. Debbono essere risolte preliminarmente, nell'ordine, due questioni prospettate dall'ordinanza di rimessione:

a) se il Consiglio di Stato, giudice di appello, possa verificare d'ufficio la riconducibilità della presente controversia nella giurisdizione amministrativa, in presenza di una sentenza di accoglimento del ricorso postulante, pur se in forma implicita, la sussistenza della giurisdizione;

b) nella affermativa, se la controversia in esame ricada nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto avente ad oggetto, al di fuori di ogni impugnativa di atti autoritativi, la sola pretesa di conseguire il risarcimento del danno sopportato dal diritto di proprietà del privato, investito da un provvedimento di occupazione d'urgenza venuto meno retroattivamente *ex lege*.

2. In ordine alla prima questione, rilevano i primi due commi dell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971, per i quali «il difetto di giurisdizione deve essere rilevato di ufficio» e «avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato».

2.1. La interpretazione di tali disposizioni ha dato luogo - come è noto - a diversi orientamenti giurisprudenziali.

Per alcune decisioni (Ad. Plen., 25 ottobre 1980, n. 42; Sez. VI, 13 gennaio 1983, n. 12; Sez. VI, 21 marzo 1998, n. 380; Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 479; Sez. IV, 4 febbraio 1999, n. 112; Sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 99), finché non risulti emanata una sentenza regolatrice della Corte di Cassazione, il Consiglio di Stato come giudice d'appello ha titolo a sindacare d'ufficio in ogni ipotesi la sua giurisdizione (e della complessiva istituzione nella quale il Consiglio di Stato fa parte insieme ai T.A.R.).

A conclusioni di segno opposto è pervenuto, invece, un ulteriore indirizzo che, richiamando i limiti insuperabili del giudicato, ritiene interdetto qualunque esame del punto concernente la giurisdizione in sede di appello, in assenza di una specifica censura avanzata dalla parte contro la decisione, espressa o implicita, sulla giurisdizione (Sez. IV, 14 aprile 1998, n. 621; Sez. VI, 7 luglio 2003, n. 4028; Sez. IV, 14 aprile 2004, n. 2105; Sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3186).

Un ultimo indirizzo - collocandosi in una posizione mediana - afferma, invece, che il giudice d'appello può procedere alla valutazione di ufficio della giurisdizione solo in presenza di una statuizione implicita: le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiederebbero, invece, apposita impugnativa (Sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1039; Sez. VI, 15 dicembre 2003, n. 8212).

2.2. L'Adunanza Plenaria ritiene che vada seguito quest'ultimo indirizzo.

La regola del primo comma dell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971 in ordine alla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo va posta in rapporto con il secondo comma dello stesso articolo, secondo il quale «*avverso le sentenze che affermano o negano la giurisdizione è ammesso ricorso al Consiglio di Stato*».

Si desume, infatti, da una lettura coordinata di tali disposizioni che, nelle ipotesi in cui il TAR abbia espressamente pronunciato sulla giurisdizione, la relativa statuizione può essere conosciuta dal giudice di appello solo in presenza di apposito gravame di parte. Il giudice d'appello resta, invece, legittimato ad intervenire quando il giudice di primo grado ha statuito, solo in forma implicita, sulla giurisdizione attraverso l'adozione di una pronuncia di merito o di carattere processuale che non avrebbe, però, potuto essere adottata se non da un organo provvisto di potestà giurisdizionale.

In aderenza ad un siffatto ordine di idee, è pertanto da escludere che nella specie - mancando qualunque espressa statuizione in tema di giurisdizione - sussista per il giudice di appello la preclusione a conoscere *ex officio* di questioni relative alla giurisdizione.

3. Risolto in senso affermativo il punto della verificabilità in questa sede *ex officio* della giurisdizione, occorre ora stabilire se il giudice amministrativo adito abbia titolo a conoscere della presente controversia, così come ritenuto dalla sentenza appellata che ha definito nel merito la controversia.

La lite dedotta in questa sede ha ad oggetto - come si è avanti ricordato - la domanda di risarcimento del danno sopportato dalla parte privata in conseguenza dello spossessamento dell'area di sua proprietà sulla quale è stata realizzata l'opera pubblica durante il periodo nel quale il provvedimento di occupazione ha esplicato i suoi effetti.

Resta perciò da definire se tale lesione del diritto di proprietà vada ricondotta all'esplicazione del pubblico potere o a un mero comportamento (nella seconda evenienza, in applicazione dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 204 del 2004, dovrebbe essere declinata la giurisdizione del giudice amministrativo a favore di quella del giudice ordinario).

3.1. Ad avviso di questa Adunanza Plenaria sussiste, nella specie, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Occorre a questo riguardo ricordare che l'art. 34 del decreto legislativo n. 80 (da leggere in stretta connessione con il successivo art. 35, comma 1, del decreto legislativo n. 80 del 1998, novellato quest'ultimo dall'art. 7 della legge 205 del 2000) ha dato vita ad una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo chiamata ad accogliere nel suo seno ogni controversia tra il privato e la pubblica amministrazione, insorta nell'area dell'urbanistica e dell'edilizia e relativa - oltre che ad interessi legittimi - a diritti soggettivi (di regola al diritto di proprietà, ai diritti reali, al possesso). E ciò sia nell'ipotesi in cui il vulnus recato al diritto soggettivo debba farsi risalire alla esplicazione dei pubblici poteri, sia nell'ipotesi in cui la lesione vada ricondotta, invece, a comportamenti invasivi *sine titulo* nella sfera del privato (anche se in vista, di regola, del perseguimento di finalità pubblicistiche, pur con mezzi impropri).

Di ciò si trae sicura conferma dalla lettura dell'art. 34, nel quale si parla di lesioni arrecate a tali diritti tanto da «*atti e provvedimenti*» (e, perciò, dalla esplicazione di poteri autoritativi), quanto da «*comportamenti*» che si manifestino come iniziative disciplinate dal diritto comune (e di regola come meri fatti illeciti, fonti di responsabilità aquiliana).

Conformandosi ad una tale chiave di lettura, la giurisprudenza, sin dall'indomani della emanazione della norma citata, ha ritenuto di spettanza del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la cognizione di interventi invasivi *sine titulo* nella proprietà privata, come meri «comportamenti»: vie di

fatto, iniziative procedimentali abnormi rivolte ad incidere nella sfera del soggetto privato (con utilizzazione in tali ipotesi anche di azioni possessorie).

3.2. La Corte costituzionale - condividendo la linea interpretativa dell'art. 34 seguita dalla giurisprudenza, sulla riconducibilità alla giurisdizione amministrativa anche dei fatti lesivi non riferibili all'esplicazione del potere - con la sentenza n. 204 del 2004 ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma attributiva della giurisdizione al giudice amministrativo in relazione alle lesioni di diritti soggettivi riferibili ai detti comportamenti materiali ed ha disposto, espressamente, lo scorporo della detta espressione dal testo dell'art. 34 citato.

Sono state conservate, così, alla giurisdizione del giudice amministrativo le liti relative a diritti e interessi da riportare alla esplicazione del potere: una soluzione alla quale la Corte è approdata nel presupposto che la Costituzione consenta di derogare alla clausola generale di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo (diritti - interessi) solo quando i diritti - tutelati innanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva - risultino vulnerati dalla pubblica amministrazione come "autorità" (e si tratti, perciò, di diritti soggettivi sui quali incida il pubblico potere).

3.3. L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Giustizia Amministrativa non avanza espliciti dubbi in ordine alla giurisdizione amministrativa nei riguardi della pretesa risarcitoria di cui si discute in questa sede (pretesa traente origine dalla sopravvenuta retroattiva caducazione *ex lege* del provvedimento di occupazione d'urgenza, che ha reso *sine titulo* sia l'apprensione della *res*, sia gli interventi modificativi alla stessa apportati).

Si rappresentano, però, nell'ordinanza due profili che - sempre ai fini della valutazione della giurisdizione del giudice amministrativo - meriterebbero di essere approfonditi, dopo l'emanazione della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale, in considerazione anche del fatto che - come è risaputo - il principio della perpetuatio iurisdictionis di cui all'art. 5 c.p.c. non opera quando la giurisdizione venga meno - come è parzialmente avvenuto con riferimento all'art. 34 - non per effetto di leggi sopravvenute, ma di una sentenza della Corte Costituzionale operante in via retroattiva.

Questi sono i due punti ai quali sembra, nella sostanza, far riferimento l'ordinanza di rimessione:

a) in primo luogo, andrebbe verificato se, dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 204 del 2004 (che ha precluso al giudice amministrativo di conoscere di «comportamenti» retti da norme del diritto comune), si possano ancora considerare ricadenti nella giurisdizione amministrativa (come fatti eziologicamente riconducibili all'amministrazione-autorità) le lesioni del diritto di proprietà di cui si è denunciata la violazione con il ricorso in esame: e ciò in considerazione della circostanza che, con la dichiarazione di inefficacia *ex lege* dell'atto di occupazione di urgenza e degli effetti giuridici da quest'ultimo spiegati, le lesioni arrecate al diritto di proprietà del soggetto privato potrebbero essere considerate come condotte *sine titulo*, perciò in toto assimilate ai «comportamenti» materiali dell'amministrazione di cui al citato art. 34;

b) anche se si pervenisse alla conclusione di ritenere che il *vulnus* del diritto soggettivo sia nella specie da ricondurre al pubblico potere, andrebbe stabilito se la denunciata lesione di diritti soggettivi possa essere conosciuta dal giudice amministrativo al quale - come sembrerebbe doversi desumere dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte - è attribuita la giurisdizione esclusiva solo nell'ambito di controversie nelle quali restano coinvolti insieme interessi legittimi e diritti soggettivi.

Ed invero - a differenza di quanto avviene, di norma, negli altri casi di giurisdizione esclusiva - la presente controversia si contrassegna per il fatto di avere come oggetto soltanto diritti soggettivi, risultando venuto meno *ex lege* (per la mancata conclusione del procedimento e non a seguito di impugnativa involgente interessi legittimi) il provvedimento degradatorio in precedenza emanato

(l'occupazione di urgenza).

Solo nel caso di congiunta proposizione della impugnativa dell'atto degradatorio e della pretesa risarcitoria relativa a diritti soggettivi, la lite si sarebbe potuta radicare innanzi al giudice amministrativo, implicando la giurisdizione esclusiva un processo avente ad oggetto, ad un tempo, diritti ed interessi.

3.4. Per quanto concerne il primo punto, va senz'altro riconosciuto che si può parlare di lesione di diritti soggettivi nei riguardi dei provvedimenti degradatori (tra i quali si iscrive il provvedimento d'occupazione di urgenza adottato nella specie) dopo che tali provvedimenti siano stati annullati o abbiano cessato di esplicare - come nel caso in esame - retroattivamente i loro effetti: con il singolare risultato che può parlarsi di lesione del diritto solo in concomitanza della dissoluzione dell'atto con il quale il potere pubblico si era manifestato.

È evidente, però, che non può bastare tale dato ad indurre a ravvisare nella specie la lesione di un diritto soggettivo rapportabile ad un comportamento materiale e non a fattori causali riconducibili al pubblico potere.

Ed invero la formula dell'art. 34 - che parla di «atti e provvedimenti» in contrapposizione ai «comportamenti» (l'espressione dichiarata costituzionalmente illegittima) - mira proprio alla identificazione della lesione di diritti soggettivi, eziologicamente riconducibili alla funzione (naturalmente solo dopo che sono divenuti sine titulo gli interventi posti in essere in attuazione degli atti amministrativi i cui effetti sono venuti meno).

In tale fenomeno, per l'assoluta somiglianza di fattispecie, restano accomunati sia le controversie - come quella dedotta in questa sede - caratterizzate dall'inefficacia retroattiva *ex lege* che investe l'atto degradatorio applicativo del vincolo preordinato all'esproprio, sia le ipotesi di annullamento dell'atto stesso (con proposizione in entrambi i casi - sul presupposto della caducazione degli effetti dell'atto autoritativo - della pretesa di carattere patrimoniale).

Stando così le cose, va considerata come controversia riconducibile all'esplicazione del pubblico potere - nel senso in cui ne parla l'art. 34, in contrapposizione ai «comportamenti» materiali - qualunque lite suscitata da lesioni del diritto di proprietà provocate, in area urbanistica, dalla esecuzione di provvedimenti autoritativi degradatori, venuti meno o per annullamento o (come nella specie) per sopraggiunta inefficacia *ex lege*.

3.5. Sembra senz'altro da disattendere l'impostazione (di chiara ispirazione processuale) rivolta a prospettare che la giurisdizione esclusiva (e, perciò, anche quella in materia di urbanistica e di edilizia) presupporrebbe sul piano costituzionale *ad validitatem* la congiunta deduzione, nello stesso processo, sia di diritti che di interessi legittimi (situazione, quest'ultima, che si realizzerebbe, ad es., nella ipotesi di pretesa risarcitoria dedotta, in via consequenziale, dopo l'annullamento del provvedimento degradatorio e non anche quando l'atto e i suoi effetti siano venuti meno *ex lege*)

Deve darsi atto che, effettivamente, in più punti della sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale si rinvencono espressioni che sembrerebbero rivolte a condizionare la legittimità costituzionale delle norme, attributive alla giurisdizione amministrativa esclusiva in "particolari materie", alla circostanza che la materia stessa coinvolga diritti soggettivi sui quali sono chiamati ad interferire poteri pubblicistici.

Resta, però, assolutamente estranea alla medesima sentenza della Corte l'affermazione secondo cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo comporti, immancabilmente, l'instaurazione di una concreta controversia implicante la congiunta deduzione in causa di interessi legittimi e diritti soggettivi (situazione che si avvera nella sola ipotesi di impugnazione degli atti di esercizio del potere e dopo l'annullamento dell'atto, con pretese consequenziali rivolte a denunciare *vulnera* incidenti sulle legittimità

e risorte posizioni di diritti soggettivi).

È da ritenere, pertanto, fuori discussione la possibilità - riconosciuta dalla stessa giurisprudenza - di fare rientrare, in sede di giurisdizione esclusiva in area urbanistica ed edilizia, le controversie di carattere solo impugnatorio involgenti esclusivamente interessi legittimi, perché rivolte a conseguire l'annullamento dell'atto con il quale il potere è stato esercitato (ad esempio, impugnativa di strumenti urbanistici, di dichiarazioni di pubblica utilità, di espropri, etc.).

Del pari, risulta pienamente ipotizzabile - in rigorosa simmetria con tale fattispecie - l'ingerenza del giudice amministrativo su liti che, come nel caso in esame, abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la lesione di questi ultimi tragga origine, sul piano eziologico, da fattori causali riconducibili all'esplicazione del pubblico potere, pur se in un momento nel quale quest'ultimo risulta ormai mutilato della sua forza autoritativa per la sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento.

La giurisprudenza di questo Consiglio, d'altra parte, ha riconosciuto espressamente la possibilità di far valere in giudizio, innanzi al giudice amministrativo, pretese patrimoniali conseguenti all'annullamento di un provvedimento degradatorio disposto in un separato giudizio pure svoltosi dinnanzi al giudice amministrativo, ovvero in via di autotutela, nell'esatta considerazione che nell'area urbanistica ed edilizia la riparazione dei diritti incisi dal pubblico potere è di spettanza del giudice amministrativo, quale che sia la sede - anche extragiudiziale - nella quale l'annullamento sia stato disposto.

4. Passando a questo punto all'esame delle due censure formulate dal Comune appellante, ai fini del decidere e ai sensi dell'art. 44 del testo unico n. 1054 del 1924, occorre disporre l'acquisizione di chiarimenti, in ordine ai criteri seguiti dal consulente, nominato in primo grado per la quantificazione del danno subito dall'appellato.

Tenuto conto delle deduzioni già formulate in primo grado dal Comune e richiamate nell'atto di appello, tali chiarimenti dovranno offrire elementi per valutare se il consulente si sia conformato a criteri di ragionevolezza nella determinazione del valore dell'area di proprietà dell'appellato:

E ciò con particolare riferimento ai seguenti aspetti:

- valutazione del valore dei suoli siti nel territorio del limitrofo Comune di Zafferana Etnea, disattendendo i criteri valorizzati invece dall'Ufficio tecnico comunale di Milo, richiamati a p. 3 dell'atto di appello;

- mancato conferimento di qualunque rilievo alle dichiarazioni presentate dall'appellato ai fini della quantificazione dell'I.C.I., richiamate a pp. 3-4 del medesimo atto di appello;

- diniego di ogni rilievo ai parametri applicati dal Comune di Milo per la liquidazione della indennità provvisoria, accettata in data 31 dicembre 1988.

Tali chiarimenti dovranno essere forniti dal dirigente dell'Ufficio del Genio civile di Palermo (che potrà delegare un funzionario di propria fiducia), entro il 15 ottobre 2005, con una relazione da trasmettere alla Segreteria dell'Adunanza Plenaria.

La Segreteria è incaricata di trasmettere al dirigente dell'Ufficio del Genio civile di Palermo una copia della presente decisione, della sentenza impugnata, dell'atto di appello e della relazione del consulente depositata in data 26 aprile 2001 (dandone immediato preavviso mediante fax o strumento informatico).

Il Comune di Milo provvederà a trasmettere al più presto al medesimo dirigente (e alla Segreteria) copia della documentazione riguardante la quantificazione dell'I.C.I. da parte dell'appellato e la liquidazione

della indennità provvisoria (non depositata nel presente giudizio), nonché tutta l'ulteriore documentazione che gli sarà richiesta dal dirigente per la stesura dei chiarimenti.

Le parti - entro il 30 settembre 2005 - potranno fornire ogni ulteriore elemento di valutazione al dirigente, affinché ne tenga conto nella relazione finale.

Riservata ogni ulteriore statuizione, anche sulle spese, per il prosieguo va fissata l'udienza del 14 novembre 2005.

Consiglio di Stato sez. V, 05 dicembre 2008, n. 6049

La statuizione del giudice di primo grado sulla giurisdizione è riesaminabile in appello allorché la relativa questione sia stata sollevata in termini, e ciò a prescindere dall'aver l'appellante prescelto col ricorso di primo grado il giudice che poi contesta, posto che tale deduzione effettivamente riflette una contraddittorietà logica, ma non tale da risultare incompatibile con la sussistenza dell'interesse ad appellare, essendo comunque idoneo il motivo così dedotto ad ovviare alla soccombenza derivante dalla decisione appellata.

FATTO e DIRITTO

1. La società P. M. & F. s.n.c. (in prosieguo ditta M.) gestisce sin dal 1964 il servizio di illuminazione votiva del cimitero di Orta Nova (cfr. atto n. rep. 90 del 1 aprile 1964 recante l'affidamento a trattativa privata del servizio in questione).

1.1. Con deliberazione consiliare n. 262 del 12 agosto 1988 il comune di Orta Nova ha rinnovato, sempre a trattativa privata ed in favore della medesima ditta, la concessione della gestione, con diritto di esclusiva, dell'impianto elettrico e del servizio di illuminazione elettrica cimiteriale.

1.2. È stato quindi stipulato il relativo contratto di concessione (n. rep. 1046 dell'8 ottobre 1988).

Nel contratto si precisa che accanto alla gestione del servizio di illuminazione votiva la ditta M. si impegna ad effettuare lavori di adeguamento dell'impianto elettrico per un importo complessivo di lire 53.431.000 (art. 1); si attribuisce alla medesima ditta la facoltà di costruire a proprie spese e di gestire nuovi impianti di distribuzione di energia per illuminare le tombe gentilizie, delle confraternite, delle sepolture private e delle fosse comunali (art. 1); si stabilisce la durata ventennale della concessione, con scadenza al 31 dicembre 2008 (art. 2); si prevede, allo scadere della concessione, la facoltà del comune di riaffidare la gestione del servizio in appalto con il contestuale diritto della ditta M. alla *<<...continuità a parità di condizioni risultanti dal nuovo appalto, sempreché non lo vieti ragioni di pubblico interesse>>* (art. 3); viene fissato un canone annuo in favore del comune (art. 4); si definiscono gli obblighi di integrazione, miglioria e manutenzione dell'impianto elettrico a carico della ditta (artt. 7 - 11); si specificano gli obblighi di fornitura nei confronti dell'utenza privata, le relative tariffe ed i canoni a carico dei singoli richiedenti (art. 14); si prevede, in particolare e per quanto di interesse ai fini della presente controversia, che *<<qualora il Cimitero venisse ampliato o costruito ex novo in altro luogo, la Ditta M. P. si impegna ad ampliare o rifare la rete elettrica a sue spese. In tal caso, la Ditta ha diritto, per ammortizzare la nuova spesa, ad una proroga adeguata della durata della Concessione>>* (art. 12).

1.3. Completato l'ampliamento dell'area cimiteriale nel corso dell'anno 2000, la ditta M. ha

inoltrato al comune, a mente dell'art. 12 del contratto di concessione, una serie di richieste per l'esecuzione, a sue spese, delle nuove opere elettriche.

Con nota prot. n. 21445 del 30 settembre 2004 il comune ha ricusato la richiesta, manifestando l'intenzione di affidare i lavori a seguito di gara e riservandosi di definire successivamente le modalità di gestione della nuova rete elettrica cimiteriale.

1.4. È insorta la ditta M., davanti al T.a.r. della Puglia, per domandare, dopo aver svolto una lunga premessa sulla giurisdizione del giudice amministrativo:

a) l'annullamento del provvedimento di diniego;

b) l'accertamento del diritto all'estensione dell'oggetto del contratto di concessione ed alla proroga del servizio di illuminazione;

c) la condanna al risarcimento dei danni.

Si è costituito il comune di Orta Nova, riconoscendo esplicitamente la giurisdizione del giudice amministrativo, ma confutando nel merito tutte le pretese.

Con atto di motivi aggiunti la ditta M. ha impugnato anche la nota comunale - prot. n. 141 del 5 gennaio 2007 - recante la diffida ad eseguire unilateralmente i lavori di ampliamento dell'impianto elettrico.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. della Puglia, sezione III, n. 2103 dell'11 settembre 2007 - data per scontata la giurisdizione del giudice amministrativo, ha respinto con dovizia di argomenti tutte le censure e le relative domande, condannando la ditta M. al pagamento delle spese processuali.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato la ditta M. ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. deducendo:

a) il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nel presupposto che l'oggetto della controversia sia rappresentato dall'interpretazione dell'art. 12 del contratto di concessione;

b) che nel caso di specie il contratto stipulato nel 1988 avrebbe ad oggetto non già una concessione di servizi pubblici bensì una concessione di costruzione e gestione di opera pubblica ovvero mista, attesa la prevalenza, nell'economia generale del rapporto, dei costi di realizzazione del nuovo impianto elettrico rispetto a quelli di gestione del servizio di illuminazione votiva, con la conseguente inapplicabilità delle disposizioni sancite dall'art. 113 t.u. enti locali, sostituite dalla disciplina tipica degli appalti richiamata dall'art. 144 codice dei contratti pubblici;

d) in subordine si invoca l'applicabilità in astratto della disciplina dettata dall'art. 113 bis, t.u. enti locali per i servizi locali privi di rilevanza economica.

4. Si è costituito il comune di Orta Nova deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

È intervenuta *ad adiuvandum* del ricorrente l'Associazione Nazionale Esercenti Impianti Lampade Votive Elettriche - A.n.e.i.l.v.e. (in prosieguo A.n.e.i.l.v.e.).

5. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica dell'11 novembre 2008.

6. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente la sezione precisa che il *thema decidendum* del presente giudizio è circoscritto dalle censure di primo grado come criticamente riproposte dall'originario ricorrente, non potendo trovare

ingresso le doglianze nuove sollevate dall'interventore *ad adiuvandum* in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 345 c.p.c. ed alla *ratio essendi* dell'istituto che consente l'introduzione nel processo amministrativo di interessi di mero fatto o riflessi (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 7 maggio 2008, n. 2094).

6.1. Deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità, per carenza assoluta di interesse, del primo motivo di gravame volto a contestare la giurisdizione del giudice amministrativo.

L'eccezione è infondata.

Presupposto indefettibile per esercitare l'impugnazione è la soccombenza.

In astratto, pertanto, solo la parte soccombente in punto di giurisdizione potrebbe appellare il relativo capo di sentenza; tale possibilità sembrerebbe esclusa nel caso concreto essendo risultata la ditta M. vincitrice sul punto.

In proposito, partendo dalla contrapposizione elaborata dalla dottrina germanica fra soccombenza formale e sostanziale, si ritiene che l'interesse ad impugnare debba considerarsi in senso pratico, risolvendosi cioè nel contrasto tra il contenuto della sentenza e le richieste avanzate in primo grado; tale interesse andrebbe apprezzato, pertanto, esclusivamente in relazione all'utilità giuridica che alla parte impugnante potrebbe derivare dall'accoglimento del gravame, con esclusione però dell'interesse di mero fatto o di quello puramente teorico (cfr. Cass. 20 giugno 2005, n. 14031; 24 luglio 2005, n. 15623).

Date queste premesse vengono considerate non più eccezioni, ma manifestazioni della illustrata regola, le numerose ipotesi di soccombenza sostanziale acquisite dalla giurisprudenza fra cui si rinviene, per quanto qui interessa, quella che ravvisa l'interesse ad impugnare nei casi in cui l'attore, soccombente nel merito, abbia visto risolta in suo favore una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio, che, risolta diversamente, gli consentirebbe la riproposizione della domanda.

Ché è quanto accadrebbe nel caso di specie, dove dall'eventuale accoglimento del pertinente motivo di gravame, discenderebbe l'annullamento, senza rinvio al T.a.r. ex art. 34, l. n. 1034 del 1971, dell'impugnata sentenza per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e la *translatio iudicii* davanti al giudice ordinario (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1606).

Deve convenirsi, pertanto, con la giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui la statuizione del giudice di primo grado sulla giurisdizione è riesaminabile in appello allorché la relativa questione sia stata sollevata in termini, e ciò a prescindere dall'aver l'appellante prescelto col ricorso di primo grado il giudice che poi contesta, posto che tale deduzione riflette sì una contraddittorietà logica ma non tale da risultare incompatibile con la sussistenza dell'interesse ad appellare, essendo comunque idoneo il motivo così dedotto ad ovviare alla soccombenza derivante dalla decisione appellata (cfr. Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 999).

Tali conclusioni non appaiono suscettibili di rimediazione alla luce del recente drastico intervento operato dalla Corte di cassazione sulla portata dell'art. 37 c.p.c. (cfr. sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

Le sezioni unite della Corte di cassazione hanno proposto una interpretazione restrittiva e residuale dell'art. 37 c.p.c., compiendo un nuovo passo verso una sostanziale unità delle giurisdizioni.

L'occasione è stata offerta da un ricorso per difetto di giurisdizione del giudice tributario proposto dalle amministrazioni soccombenti tanto in primo che in secondo grado, le quali non avevano in precedenza sollevato alcuna eccezione sotto tale profilo, che non aveva pertanto formato oggetto di esplicita pronuncia.

La corte affronta, risolvendolo in senso affermativo, il tema della possibilità di formazione di un giudicato implicito sulla giurisdizione, tale per cui, indipendentemente dalla pronuncia espressa sulla

giurisdizione da parte del giudice di primo grado, l'omessa contestazione di quest'ultima in sede di appello ne implica il definitivo radicamento innanzi al plesso giurisdizionale originariamente adito.

Muovendo dalla premessa che *<<qualsiasi decisione del merito implica la preventiva verifica della potestas iudicandi>>* e che *<<se la questione della giurisdizione non viene sollevata in alcun modo, significa che non vi è nessuna necessità che il giudice "mostri le proprie credenziali". Ma, il fatto che la decisione non sia "visibile", non significa che sia inesistente>>*, le sezioni unite ne deducono che *<<la tesi secondo la quale soltanto in caso di dubbio espresso possa riconoscersi la forza certificatrice del giudicato appare illogica, perché esclude tale vis proprio quando la questione non presenta alcun margine di incertezza e viene decisa de plano>>*. Dopo aver ricordato che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 37 e 276, comma 2, c.p.c. (che, come noto, rispettivamente impongono la verifica d'ufficio della *potestas iudicandi* e la previa disamina delle questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio rispetto alla decisione sul merito), la pronuncia afferma che *<<in definitiva, la decisione sul merito implica la decisione sulla giurisdizione e, quindi, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano, ma non eccepiscono il difetto di giurisdizione, pongono in essere un comportamento incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto e, quindi, si verifica il fenomeno dell'acquiescenza per incompatibilità con le conseguenti preclusioni sancite dagli artt. 329, secondo comma, c.p.c. e dall'art. 324 c.p.c.>>*.

Il pensiero delle sezioni unite è ulteriormente sviluppato in un successivo passaggio della pronuncia, nel quale si rileva che *<<l'evoluzione del quadro legislativo, ordinario e costituzionale, mostra l'affievolimento della centralità del principio di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, accompagnata dalla simmetrica emersione dell'esigenza di burocratizzare la giustizia, non più espressione esclusiva del potere statale, ma servizio per la collettività, che abbia come parametro di riferimento l'efficienza delle soluzioni e la tempestività del prodotto-sentenza, in un mutato contesto globale in cui anche la giustizia deve adeguarsi alle regole della concorrenza (si parla infatti di concorrenza degli ordinamenti giuridici>>); più avanti la medesima decisione richiama, in nome della *<<bontà e celerità del servizio giustizia>>*, la *<<perdita di anelasticità ed impermeabilità della giurisdizione>>* quale risulta dalla sentenza n. 77 del 2007 della Corte costituzionale che ha innovato rispetto ai tradizionali principi della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi, incompatibili con un sistema che non può sacrificare *<<il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al "bene della vita" oggetto della contesa>>*.*

È evidente che i principi espressi dalla Cassazione, ancorché traggano linfa diretta nel dovere di lealtà e probità previsto dall'art. 88 c.p.c. e nel valore costituzionale della ragionevole durata del processo, non consentono di superare:

a) il dato positivo specifico sancito per il processo amministrativo dall'art. 30, co. 1 e 2, l. n. 1034 del 1971, oggetto di opposta interpretazione da parte dell'adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. decisioni nn. 4 e 6 del 2005 che ammettono il rilievo officioso da parte del Consiglio di Stato della questione di giurisdizione in presenza di una statuizione implicita);

b) alcuni limiti invalicabili all'evoluzione in senso dispositivo della disciplina dei meccanismi di rilievo della giurisdizione (testimoniata dall'abrogazione dell'art. 2 c.p.c., in relazione al quale la stessa sentenza delle sezioni unite invoca il fenomeno del c.d. *forum shopping*), intrinseci alla regola costituzionale del giudice naturale ed al principio generale dell'effetto devolutivo dell'appello;

c) la conseguente impossibilità di configurare, *praeter legem*, meccanismi preclusivi processuali che inibiscano nel corso del giudizio di primo grado la verifica officiosa della *potestas iudicandi* e conseguentemente in sede di gravame la proposizione del relativo mezzo (come dovrebbe ammettersi nel caso di specie qualora si riconoscesse l'effetto preclusivo dell'accettazione esplicita da parte del comune della giurisdizione amministrativa).

6.2. Per un migliore esame di tutti i motivi di appello proposti, è indispensabile assodare l'esatta natura giuridica dell'affidamento per cui si controverte.

Come noto tale riscontro deve essere effettuato prioritariamente attraverso la disamina degli atti della procedura di affidamento (cfr. Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36).

In linea generale si ritiene che l'illuminazione elettrica votiva di aree cimiteriali da parte del privato costituisca oggetto di concessione di servizio pubblico locale a rilevanza economica e fruizione individuale perché richiede che il concessionario impegni capitali, mezzi, personale da destinare ad un'attività economicamente rilevante in quanto suscettibile, almeno potenzialmente, di generare un utile di gestione e, quindi, di riflettersi sull'assetto concorrenziale del mercato di settore (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 14 aprile 2008, n. 1600).

Tanto si evince dal d.m. 31 dicembre 1983 che ricomprendeva tra i c.d. servizi pubblici a domanda individuale proprio quello di illuminazione votiva e risulta oggi confermato dalla norma generale sancita dall'art. 172, co. 1, lett. e), t.u. enti locali che impone di allegare al bilancio di previsione, fra gli altri documenti, le deliberazioni con le quali sono determinati le tariffe per i servizi locali, nonché per quelli a domanda individuale, nonché i tassi di copertura in percentuale del costo di gestione dei servizi stessi.

In questi casi emerge il tratto distintivo della concessione di pubblico servizio che è dato:

a) dall'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio quale modalità di remunerazione dell'attività del prestatore (cfr. da ultimo Corte giust. CE, 18 luglio 2007, C-382/05); in quest'ottica, esaltando la funzione dell'assunzione di rischio, si ritiene addirittura irrilevante che il servizio pubblico sia indivisibile e che sia remunerato attraverso il pagamento di un prezzo da parte dell'amministrazione anziché mediante un corrispettivo a carico degli utenti (cfr. Cons. St., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; sez. V, 9 giugno 2008, n. 2865, fattispecie in tema di illuminazione di strade comunali, dove si è affermato essere indifferente che i cittadini usufruiscano del servizio *uti singuli* o come componenti della collettività);

b) dalla circostanza che il corrispettivo non sia versato dall'amministrazione, come nei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture la quale, anzi, percepisce un canone da parte del concessionario (cfr. Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333);

c) dalla diversità dell'oggetto del rapporto, che nella concessione di servizi è trilaterale (coinvolgendo l'amministrazione, il gestore e gli utenti), mentre nell'appalto è bilaterale (stazione appaltante - appaltatore).

In seguito la distinzione è stata codificata dalla direttiva 31 marzo 2004/18/CE e quindi recepita nel nostro ordinamento dall'art. 3, co. 12, del Codice dei contratti, definendo la concessione di servizi come *<<un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo>>*.

Per quanto concerne la distinzione tra concessioni di servizi e concessioni di lavori, al cospetto di fattispecie miste (come nella vicenda in esame) nelle quali le procedure di affidamento contemplano anche l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione del servizio, deve evidenziarsi la modifica dell'art. 2, l. n. 109 del 1994 ad opera della l. n. 62 del 2005 con la codificazione del criterio qualitativo - funzionale dell'accessorietà dei lavori rispetto all'oggetto principale dedotto nel contratto di servizio pubblico; sotto tale angolazione, con riferimento ancora alla normativa previgente, la Corte di giustizia CE non aveva mancato di stigmatizzare il diverso criterio della prevalenza quantitativa delle prestazioni a torto invocato dall'odierno appellante (cfr. sentenza 21 febbraio 2008, causa C/412/04); anche la più recente giurisprudenza nazionale ritiene che si avrà concessione di lavori pubblici ovvero di pubblici servizi a seconda che risulti strumentale il servizio rispetto alla costruzione dell'opera o viceversa (cfr. Cass., sez. un.,

14 febbraio 2008, n. 3518; Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2804).

Tanto premesso sul piano dei principi, emerge *per tabulas*, dalla ricostruzione dianzi effettuata del contenuto della delibera consiliare e del relativo contratto, che nel caso di specie l'amministrazione ha inteso in primo luogo affidare la gestione del servizio di illuminazione votiva e prevedere in chiave meramente accessoria l'ammodernamento dell'impianto elettrico.

Dal punto di vista funzionale pertanto, l'impianto elettrico in questione è un semplice strumento rispetto all'esigenza prioritaria di assicurare il culto dei defunti anche attraverso la gestione del servizio di illuminazione; e questo a prescindere dalla diversa incidenza dei costi delle opere e del servizio rispetto al valore complessivo della concessione.

6.3. Può scendersi all'esame del mezzo di gravame con cui si contesta la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il mezzo è infondato.

6.3.1. Nella vigenza dell'originaria versione dell'art. 5, l. T.a.r. non si dubitava che allorquando un comune si fosse avvalso dell'opera di un privato in relazione alle attività connesse all'illuminazione votiva cimiteriale, il relativo rapporto concretasse una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, come tale soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (cfr. Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7757).

Alle medesime conclusioni è pervenuta la giurisprudenza dopo l'entrata in vigore della norma sancita dall'art. 33, d.lgs. n. 80 del 1998 (cfr. Cass. sez. un., 27 aprile 2000, n. 294, secondo cui la controversia tra il concessionario di un pubblico servizio di illuminazione votiva cimiteriale e l'amministrazione, relativa alla revisione annuale delle tariffe da praticare agli utenti ed al contributo di allacciamento spettante al concessionario, è devoluta al giudice amministrativo).

Il quadro non è mutato, *in parte qua*, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004; nella nuova formulazione risultante dall'intervento manipolativo, l'art. 33, co. 1, cit. dispone nel senso che *<<sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio ...>>*.

La presente controversia, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente, ha ad oggetto la decisione dell'amministrazione di non concedere un ulteriore affidamento diretto del servizio in questione (oltre che degli accessori lavori di costruzione della piattaforma elettrica); trattasi dunque di un giudizio avente natura essenzialmente impugnatoria di un atto espressivo di funzione pubblica.

Si è al cospetto, quindi, di una controversia in cui l'eventuale cognizione di diritti soggettivi da parte del giudice amministrativo è in relazione al coinvolgimento immediato e diretto di poteri amministrativi, secondo il paradigma individuato dalla Corte costituzionale nella su menzionata sentenza n. 204 del 2004.

6.4. Accertata la natura propriamente concessoria di servizio pubblico, a rilevanza economica e fruizione individuale, del rapporto giuridico che lega il comune di Orta Nova alla ditta M., la sezione può prescindere dall'esame delle plurime eccezioni di inammissibilità, sollevate dalla difesa comunale per violazione del divieto *dei nova*, delle censure di merito articolate in sede di appello, stante la loro infondatezza.

Le tesi propuginate dall'appellante non possono essere accolte per due ordini autonomi di ragioni.

6.4.1. L'art. 12 del contratto, al contrario di quanto sostenuto dall'appellante, non fonda alcun diritto soggettivo del concessionario in ordine all'estensione dell'ambito oggettivo e della durata temporale

del rapporto concessorio.

Esso, viceversa, presuppone l'esercizio da parte dell'ente concedente dei poteri pubblicistici suoi propri.

A tale conclusione si giunge facendo uso dei canoni legali di interpretazione del contratto ed in particolare di quelli sanciti dagli artt. 1362 e 1363 c.c.

La reale intenzione delle parti emerge dal tenore testuale della clausola recata dal menzionato art. 12, letta alla luce del complesso delle pattuizioni contrattuali costitutive di una classica fattispecie di concessione - contratto, ovvero di un accordo accessivo ad un provvedimento autoritativo unilaterale che affida l'esercizio del servizio pubblico ad un soggetto estraneo all'organizzazione dell'ente concedente.

In tale contesto è evidente che la clausola prevista dall'art. 12 richiami, nella sostanza, la struttura del patto di opzione il cui modello è scolpito dall'art. 1331 c.c.: un negozio bilaterale, accessivo ad un contratto principale, in cui il promittente (la ditta M.) rende irretrattabile la dichiarazione manifestata di concludere un eventuale successivo contratto di servizio, dando corso ad una proposta irrevocabile cui corrisponde la facoltà di accettazione - giammai l'obbligo - da parte del promissario (il comune di Orta Nova).

6.4.2. Ulteriore ostacolo all'accoglimento delle domande di annullamento, accertamento e condanna proposte dalla ditta M. si rinviene in alcune norme sancite dall'art. 113, t.u. enti locali, nel testo vigente al momento della adozione dei provvedimenti di diniego opposti dal comune, quale risulta a seguito dell'intervento manipolativo operato dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272.

In particolare vengono in rilievo due norme.

La prima è quella divisa dal comma 15 *bis* secondo cui *<< ... le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006 ...>>*

È evidente che la concessione del servizio votivo, affidata senza gara, in base alla norma imperativa su riportata sarebbe venuta a scadenza anticipata rispetto al termine naturale fissato al 31 dicembre 2008 dall'art. 2 del contratto, ostacolando qualsiasi possibilità di proroga del servizio medesimo.

La seconda norma impeditiva della pretesa della ditta ricorrente è quella sancita dal comma 5, del medesimo art. 113, secondo cui *<<L'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio: a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica....>>*

La norma in commento, che impedisce in generale di affidare servizi pubblici locali a rilevanza economica senza gara, è a sua volta espressiva di un principio risalente, enucleabile dagli artt. 3 e 6, r.d. n. 2440 del 1923, e 41, r.d. n. 827 del 1924, applicato dalla giurisprudenza di questo Consiglio proprio avuto riguardo al servizio di illuminazione votiva (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, n. 1600 del 2008 cit.; sez. VI, 7 aprile 2006, n. 1893) ed incentrato sul carattere assolutamente eccezionale del ricorso alla trattativa privata.

Bene ha fatto, pertanto, il comune a rifiutare la richiesta di esecuzione dei lavori e di proroga dell'affidamento del servizio di illuminazione votiva.

7. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

Diritto

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;

- condanna la ditta M. P. & F. s.n.c. e l'Associazione Nazionale Esercenti Impianti Lampade Votive Elettriche - A.n.e.i.l.v.e. - in solido fra loro, a rifondere in favore del comune di Orta Nova le spese, le competenze e gli onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 8.000/00 oltre accessori come per legge (12,50% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio dell'11 novembre 2008, con la partecipazione di:

Domenico La Medica - Presidente

Filoreto D'Agostino - Consigliere

Aniello Cerreto - Consigliere

Vito Poli Rel. Estensore - Consigliere

Francesco Caringella - Consigliere

Consiglio di Stato sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5618

Fonti: Foro amm. CDS 2009, 9, 2101 (s.m)

*L'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito ha carattere preliminare anche se detta eccezione è stata proposta, in sede di appello, in via gradata. **Non osta alla proponibilità del motivo di impugnazione in questione, peraltro, la circostanza che la parte che lo ha prospettato abbia rivestito in primo grado la posizione processuale di ricorrente**, dovendosi ribadire il tradizionale divisamento secondo cui il ricorrente in appello, già attore e soccombente in primo grado, ha interesse a proporre il motivo di difetto di giurisdizione del giudice adito con il ricorso di primo grado, in quanto, pur considerando che l'appellante ha rivestito nel giudizio di primo grado la posizione di ricorrente principale e che, di conseguenza, dall'accoglimento del motivo dovrebbe discendere l'inammissibilità del ricorso da lui proposto in primo grado, va ritenuto ugualmente sussistente l'interesse sostanziale del medesimo alla proposizione del motivo; interesse da individuarsi nel vantaggio di sostituire, in caso di accoglimento da parte del giudice d'appello, una pronuncia di inammissibilità del ricorso di primo grado ad una pronuncia di infondatezza del ricorso stesso emessa dal giudice di primo grado.*

La giurisprudenza amministrativa dopo il Codice del processo amministrativo

Precedenti che consentono, almeno nei casi dubbi, la proponibilità dell'eccezione di giurisdizione in appello da parte del ricorrente originario

Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192

Conformemente all'indirizzo accolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione deve escludersi il divieto di abuso del processo sia violato dalla parte che mediante motivo di appello abbia contestato la giurisdizione amministrativa da lui stesso adita, almeno nel caso in cui si tratti di controversia rispetto alla quale sussiste un ragionevole dubbio sulla questione di giurisdizione.

Autorità: Consiglio di Stato sez. V

Data: 09/03/2015

n. 1192

Classificazioni: ABUSO DEL PROCESSO

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.,

sul ricorso numero di registro generale 10633 del 2014, proposto

dalla Truestar Group s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati

Raffaele Izzo, Diego Vaiano, Maria Rita Surano e Sara Valaguzza, con

domicilio eletto presso lo Studio Vaiano Izzo in Roma, lungotevere

Marzio 3;

contro

Aeroporti di Roma s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio

Cintioli, con domicilio eletto presso Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

nei confronti di

Safe Bag s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Elvira Poscio, Enrico Ginevra e Massimo Letizia, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Monte Santo 68;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA, SEZIONE III TER, n. 11405/2014, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in subconcessione di due aree dell'aeroporto di Fiumicino per lo svolgimento di attività di avvolgimento bagagli

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Roma s.p.a. e Safe Bag s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 il

Consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati

Raffaele Izzo, Fabio Cintioli, Elvira Poscio e Massimo Letizia;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

FATTO

1. La TrueStar group s.p.a. veniva invitata dalla Aeroporti di Roma s.p.a., concessionaria dell'aeroporto di Roma - Fiumicino, a partecipare alla procedura selettiva per l'affidamento in subconcessione fino al 31.5.2017 di due spazi da destinare all'attività di avvolgimento bagagli nei terminal 1 e 3 (lettera d'invito del 19 dicembre 2013).

Per la selezione dell'offerta migliore la concessionaria aeroportuale aveva previsto il criterio del massimo rialzo del canone da corrispondere per l'utilizzo degli spazi, in proporzione al volume d'affari stimato (*royalty*), con un minimo annuo garantito, sulla base d'asta fissata rispettivamente nel 32% e in € 50.000 annui. Su questa base, la TrueStar group offriva il rialzo massimo: 66% di *royalty*, con un minimo di € 630.000, contro il 33% ed € 51.000 rispettivamente offerti dall'unica altra impresa invitata, Safe Bag s.p.a.; seguiva la richiesta di giustificare l'offerta perché "*anormalmente elevata, anche in relazione all'unica altra offerta presentata*" (nota del 17 aprile 2014) ed infine l'esclusione per stime di avvolgimento dei bagagli ritenute "*eccessivamente elevate*" (provvedimento finale dell'11 giugno successivo).

2. La TrueStar group proponeva quindi ricorso al TAR Lazio - sede di Roma, il quale con la sentenza in epigrafe:

I) respingeva l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dalla stessa ricorrente in memoria conclusionale, ritenendo la controversia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle concessioni di beni pubblici ex art. 133, comma 1, lett. b), cod. proc. amm., in ragione della "*natura demaniale del sedime ove l'attività è svolta*";

II) respingeva nel merito tutte le censure del ricorso, osservando a questo riguardo che:

II. 1) pur trattandosi di contratto attivo, la verifica di anomalia prevista nella lettera di invito e svolta dalla concessionaria aeroportuale trova il proprio fondamento giustificativo nel fatto che il canone da questa corrisposto dalla sub-concessionaria è destinato alla riduzione dei diritti aeroportuali gravanti sulle compagnie aeree, in virtù della concessione stipulata da Aeroporti di Roma con l'ENAC, per cui "*pur non influenzando sull'assetto economico dei rapporti con l'autorità concedente, i flussi rivenienti dalle subconcessioni integrano comunque una partita economica ascrivibile alla peculiare posizione di mercato del gestore aeroportuale, con la conseguenza che stavolta, per la particolare configurazione del mercato stesso, assume effettivamente portata centrale l'esigenza di evitare la produzione di effetti anticoncorrenziali*";

II. 2) nel verificare la sostenibilità dell'offerta, la sub-concedente aveva assicurato alla ricorrente "*adeguate garanzie di contraddittorio*";

III. 3) la determinazione di esclusione è supportata da adeguata e logica motivazione circa l'insostenibilità del canone offerto, in ragione dei flussi di passeggeri stimati e del posizionamento delle aree da assegnare per lo svolgimento dell'attività di avvolgimento bagagli.

3. La TrueStar group ha quindi proposto appello, nel quale contesta tutte le statuizioni rese dal giudice di primo grado, ed al quale resistono la Aeroporti di Roma e la Safe Bag.

Diritto

DIRITTO

1. Preliminarmente va dato atto che nel primo motivo la TrueStar Group contesta la giurisdizione amministrativa pur da essa adita.

2. Al riguardo, secondo il prevalente orientamento di questo Consiglio di Stato un simile contegno integra una violazione del divieto di abuso del processo, sanzionato con l'inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione (Sez. V, novembre 2013 n. 5421, 16 aprile 2013, n. 2111, 7 febbraio 2012 n. 656; Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 585, 20 settembre 2012, n. 4987, 9 luglio 2012, n. 4010).

3. Le Sezioni unite della Cassazione affermano invece principi parzialmente diversi.

Infatti, pur avendo ripetutamente statuito che lo strumento tipico per risolvere la questione di giurisdizione prima che sia definito anche solo in parte il merito della controversia è il regolamento preventivo di giurisdizione, rispetto alla cui proposizione è pertanto legittimata anche la parte attrice o ricorrente (sentenza 23 aprile 2001, n. 174, ordinanze 25 luglio 2002, n. 10995, 6 luglio 2004, n. 12412, 14 gennaio 2005, n. 603, 21 settembre 2006, n. 20504, 27 gennaio 2011, n. 1876, 12 luglio 2011, n. 15237, 24 aprile 2014, n. 9251), nondimeno, in una recente pronuncia le stesse Sezioni unite hanno escluso che il divieto di abuso del processo sia violato dalla parte che abbia contestato la giurisdizione amministrativa da lui stesso adita, mediante motivo d'appello ai sensi dell'art. 9 del codice del processo di cui al d.lgs. n. 104/2010, in una controversia in cui il dubbio obiettivamente si poneva ed in relazione alla quale scaturiva quindi una "*necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione*" (sentenza 19 giugno 2014, n. 13940).

4. Ciò precisato, nel caso di specie può ritenersi che il dubbio ragionevole da parte della TrueStar effettivamente vi sia, tenuto conto che sul contratto in contestazione vi è stata la pronuncia affermativa della giurisdizione della VI Sezione, nella sentenza 22 aprile 2014, n. 2026, in esecuzione della quale Aeroporti di Roma ha indetto la procedura i cui atti sono qui impugnati.

5. Passando dunque esaminare il merito del primo motivo, in linea con la giurisprudenza cautelare di questa Sezione (ordinanze nn. 762, 764 e 765 del 19 febbraio 2014) lo stesso deve essere accolto, dovendosi pertanto dichiarare ex art. 11 cod. proc. amm. il giudice ordinario quale giudice munito di giurisdizione nella presente controversia, e davanti al quale potrà dunque essere effettuata la riproposizione della domanda ai sensi della citata disposizione del codice del processo.

6. Decisiva è la circostanza evidenziata dall'appellante, oltre che dallo stesso TAR, e cioè che l'attività di avvolgimento dei bagagli non attiene ad alcuno dei servizi di "assistenza a terra" elencati nell'allegato A al d.lgs. n. 18/1999 ("Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità").

Il punto 3 del citato elenco prevede infatti che l'assistenza bagagli, devoluta alla cura del gestore aeroportuale ed assoggettata alla normativa in questione, *"comprende il trattamento dei bagagli nel locale di smistamento, lo smistamento degli stessi, la loro preparazione in vista della partenza, il loro caricamento e scaricamento rispettivamente su e dai sistemi trasportatori da e per l'aereo, nonché il trasporto dei bagagli dal locale di smistamento alla sala di distribuzione"*.

Si pone dunque al di fuori di tale previsione l'attività di avvolgimento dei bagagli, la quale si sostanzia in un servizio di natura squisitamente commerciale, che non necessariamente deve essere offerto negli aeroporti, e che si pone certamente in una fase precedente rispetto allo smistamento del bagaglio contemplato dalla norma in esame che fa seguito al *check-in*.

7. Non sono al riguardo condivisibili le opposte conclusioni cui è invece giunta la VI Sezione nella citata sentenza 22 aprile 2014, n. 2026 (sentenza impugnata per motivi inerenti alla giurisdizione dell'odierna appellante e sospesa dalla VI Sezione, come dedotto e documentato in camera di consiglio).

Non può in particolare convenirsi con la tesi secondo cui la sub-concessione del sedime aeroportuale per consentire lo svolgimento dell'attività di avvolgimento bagagli rientrerebbe comunque nell'ampia nozione di "sfruttamento" degli aeroporti prevista dall'art. 213 cod. contratti pubblici, da cui conseguirebbe l'assoggettamento del contratto in questione alle norme di evidenza pubblica relative ai contratti nei settori speciali di cui alla parte III del medesimo codice.

La nozione di sfruttamento deve infatti essere interpretata in senso restrittivo, come statuito dall'Adunanza plenaria nella sentenza 1 agosto 2011, n. 16, avuto riguardo al fatto che l'art. 217 esclude dai settori speciali i contratti affidati dagli enti in essi operanti ma *"per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività"*.

8. Questo è il caso dell'attività di avvolgimento dei bagagli, perché, come sopra accennato, la stessa non è necessaria allo smistamento degli stessi in vista del successivo stivaggio negli aeromobili ai sensi del punto 3 del citato allegato A al d.lgs. n. 18/1999. Solo questa parte rientra negli obblighi di servizio pubblico demandati al gestore aeroportuale ai sensi della normativa di settore, e dunque solo i servizi che siano oggettivamente finalizzati a questa attività del gestore aeroportuale possono essere qualificati come contratti nei settori speciali di cui alla parte III del d.lgs. n. 163/2006 (cfr. il § 24 della parte in diritto della citata sentenza dell'Adunanza plenaria 1 agosto 2011, n. 16).

Tanto meno una simile estensione può essere consentita in virtù della direttiva 2009/12/CE, concernente i diritti aeroportuali, come ulteriormente ritenuto dalla VI Sezione.

Questi diritti costituiscono le entrate spettanti ai gestori aeroportuali *"per l'utilizzo delle infrastrutture e dei servizi che sono forniti esclusivamente dal gestore aeroportuale e che sono connessi all'atterraggio, al decollo, all'illuminazione e al parcheggio degli aeromobili e alle operazioni relative ai passeggeri e alle merci"* [art. 3, n. 4)], restando quindi esclusi da essi i proventi di carattere commerciale.

9. Pertanto, come ulteriormente osserva l'appellante, al contratto in contestazione è applicabile l'ultimo comma dell'art. 4 della l. n. 755/1973 (*"Gestione unitaria del sistema aeroportuale della capitale e costruzione di una nuova aerostazione nell'aeroporto intercontinentale "Leonardo da Vinci" di Roma-Fiumicino"*), secondo cui la società concessionaria *"può anche provvedere a servizi particolari mediante appalti o subconcessioni parziali regolate dal diritto privato, ferma restando la propria responsabilità"*.

10. Non sono possono essere tuttavia condivise nemmeno le conclusioni del TAR, che, pur dissentendo dal precedente della VI Sezione sopra esaminato, ha ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di concessioni di beni pubblici.

Infatti, per costante giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, in materia di concessioni di beni pubblici la giurisdizione appartiene al giudice ordinario per le controversie relative a rapporti tra il concessionario e terzi ai quali l'amministrazione concedente resti totalmente estranea (Cass., Sez. un., ord. 19 dicembre 2009, n. 26823, relativa ad una concessione di spazi aeroportuali per l'esercizio di attività di ristorazione; 21 ottobre 2005, n. 20339, concernente una sub-concessione di un box e di posti auto ubicati all'interno di un aeroporto ed il risarcimento dei danni per il periodo di illegittima occupazione; Cass., sez. un., 25 giugno 2002, n. 9233, anch'essa resa su un rapporto di sub-concessione di spazi di un aeroporto per l'esercizio di attività di bar ristorante).

11. In conclusione, in accoglimento del primo motivo d'appello, ed assorbiti i restanti, il ricorso di primo grado della TrueStar Group deve essere dichiarato inammissibile, essendo la relativa controversia devoluta al giudice ordinario.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti, in ragione della complessità delle questioni controverse e dell'esistenza di contrasti giurisprudenziali.

PQM

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile il ricorso della TrueStar group s.p.a., indicando ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm. il giudice ordinario quale giudice munito di giurisdizione sulla presente controversia.

Compensa tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Precedenti che escludono la proponibilità dell'eccezione di giurisdizione in appello da parte dell'originario ricorrente

Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2015, n. 5484

Secondo l'orientamento ormai consolidato del Consiglio di Stato, dare ingresso a tale questione in questa fase del giudizio consentirebbe alla parte, che ha introdotto la domanda giudiziale scegliendo il giudice ritenuto titolare della giurisdizione, di sottrarsi a quell'onere di non contraddizione che si esprime nel divieto di venire contra factum proprium. In altre parole: una condotta di tal genere non può essere consentita, in quanto è evidentemente solo opportunistica e strumentale, contrasta con i canoni di lealtà e correttezza processuale e finisce per integrare un evidente abuso del processo (sul che si veda Cons. Stato., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3).

Si aggiunga che - come pure è stato osservato - una simile condotta contraddice l'obbligo di cooperazione che l'art. 2, comma 2, c.p.a. pone al giudice e alle parti "per la realizzazione della ragionevole durata del processo". Infatti, l'obbligo ora detto impone di considerare irretrattabile la scelta dell'organizzazione giudiziaria adita, pena altrimenti l'inaccettabile conseguenza che, proprio grazie alla possibilità di riproporre la domanda davanti al giudice dotato di giurisdizione, la decisione nel merito subisca una dilazione solo in conseguenza del radicale mutamento di strategia processuale della parte, che neppure abbia ritenuto di avvalersi dello specifico strumento predisposto per dissipare i dubbi sulla titolarità della potestas iudicandi del giudice adito, rappresentato - come è noto - dal regolamento preventivo di giurisdizione ex art. c.p.a. e art. 41 c.p.c.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3751 del 2014, proposto da:

Anna Maria Fischetti, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Massari, con domicilio eletto presso la

Segreteria della Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Provincia di Brindisi, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituita

nei confronti di

Enel Distribuzione s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Gaetano Grandolfo, Roberto Tanzariello, Raffaele Nicoli', con domicilio eletto presso Gianluigi Abbruzzese in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 8;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE: SEZIONE III n. 00299/2014, resa tra le parti, concernente decreto di occupazione d'urgenza - costituzione servitù di elettrodotto - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Enel Distribuzione s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2014 il Cons. Giuseppe Castiglia e udito per la parte appellante l'Avv. Nicolangelo Zurlo su dichiarata delega dell'Avv. Massari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La signora Anna Maria Fischetti è proprietaria di un fondo agricolo nel territorio del Comune di Francavilla Fontana, che è stato dapprima oggetto di un'occupazione d'urgenza (decreto della Provincia di Brindisi n. 119/V dell'11 novembre 2003) e poi gravato di un asservimento in favore di un elettrodotto costruito dall'Enel Distribuzione s.p.a. (d'ora in poi: Enel) (decreto provinciale n. 17/V del 24 gennaio 2008).

Con ricorso principale e motivi aggiunti, la signora Fischetti ha impugnato tutti i successivi atti della procedura.

Con sentenza 3 febbraio 2014, n. 299, il T.A.R. per la Puglia – Lecce, sez. III:

ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo, rivolto contro l'autorizzazione provvisoria alla realizzazione dell'elettrodotto (decreto dirigenziale n. 55/V del 3 giugno 2003) e il provvedimento di occupazione d'urgenza, considerati entrambi atti di natura temporanea, divenuti inefficaci a seguito del rilascio del provvedimento definitivo di autorizzazione (decreto n. 20/V del 20 febbraio 2005);

ha respinto i primi motivi aggiunti, considerando la procedura espropriativa tempestivamente conclusa con il predetto decreto di asservimento, adottato entro il termine (31 dicembre 2008) stabilito dall'autorizzazione definitiva, che - ai sensi dell'art. 9 del decreto del Presidente della Repubblica 18 marzo 1965, n. 342 - avrebbe valore di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere; la proroga del diverso termine per l'effettuazione dei lavori, intervenuta all'interno del medesimo termine finale, non avrebbe valenza lesiva del diritto del privato, già definitivamente compromesso con

l'imposizione della servitù di elettrodotto;

ha dichiarato irricevibili per tardività i secondi motivi aggiunti.

La signora Fischetti ha interposto appello contro la sentenza.

1. In via preliminare, l'appellante contesta la **giurisdizione** del G.A. Il decreto d'occupazione d'urgenza sarebbe stato emesso sulla scorta di un'autorizzazione provvisoria priva sia della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera sia dell'indicazione dei termini prescritti dell'art. 13 della legge 25 giugno 1865, n. 2358. La potestà espropriativa sarebbe radicalmente carente: verrebbe dunque in questione un mero comportamento materiale dell'Amministrazione, la cognizione del quale - come avrebbe dovuto rilevare, anche d'ufficio, il Tribunale territoriale - apparterebbe al G.O.

2. Ancora, vi sarebbe difetto di **giurisdizione** perché il termine di conclusione dei lavori, fissato dal decreto di autorizzazione definitiva al 31 dicembre 2005, sarebbe decorso inutilmente; l'atto che ha disposto una successiva proroga sino al 31 dicembre 2007 (decreto della Provincia n. 28/V del 5 febbraio 2008) sarebbe stato adottato a termine decorso, in un momento paradossalmente successivo anche alla nuova scadenza prorogata, e andrebbe comunque considerato *tamquam non esset*. Anche il decreto di occupazione (n. 78/V del 28 aprile 2004) avrebbe perso efficacia, non essendo stato eseguito nei successivi novanta giorni (ai sensi dell'art. 22 *bis* del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 - c.d. testo unico dell'espropriazione). L'inosservanza del termine, non sanato dall'adozione dell'autorizzazione definitiva del 20 febbraio 2005, avrebbe comportato la decadenza della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, in base al principio che collegherebbe tale effetto all'inosservanza anche solo di uno dei termini previsti dalla procedura espropriativa.

3. Quanto alla pronuncia di irricevibilità del secondo motivo, formulato avverso il decreto di asservimento, questa avrebbe trascurato la già avvenuta impugnazione del medesimo atto con i primi motivi e la circostanza che, essendo tale decreto - in tesi - radicalmente nullo, in quanto adottato dopo la decadenza della dichiarazione di pubblica utilità, la sua impugnativa non sarebbe soggetta a termini decadenziali. In disparte da ciò, il T.A.R. non avrebbe rispettato l'art. 30 c.p.a. perché, a fronte di una domanda risarcitoria per danni derivanti da comportamenti illegittimi della P.A., il Giudice avrebbe comunque il dovere di pronunziarsi non solo quando si tratti di domanda formulata in via autonoma, ma anche quando sia stata proposta assieme alla domanda di annullamento e su questa sia intervenuta una pronuncia di rito. Pertanto l'appellante rinnova la richiesta di risarcimento dei danni.

4. Nel riproporre poi le altre doglianze formulate in primo grado, l'appellante contesta:

4.1 la mancata applicazione del t. u. dell'espropriazione e l'applicazione, in luogo di questo, del regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 (c.d. testo unico delle acque e degli impianti elettrici). Non varrebbe la disposizione transitoria dell'art. 57 del t. u. del 2001, perché la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, pur già formalmente intervenuta, sarebbe radicalmente nulla per mancata indicazione dei termini finali del compimento dei lavori e della procedura espropriativa, impropriamente e inutilmente apposti nel decreto di occupazione;

4.2 violazione delle garanzie partecipative. Senza indicare specifiche esigenze di rapidità, l'Amministrazione avrebbe omesso di comunicare al privato l'avviso di avvio del procedimento di rilascio dell'autorizzazione provvisoria;

4.3 sviamento di potere e disparità di trattamento. Omettendo qualunque valutazione comparativa, l'Enel avrebbe modificato l'originario tracciato, che non avrebbe coinvolto il fondo dell'appellante, solo a seguito dell'opposizione manifestata da altri proprietari, interessati dai lavori;

4.4 mancata acquisizione del preventivo assenso del Comune, prescritto invece dall'art. 81 del

decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616;

4.5 vizio di tutti gli atti della procedura, in quanto discendenti da un'autorizzazione provvisoria in cui non sarebbero stati fissati i termini previsti dall'art. 13 della legge n. 2359 del 1865;

4.6 ulteriori profili di violazione di legge ed eccesso di potere: mancanza del nulla osta paesaggistico del Comune e della valutazione di impatto ambientale, carenza di istruttoria in relazione alla pericolosità dell'impianto per rischio di inquinamento elettromagnetico, assenza dei pareri favorevoli dell'A.R.P.A. e dell'A.U.S.L., violazione del principio di cautela.

Nel concludere, l'appellante chiede la condanna della Provincia e dell'Enel al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente, previa consulenza tecnica per la descrizione dello stato dei luoghi, l'accertamento della mancata conformità del tracciato autorizzato a quello realizzato (che la parte privata allega, richiamando la planimetria depositata in atti nel giudizio di primo grado) e la quantificazione dei danni.

L'Enel resiste all'appello con controricorso e successiva memoria difensiva.

1. In primo luogo, contesta l'ammissibilità della questione di **giurisdizione**, che non potrebbe essere sollevata dalla parte di fronte al giudice che essa stessa ha scelto. Il profilo di **giurisdizione** esaurirebbe le doglianze formulate contro il capo della sentenza concernente il ricorso principale; in questa parte, l'appello sarebbe dunque inammissibile o improcedibile.

2. Quanto poi alla censura di mancato rispetto dei termini del procedimento, ampiamente esposta nel secondo motivo dell'appello, osserva che tali termini sarebbero stati indicati nel decreto di autorizzazione definitiva n. 20 del 2 febbraio 2005 (31 dicembre 2005 per la conclusione dei lavori e 31 dicembre 2008 per la conclusione delle procedure ablatorie). Questo secondo termine sarebbe stato perfettamente osservato (il decreto di asservimento è del 24 gennaio 2008). Il primo, invece, sarebbe stato prorogato dapprima con decreto n. 143/V del 16 ottobre 2006, mai impugnato, e poi nuovamente con decreto n. 28/V del 5 febbraio 2008, data alla quale l'appellante avrebbe già perso la piena proprietà del bene per effetto del ricordato decreto di asservimento.

3. La decisione di irricevibilità dei secondi motivi aggiunti sarebbe corretta. Né il T.A.R. avrebbe errato nel non pronunciarsi sulla domanda risarcitoria, posto che - per ammissione della stessa appellante - tali motivi sarebbero stati riproductivi dei precedenti, giudicati infondati nel merito.

4. A proposito delle ulteriori censure, osserva che:

- il procedimento sarebbe stato governato unicamente dal t.u. delle acque e degli impianti elettrici, poiché alle reti energetiche, a seguito di una successiva norma di rinvio (da intendersi, a correzione di quanto indicato nella memoria, come l'art. 1 *sexies*, comma 7, del decreto-legge 23 agosto 2003, n. 290, introdotto dalla legge di conversione 27 ottobre 2003, n. 290), il t.u. espropriazioni si sarebbe applicato solo a decorrere dal 30 giugno (*recte*: 31 dicembre) 2004;

- tutti i termini previsti dall'art. 13 della legge n. 2359 del 1865 sarebbero stati indicati nell'autorizzazione provvisoria;

- la particolarità del procedimento prevarrebbe sulla normativa generale recata dalla legge 7 agosto 1990, n. 241: il rispetto delle forme prescritte dagli artt. 111 e 112 t.u. acque e impianti elettrici sarebbe sufficiente allo scopo;

- l'attività di localizzazione delle opere pubbliche sarebbe ampiamente discrezionale, dal che l'inammissibilità delle relative censure.

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2014, l'appello è stato chiamato e trattenuto in decisione.

DIRITTO

1 e 2. Con i primi due motivi dell'appello, la signora Fischetti deduce il difetto di **giurisdizione** del G.A. a seguito di un'asserita carenza assoluta della potestà espropriativa, sul presupposto che i provvedimenti impugnati sarebbero stati adottati dopo l'inutile decorso dei termini di legge. A sostegno della propria tesi, l'appellante richiama ampiamente giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di cassazione.

Senonché - in disparte il merito delle censure, in chiave generale e con riguardo al caso concreto - la questione di **giurisdizione**, proposta per la prima volta nella sede di appello dalla parte autrice del ricorso originario, è inammissibile (cfr. per tutte Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, ove precedenti ulteriori, ai quali *adde* almeno Id., sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; Id., sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337)..

Secondo l'orientamento ormai consolidato del Consiglio di Stato, dare ingresso a tale questione in questa fase del giudizio consentirebbe alla parte, che ha introdotto la domanda giudiziale scegliendo il giudice ritenuto titolare della **giurisdizione**, di sottrarsi a quell'onere di non contraddizione che si esprime nel divieto di *venire contra factum proprium*. In altre parole: una condotta di tal genere non può essere consentita, in quanto è evidentemente solo opportunistica e strumentale, contrasta con i canoni di lealtà e correttezza processuale e finisce per integrare un evidente **abuso del processo** (sul che si veda Cons. Stato., ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3).

Si aggiunga che - come pure è stato osservato - una simile condotta contraddice l'obbligo di cooperazione che l'art. 2, comma 2, c.p.a. pone al giudice e alle parti "per la realizzazione della ragionevole durata del **processo**". Infatti, l'obbligo ora detto impone di considerare irretrattabile la scelta dell'organizzazione giudiziaria adita, pena altrimenti l'inaccettabile conseguenza che, proprio grazie alla possibilità di riproporre la domanda davanti al giudice dotato di **giurisdizione**, la decisione nel merito subisca una dilazione solo in conseguenza del radicale mutamento di strategia processuale della parte, che neppure abbia ritenuto di avvalersi dello specifico strumento predisposto per dissipare i dubbi sulla titolarità della *potestas iudicandi* del giudice **adito**, rappresentato - come è noto - dal regolamento preventivo di **giurisdizione** ex art. c.p.a. e art. 41 c.p.c.

Come esattamente osserva la difesa di Enel, la questione di **giurisdizione** esaurisce le prime due doglianze, che non richiedono dunque uno specifico esame di merito, neppure con riguardo alla ritenuta tardività, e conseguente inutilità, dell'adozione del decreto provinciale di proroga del termine per la conclusione dei lavori.

3. Circa il terzo motivo dell'appello, merita conferma la decisione del T.A.R. che ha dichiarato irricevibili per tardività i secondi motivi aggiunti.

Con questi, in primo grado, la signora Fischetti aveva impugnato il decreto di asservimento del 24 gennaio 2008, già contestato con i primi motivi notificati il 28 maggio 2008. I secondi motivi sono stati notificati il 17 novembre successivo e, non fondandosi su nuovi elementi, devono dirsi irrimediabilmente intempestivi.

Non può valer obiettare in contrario - come fa l'appellante - che l'impugnativa in discorso non sarebbe soggetta ai termini di decadenza, per essere rivolta contro un atto adottato in radicale carenza di potere. La presunta carenza di potere in astratto è stata dedotta solo in appello con riguardo a un'**eccezione** di difetto di **giurisdizione** che - come appena si è visto - è ormai inammissibile. La questione sostanziale sottostante (del se, nella specie, il potere amministrativo esercitato sia assolutamente carente) non può dunque trovare ingresso per questa via né consentire l'esame del merito del motivo in oggetto.

Questo neppure può avere luogo in base all'art. 30 c.p.a. che, se ammette la domanda autonoma di risarcimento dei danni prodotti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa, non può diventare lo

strumento per eludere i termini stabiliti dalla legge a pena di decadenza.

Si aggiunga, infine, che l'illegittimità dell'azione della P.A. deriverebbe - in tesi - da un'occupazione d'urgenza disposta a seguito di un'autorizzazione provvisoria priva della dichiarazione di pubblica utilità e dell'indicazione dei termini previsti dall'art. 13 della legge n. 2359 del 1865, cioè da un presupposto inesatto in punto di diritto e di fatto, come meglio si vedrà, rispettivamente, *sub* 4.1 e 4.5.

4. Non hanno più solido fondamento le ulteriori censure proposte in primo grado, solo in parte esaminate dal Tribunale territoriale e rinnovate con l'appello.

4.1 Al contrario di quanto sostiene la parte privata (che, peraltro, più volte si duole della violazione della previgente legge del 1865), il t.u. dell'espropriazione era inapplicabile alla vicenda per una duplice ragione.

Da un lato, la disposizione transitoria dell'art. 57 ne ha escluso l'applicabilità ai progetti per i quali, alla data dell'entrata in vigore del d.P.R. (30 giugno 2003) fosse già intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza. Il che, nella specie, era già avvenuto con l'autorizzazione provvisoria del 3 giugno 2003 che - ai sensi dell'art. 9 del d.P.R. n. 342 del 1965 - ha comportato dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere (cfr. Cass. civ., ss. uu., 22 aprile 2013, n. 9679).

Benché contestata dall'appellante, tale autorizzazione era del tutto legittima, anche con riguardo alla previsione di termini per gli adempimenti successivi (su ciò si veda meglio *sub* 4.5).

Dall'altro, la normativa citata dall'Enel e ricordata in narrativa ha posposto al 31 dicembre 2004 l'applicabilità del t.u. sopra ricordato alle reti energetiche: e non sarebbe ragionevole supporre che il medesimo procedimento amministrativo sia soggetto a discipline differenti, neanche del tutto reciprocamente compatibili, al verificarsi di una scadenza temporale che segni il passaggio dall'efficacia di una normativa a quella di un'altra. Nel silenzio della legge, sembra davvero preferibile concludere, invece, che, quando non ostino specifiche ragioni di segno contrario, l'originaria normativa di riferimento continui a governare la vicenda sino all'adozione del provvedimento finale.

4.2 Non sussiste la lamentata violazione del principio delle garanzie partecipative. Questo, nelle specie, trova tutela attraverso un diverso meccanismo, secondo le forme di pubblicità e intervento previste dagli artt. 111 (pubblicazione di avvisi nel foglio degli annunci legali della provincia) e 122 (facoltà di presentare osservazioni e opposizioni) del t.u. delle acque e degli impianti elettrici. Si tratta di disposizioni che, pur nella loro particolarità, consentono ai privati di avere notizia del procedimento e di interloquire con la P.A., cosicché, in applicazione del principio di specialità e tenuto conto della complessità della materia (un procedimento di autorizzazione provvisoria o definitiva alla costruzione di nuove linee elettriche è suscettibile di coinvolgere un numero di soggetti elevatissimo e non agevolmente determinabile *a priori*), esse devono ritenersi idonee a disciplinare la fattispecie anche in deroga alle previsioni della legge n. 241 del 1990.

4.3 Le censure relative al tracciato dell'elettrodotto sono in parte generiche, in parte irrilevanti, perché la scelta circa la localizzazione di un'opera pubblica è rimessa a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione (giurisprudenza costante: si veda per tutte Cons. Stato, sez. IV, 26 ottobre 2012, n. 5492; Id., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4280). La circostanza poi che, in concreto, l'elettrodotto avrebbe avuto un andamento diverso da quello del tracciato approvato è affermata tautologicamente: la planimetria allegata al ricorso introduttivo, cui l'appello fa riferimento, è una pianta catastale muta e senza data, che nulla dimostra quanto al vizio dedotto. Segue da ciò, inoltre, l'inutilità di una C.T.U., richiesta dalla parte per verificare lo stato dei luoghi.

4.4 E' irrilevante la mancata acquisizione del parere del Comune, venendo in questione una competenza ormai propria della Provincia (art. 4 della legge della Regione Puglia 30 novembre 2000, n. 20).

Per altro verso, la censura di violazione del dettato costituzionale e dell'art. 81 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, suona del tutto generica e troppo poco argomentata per poter essere presa in considerazione.

4.5 La doglianza seguente, con cui l'appellante si duole dell'assenza, nell'autorizzazione provvisoria, dei termini previsti dall'art. 13 della legge n. 2359 del 1865, parrebbe particolarmente suggestiva, alla luce della giurisprudenza della Corte di cassazione che da una tale omissione fa discendere un vizio radicale del provvedimento, destinato a estendersi all'autorizzazione definitiva e al successivo decreto di asservimento (cfr. da ultimo Cass. civ., ss. uu., n. 9679 del 2013, cit.).

Senonché, nel caso di specie, non è affatto dato riscontrare un'omissione di tal genere, posto che l'autorizzazione provvisoria stabilisce che "i lavori e le relative espropriazioni dovranno essere iniziati nel triennio successivo alla data della presente autorizzazione ... e ultimati entro il quinquennio successivo alla data di immissione in possesso ai sensi dell'art. 20 co. 2 della legge n. 865/71" (punto 9).

4.6 Le doglianze conclusive, da ultimo, nella loro genericità (dalla presunzione di assenza di determinati atti endoprocedimentali a una non meglio specificata evocazione del principio di cautela, che sarebbe stato violato), non appaiono comunque dimostrate e non sono grado di condurre a una pronuncia di illegittimità degli atti impugnati.

5. Dalle considerazioni che precedono, discende che l'appello è infondato e deve essere respinto.

Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati ritenuti dal Collegio non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a condurre a una conclusione di segno diverso.

Peraltro, anche considerata la lunghezza e la complessità della vicenda, le spese di giudizio possono essere compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa fra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Consiglio di Stato sez. IV, 26 agosto 2015, n. 3990

Ai sensi degli artt. 74 e 88 comma 2 lett. d), c.p.a., è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado; tale regola processuale trova infatti fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire contra factum proprium dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), in cui si inserisce anche l'abuso del processo.

Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2015, n. 1605

E' inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che ha adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado;

Tale regola processuale trova fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire contra factum proprium dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), in cui si inserisce anche l'abuso del processo. Tale esegesi è stata da ultimo fatta propria dalla Cassazione (sia pure con alcuni temperamenti: cfr. Sez. un., ord., 24 aprile 2014, n. 9251 resa in sede di regolamento di giurisdizione); si è così affermato che «il mutamento della linea difensiva della parte, sulla questione attinente alla giurisdizione, inizialmente ravvisata in quella del giudice amministrativo, non costituisce espressione di slealtà processuale o di abuso del diritto di difesa allorché sia frutto di un ragionevole ripensamento imposto da un sopravvenuto orientamento di legittimità e, al contempo, da inattese decisioni, su altre analoghe controversie, da parte del giudice amministrativo che siano concretamente suscettibili di caducazione a causa della loro non conformità ai criteri di riparto della giurisdizione affermate dalle sezioni unite, dovendosi apprezzare la posizione della parte come intesa a sollecitare l'iter processuale, in funzione del diritto alla ragionevole durata del processo.

N. 01605/2015REG.PROV.COLL.

N. 08532/2005 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8532 del 2005, proposto dalla signora Sofio Rosa, nonché dalle signore Emanuela De Leo e Angela Stefania De Leo (nella qualità di eredi della signora Sofio Girolama), rappresentate e difese dagli avvocati Rodolfo Romeo e Andrea Greco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Rodolfo Romeo in Roma, via Lutezia n. 5;

contro

Il Comune di Cittanova, non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Calabria – Sede staccata di Reggio Calabria - n. 518 del 18 maggio 2005.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto il deposito documentale effettuato dalle ricorrenti in data 28 ottobre 2005;

Vista la memoria difensiva depositata dalle ricorrenti in data 29 gennaio 2015;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2015 il consigliere Vito Poli e udito per le parti ricorrenti l'avvocato Romeo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con decreto del Provveditore alle opere pubbliche della Calabria, n. 31002 del 21 agosto 1970:

a) in applicazione degli artt. 14, l. n. 641 del 1967 e 13, l. n. 2359 del 1865, è stata dichiarata di pubblica utilità la realizzazione della scuola media statale nel comune di Cittanova;

b) è stata vincolata un'area complessiva di circa 9.300 mq, e, in particolare, un lotto di circa 2600 mq, riportato in catasto al foglio 47 particella 139, di proprietà per 130/1344 millesimi della signora Arcangela Sofio, successivamente pervenuto in proprietà, per testamento e donazione, al signor Giuseppe Sofio;

c) sono stati individuati i termini di inizio e completamento dei lavori e delle procedure espropriative, rispettivamente in due e quattro anni decorrenti dall'emanazione del decreto (cfr. la produzione documentale acquisita al fascicolo d'ufficio del giudizio di primo grado).

1.1. Con decreto del Provveditore alle opere pubbliche della Calabria, n.10904 del 6 settembre 1971 -: a) si è dato atto che il progetto dell'opera pubblica era stato realizzato dall'Istituto per lo sviluppo dell'edilizia sociale (in prosieguo ISES);

b) sono stati approvati il progetto generale e quello relativo al primo stralcio;

c) la spesa è stata posta a totale carico della finanza statale;

- d) l'esecuzione dei lavori è stata affidata in delega all'ISES;
- e) è stata dichiarata l'urgenza e la indifferibilità delle opere.

1.2. Con decreto del Prefetto di Reggio Calabria, n. 16415 del 14 gennaio 1972, in accoglimento dell'istanza formulata dall'ISES di Catanzaro, il medesimo Istituto è stato autorizzato ad occupare, in nome e per conto dell'Amministrazione dei lavori pubblici, gli immobili occorrenti per l'esecuzione dei lavori.

1.3. L'ISES, ai sensi dell'art. 13, d.P.R. n. 1036 del 30 dicembre 1972, è stato soppresso con decorrenza 31 dicembre 1973, ma con salvezza degli effetti delle deliberazioni approvate entro tale data e con obbligo di esercitare i poteri attribuiti dalla legge istitutiva fino al 31 dicembre 1973; successivamente a tale ultima data, ai sensi dell'art. 15, del medesimo d.P.R., gli Istituti autonomi per le case popolari sono subentrati in tutti i rapporti di natura sostanziale o processuale concernenti le costruzioni in corso di realizzazione da parte dell'ISES con l'obbligo di portarli a compimento.

2. Con un primo giudizio, introdotto nel 2001 davanti al Tribunale civile di Palmi, sede distaccata di Cinquefrondi, le signore Rosa e Girolama Sofio (proprietarie del terreno ereditato dal padre Giuseppe) hanno chiesto la condanna del comune di Cittanova al risarcimento del danno derivante dall'occupazione *sine titulo* della porzione del fondo in questione; il giudizio si è concluso con la sentenza irrevocabile n. 16 del 15 gennaio 2003, che ha declinato la giurisdizione del giudice ordinario in favore di quella del giudice amministrativo.

3. Con un secondo giudizio, introdotto nel 2002 davanti al T.a.r. per la Calabria, sede staccata di Reggio Calabria, le signore Sofio hanno proposto identica domanda di risarcimento del danno, espressamente qualificato da 'occupazione usurpativa'.

4. L'impugnata sentenza del T.a.r. per la Calabria, Sede staccata di Reggio Calabria, n. 518 del 18 maggio 2005:

- a) ha affermato che la controversia è attratta alla giurisdizione del giudice amministrativo;
- b) ha dichiarato il difetto di legittimazione passiva del comune di Cittanova, in quanto, dall'esame di tutta la documentazione esibita, non risultava che esso sia stato delegato all'esecuzione dell'opera o delle procedure espropriative;
- c) ha escluso che le ricorrenti avessero dato corso ad una rinuncia abdicativa implicita del diritto di proprietà sull'area in questione;
- d) non ha provveduto sulle spese di lite, non essendosi costituito il comune di Cittanova.

5. Con ricorso ritualmente notificato e depositato (rispettivamente in data 14 e 28 ottobre 2005), le signore Sofio hanno interposto appello avverso la su menzionata sentenza, lamentandone l'erroneità sotto molteplici aspetti.

6. Non si è costituito il comune di Cittanova.

7. Nel corso del giudizio di appello:

a) l'originario difensore (avvocato Fausto Cordiano) è stato sostituito dagli avvocati Rodolfo Romeo e Andrea Greco (cfr. comparsa con procura speciale rilasciata dalle ricorrenti e depositata in data 30 novembre 2009);

b) si sono costituite in giudizio le signore Emanuela e Angela Stefania De Leo, nella qualità di eredi della signora Girolama Sofio, nelle more deceduta (cfr. comparsa con procura speciale, depositata in data 26 gennaio 2015).

8. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 24 febbraio 2015, previa sottoposizione al difensore presente (avvocato Romeo), ai sensi dell'art. 73, co. 3, c.p.a., della questione concernente la possibile inammissibilità del primo motivo di appello.

9. L'appello è in parte inammissibile e in parte infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

Preliminarmente il Collegio rileva l'inammissibilità del deposito, per la prima volta in grado di appello, di documenti non versati nel fascicolo di primo grado, in quanto violativo del divieto dei *nova* sancito dall'art. 345, co. 3, c.p.c. *ratione temporis* applicabile (oggi art. 104, co. 2, c.p.a.); giova fin da ora evidenziare che tali documenti, come si vedrà meglio in prosieguo, in ogni caso non apportano alcun contributo utile alle tesi propuginate dalle ricorrenti.

5.1. Con il primo motivo di appello (pagine 5 – 11 del gravame), si contesta sotto plurimi profili la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della presente controversia.

5.1.1. Tale motivo è inammissibile.

5.1.2. Il Collegio aderisce al più recente indirizzo esegetico elaborato dal Consiglio di Stato (cfr. da ultimo Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2111; Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537, cui rinvia ai sensi degli artt. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), secondo cui:

a) è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che ha adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado;

b) tale regola processuale trova fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire *contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), in cui si inserisce anche l'abuso del processo.

Per completezza si evidenzia che:

c) tale esegesi è stata da ultimo fatta propria dalla Corte di cassazione (sia pure con alcuni temperamenti che non sono applicabili al caso di specie, cfr. Sez. un., ord., 24 aprile 2014, n. 9251 resa in sede di regolamento di giurisdizione); si è così affermato che «*il mutamento della linea difensiva della parte, sulla questione attinente alla giurisdizione, inizialmente ravvisata in quella del giudice amministrativo, non costituisce espressione di slealtà processuale o di abuso del diritto di difesa allorché sia frutto di un ragionevole ripensamento imposto da un sopravvenuto orientamento di legittimità e, al contempo, da inattese decisioni, su altre analoghe controversie, da parte del giudice amministrativo che siano concretamente suscettibili di caducazione a causa della loro non conformità ai criteri di riparto della giurisdizione affermate dalle sezioni unite, dovendosi apprezzare la posizione della parte come intesa a sollecitare l'iter processuale, in funzione del diritto alla ragionevole durata del processo*»;

d) la sentenza del giudice civile di Cinquefrondi è priva di efficacia pan processuale, avendo statuito esclusivamente sulla giurisdizione (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., sez. un., 24 settembre 2010, n. 20163; sez. un., 20 agosto 2009, n. 18499; Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2542).

5.2. Con il secondo motivo di appello (pagine 11 – 17), si contesta la declaratoria di difetto di legittimazione passiva del comune di Cittanova; in particolare si deduce che:

a) il comune di Cittanova ha proceduto in completa autonomia a realizzare la scuola media, allo scopo di non perdere il finanziamento ed il progetto a suo tempo redatto;

b) l'ISES è stato soppresso nel 1972 e non ha mai cominciato la costruzione dell'opera;

c) il certificato di ultimazione dei lavori (del 16 gennaio 1985) risulta vistato dal sindaco di Cittanova (cfr. certificato acquisito nel fascicolo di primo grado);

d) il comune di Cittanova era stato delegato dal decreto del Provveditore alle opere pubbliche n. 10904 del 1971 ad espletare la procedura espropriativa; la riprova di ciò si evince dall'aggiudicazione definitiva, da parte del comune, della gara di appalto di lavori in favore della ditta Ligato e dal successivo contratto stipulato *inter partes* (cfr. verbale di aggiudicazione definitiva in data 1 ottobre 1980 e contratto di appalto n. rep. 71 del 4 dicembre 1980, documenti depositati per la prima volta in sede di appello in data 28 ottobre 2005).

5.2.1. Il mezzo è infondato.

5.2.2. Dal *thema probandum* del giudizio di primo grado emerge che:

a) il Provveditorato alle opere pubbliche della Calabria non ha mai delegato il comune di Cittanova a svolgere qualsivoglia attività relativa all'espropriazione, occupazione e costruzione dell'opera pubblica di cui si discute (è significativo che gli estremi di tale atto non siano stati precisati nel corso del giudizio);

b) gli unici soggetti pubblici coinvolti nella realizzazione dell'opera sono stati il Provveditorato, l'ISES e la Prefettura di Reggio Calabria;

c) al più è ipotizzabile – anche se mai provato dai ricorrenti - che l'Istituto autonomo case popolari territorialmente competente abbia posto in essere attività costruttive, in quanto subentrato transitoriamente nei rapporti facenti capo al soppresso ISES.

In ogni caso, anche volendo considerare il contenuto dei provvedimenti irritualmente depositati per la prima volta in sede di appello, non è possibile ricostruire il quadro fattuale e procedimentale all'interno del quale ha operato il comune di Cittanova.

Invero, i ricorrenti non hanno dimostrato a che titolo e in base a quali norme l'ente locale abbia proceduto a svolgere le funzioni di stazione appaltante, né hanno evidenziato i fatti accaduti nel corso degli otto anni trascorsi fra l'adozione del decreto prefettizio di autorizzazione all'occupazione d'urgenza in favore dell'ISES (del 14 gennaio 1972) e la delibera della giunta comunale n. 936 dell'11 settembre 1980 (richiamata nella premessa del verbale di aggiudicazione definitiva), recante l'indizione della licitazione privata per l'appalto dei lavori di costruzione della scuola media statale.

E' ipotizzabile che il comune (ovvero la Provincia di Reggio Calabria) abbia attivato una nuova e autonoma procedura di esproprio forse fondata sugli artt. 1 e 2, l. n. 1 del 1978 (*medio tempore* entrata in vigore); in tal caso, però, per potersi configurare la responsabilità del comune sarebbe stato necessario acquisire la produzione: I) di tutti gli atti costitutivi della procedura, anche al fine di dimostrare la fissazione (e l'eventuale violazione) dei termini per l'inizio e il completamento dell'espropriazione, dell'occupazione d'urgenza e dei lavori; II) di atti che abbiano disposto eventuali proroghe di tali termini, in via amministrativa ovvero prendendo atto di proroghe disposte dalla legge.

Di tali indispensabili allegazioni documentali non si sono fatte carico le odierne ricorrenti.

5.3. Atteso il carattere dirimente della reiezione del secondo mezzo di gravame il Collegio è esonerato dall'esaminare il terzo motivo di appello (pagine 17 – 18 del ricorso).

6. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

7. Non vi è luogo a provvedere sulle spese del presente grado di giudizio, non essendosi costituita l'intimata amministrazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8532 del 2005, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla sulle spese di giudizio del secondo grado.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Consiglio di Stato sez. V, 27 aprile 2015, n. 2064

Ai sensi degli artt. 74 e 88 comma 2 lett. d), c.p.a., è inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata in appello dalla stessa parte che aveva adito la medesima giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado; tale regola processuale trova infatti fondamento nel divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire contra factum proprium dettato da ragioni meramente opportunistiche, in quanto vige nel nostro sistema un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), in cui si inserisce anche l'abuso del processo.

Consiglio di Stato sez. III 13 aprile 2015, n. 1855

In base al principio del divieto di abuso del processo, costituente espressione del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede, è inammissibile, nel giudizio di appello, il motivo d'impugnazione con il quale il ricorrente contesta la giurisdizione, da lui stesso adita in primo grado, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in palese contrasto con il divieto del venire contra factum proprium e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c.; integra infatti un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che aveva optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione.

Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2015, n. 1778

Non è legittimata a sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione la parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, nel contesto dell'appello, poi disconosce e contesta la giurisdizione atteso che, ritenere il contrario, significherebbe porsi in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e, in caso di domanda proposta al giudice carente di giurisdizione non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10645 del 2014, proposto da:

Centro Universitario Sportivo - CUS Chieti, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Pierluigi Pennetta, Paola Tulipani, Maria Cristina Lenoci, Aristide Police, con domicilio eletto presso Aristide Police in Roma, Via di Villa Sacchetti, 11;

contro

Università degli Studi di Chieti - Pescara G. D'Annunzio, in persona del Rettore in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Carlo Fimiani, Pietro Referza, con domicilio eletto presso Antonio Ruggero Bianchi in Roma, Via Leonardo Greppi, 77;

Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca, in persona del Ministro in carica,

rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Banca Popolare dell'Emilia-Romagna soc. coop., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Augusto La Morgia, con domicilio eletto presso Alessio Costantini in Roma, Via Ruggero Fauro, 102;

Centro Universitario Sportivo Italiano (CUSI), in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio eletto presso Lorenzo Grisostomi Travaglini in Roma, Via Antonio Bosio, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - SEZ. STACCATA DI PESCARA: SEZIONE I n. 00436/2014, resa tra le parti, concernente sospensione pagamento dell'esecuzione del contratto per la gestione del contributo iscritto nel bilancio dell'ateneo

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Chieti - Pescara G. D'Annunzio e del Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca e della Banca Popolare dell'Emilia-Romagna soc. coop. e del Centro Universitario Sportivo Italiano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2015 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Lenoci, Pennetta, Police, Grisostomi Travaglini, Fimiani, Referza e l'avvocato dello Stato Palatiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che con convenzione n. 6637 del 5 marzo 2004, l'Università degli Studi di Chieti stipulò un accordo con il Centro Universitario Sportivo (CUS) di Chieti, per la "*gestione del contributo iscritto nel bilancio della suddetta Università in favore del CUS, per le attività didattico-scientifiche dei corsi di studio della facoltà di scienze dell'educazione motoria e per il sistema sportivo integrato di Chieti Scalo*".

Con tale convenzione l'Università affidò al CUS per nove anni "*la realizzazione delle attività finanziate con il contributo annualmente iscritto in bilancio al capitolo FS 1.02.27 - contributo attività sportive CUS*".

Oltre sette anni dopo, con delibera del Consiglio di amministrazione del 20 dicembre 2010, l'Ateneo, su proposta di una commissione appositamente istituita (con delibera dello stesso Consiglio di amministrazione in data 27 settembre 2010) per valutare le pretese creditizie del CUS, nel frattempo vantate anche per servizi asseritamente svolti dallo stesso CUS al di fuori degli obblighi della convenzione,

decise di stipulare in via transattiva una nuova convenzione, risolvendo e comunque superando la precedente.

Con atto del 13 dicembre 2010 fu stipulato un accordo preliminare con cui si conveniva *“di anticipare la risoluzione della convenzione [...] con la contestuale sottoscrizione di nuovo rapporto di 25 anni... a partire dal 01.01.2011”*. In data 31 maggio 2011 seguiva il contratto per la gestione del contributo iscritto in bilancio dell'Università in favore del CUS per le attività didattico-scientifiche dei corsi di studio della Facoltà di Scienze dell'educazione motoria e per il sistema sortivo integrato. Questo contratto era stato preventivamente approvato con delibera del Consiglio d'amministrazione del 23 maggio 2011 con la precisazione che *“il presente accordo intende soddisfare qualsivoglia pretesa per investimenti o anticipazioni in convenzione o extraconvenzione effettuati dal CUA a tutt'oggi”*.

Rispetto agli atti su indicati del 2010 e 2011, con un primo provvedimento (delibera del Consiglio d'amministrazione del 29 ottobre 2013), l'Università sospese parte dei pagamenti derivanti dalla nuova convenzione, testé citata, nelle more del riesame dei provvedimenti sulla determina alla stipula e all'approvazione della stessa. Con atto successivo (delibera del Consiglio d'amministrazione n.4692 del 28 gennaio 2014), furono prorogati i termini per provvedere al riesame. Con ulteriore atto (delibera n.81 del 25 marzo 2014), si provvide all'annullamento in autotutela dei provvedimenti oggetto di riesame.

Questi atti sono stati impugnati con ricorso giurisdizionale (r.g.n. n. 21 del 2014 del Tribunale amministrativo) e successivi motivi aggiunti - primi e secondi - dal CUS Chieti.

In particolare, il CUS domandava l'annullamento dell'estratto del verbale del Consiglio di Amministrazione dell'Università del 29 ottobre 2013 nella parte in cui si deliberava di sospendere i pagamenti derivanti dall'esecuzione del contratto per la gestione del contributo iscritto nel bilancio dell'Ateneo in favore del CUS per le attività didattico-scientifiche dei corsi di studio della Facoltà di Scienze dell'educazione motoria.

Con atto di con motivi aggiunti del 26 febbraio 2014, fu chiesto l'annullamento della delibera di approvazione parziale del rendiconto presentato dal CUS e sospesi i pagamenti; del parere resto dal prof. Aldo Travi; della delibera di proroga del termine per il riesame dei provvedimenti che avevano condotto alla stipulazione del contratto 31 maggio 2011 e la proroga della sospensione dei pagamenti in favore del CUS.

Con atto di ulteriori motivi aggiunti del 29 maggio 2014, fu chiesto l'annullamento della delibera n. 81 del 25 marzo 2014 con cui erano state annullate ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 le deliberazioni assunte dal Consiglio di Amministrazione dell'Ateneo il 20 dicembre 2010 (determina a contrarre) e il 23 maggio 2011 (approvazione dello schema di contratto); della nota del 4 aprile 2014; del parere reso dagli avvocati Carlo Fimiani e Pietro Referza.

In particolare, con l'atto di autotutela (delibera n. 81 del 25 marzo 2014) l'Amministrazione decideva di *“annullare, ai sensi dell'articolo 21 nonies della legge n. 241 del 1990 le deliberazioni assunte dal Cda in data 20 dicembre 2010 punto 17.4 [...] ed in data 23 maggio 2011 punto 16.3, ferma restando la convinzione che tali delibere siano da considerare nulle ai sensi dell'articolo 21 septies legge n. 241 del 1990 secondo quanto l'autorità giurisdizionale accerterà ...ove le azioni giudiziarie relative ai contratti devono essere intese anche come tendenti all'accertamento della nullità delle relative determinazioni a contrarre”*.

Questa delibera di annullamento poggiava su una serie di motivazioni, che qui si sintetizza: al CUS era stata affidata la gestione di un servizio pubblico o un appalto di servizi per conto dell'Amministrazione in difetto di procedure di gara, in violazione di elementari principi europei e nazionali in materia; la convenzione che si era inteso stipulare e approvare presentava profili di indeterminatezza e genericità riguardo alle prestazioni gravanti sul CUS, e vi apparivano determinate solo quelle a carico dell'Ateneo; attraverso l'astrazione dell'obbligazione fideiussoria dell'Ateneo con la BLS [Banca Popolare di Lanciano e

Sulmona, nel 2012 incorporata dalla Banca Popolare dell'Emilia-Romagna], banca cessionaria del credito futuro, relativo a tutta la durata del rapporto, si è realizzata una sostanziale traslazione della posizione debitoria dal CUS all'Università, senza collegamento funzionale con l'adempimento della convenzione; ove la convenzione fosse riconducibile ad una funzione causale transattiva, sarebbe priva di causa, in quanto non sono determinabili i rischi derivanti da ipotetiche liti; i presupposti per giungere a una transazione non sono stati sottoposti al vaglio preventivo dell'Avvocatura dello Stato; l'impegno assunto si poneva in contrasto con gli articoli 48, comma 3, lettera e) del Regolamento di contabilità e finanza dell'Università, che impone l'indicazione nella delibera a contrarre delle risorse di bilancio con cui far fronte alla spesa, e con l'articolo 60, comma 1, del medesimo Regolamento, che non consente la stipula di impegni eccedenti i nove anni, salvo ragioni di necessità o convenienza, nella specie non adeguatamente motivate; la stipula di una garanzia atipica pluriennale non rientra tra i contratti stipulabili dall'Amministrazione; l'importo complessivo imponeva un'approvazione articolo per articolo da parte del Consiglio d'amministrazione.

Con opposto ricorso (n.193 del 2014 del Tribunale amministrativo) l'Università degli Studi di Chieti chiese in via principale di dichiarare la *nullità* della convenzione 31 maggio 2011 con il Centro Sportivo Universitario (CUS) per la gestione del contributo iscritto nel bilancio dell'Università in favore del CUS per le attività didattico-scientifiche dei corsi di studio della Facoltà di scienze dell'educazione motoria e per il Sistema sportivo integrato. In via gradata, l'Università domandò pronunciarne la risoluzione per fatto e colpa del convenuto, inadempiente all'obbligo di presentazione del rendiconto; in via ulteriormente gradata, di annullare o dichiarare l'inefficacia del contratto 31 maggio 2011; e di "*condannare sempre e comunque il CUS a rifondere le somme indebitamente percepite, nella misura di euro 4.073.853,92; condannare il CUS alla rifusione delle spese legali ed accessori di legge*".

Con la sentenza qui appellata il Tribunale amministrativo dichiarava in parte improcedibile (perché ormai l'interesse si concentrava solo sull'atto di autoannullamento, considerandosi superati i precedenti atti, di sospensione e di proroga dei termini per il riesame) e in parte infondato il ricorso del CUS n. 21 del 2014.

Quanto all'opposto ricorso dell'Università (n.193 del 2014), il Tribunale amministrativo lo dichiarava in parte improcedibile (perché l'immunità dalle dedotte censure di illegittimità dell'impugnato provvedimento di annullamento in autotutela, con conseguente inefficacia del contratto, e la dichiarazione di nullità rendeva inutile l'esame delle altre pretese) e in parte lo accoglieva (sulla richiesta di condanna alla restituzione).

Il giudice condannava il CUS al pagamento in favore dell'Università di complessivi euro 4.073.853,92, oltre interessi dalla pubblicazione della sentenza al soddisfo, in quanto corrisposta sulla base della convenzione 31 maggio 2011 dichiarata inefficace *ex tunc*; condannava il CUS al pagamento delle spese processuali per euro 8.000 oltre accessori; ordinava la trasmissione di atti e sentenza alla Procura Regionale per l'Abruzzo della Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Chieti.

Sulle affermazioni in diritto, in sintesi, la sentenza: in primo luogo riconduceva la vicenda agli *accordi di diritto pubblico* e alla loro esecuzione ai sensi dell'art. 11 l. n. 241 del 1990, per i quali sussiste la **giurisdizione** esclusiva del giudice amministrativo; richiamava il principio per cui in caso di collegamento fra provvedimento amministrativo e contratto di diritto pubblico stipulato in conseguenza di detto provvedimento, la perdita di efficacia del primo determina la perdita di efficacia del secondo, con la conseguenza che l'inefficacia per invalidità del provvedimento si ripercuote sul contratto privando anche quello di effetti; dichiarava in parte improcedibile il primo ricorso, dovendo l'interesse del ricorrente CUS Chieti concentrarsi sulla delibera di annullamento in autotutela, non essendovi più interesse all'impugnazione degli atti istruttori o provvisori (sospensione e proroga dei termini per il riesame) che avevano ormai esaurito gli effetti; respingeva i motivi di censura del CUS, ritenendo violate, dalla

(annullata) delibera transattiva, le norme e i principi in tema di affidamenti e scelta del contraente, sulla base delle previsioni comunitarie e nazionali, regolamentari e statutarie in materia e data la natura di ente a carattere privatistico del CUS; riteneva legittimo l'operato dell'Università di cui alla delibera di annullamento in autotutela, anche con richiamo al motivo dei risparmi di spesa; ravvisava ulteriori ragioni di autotutela per la mancanza, nella delibera di affidamento con transazione, del previo parere dell'Avvocatura dello Stato; evidenziava sia i dubbi della Commissione istituita per accertare i crediti del CUS sia le perplessità sollevate da una *transazione* che poneva una *nuova convenzione* di ben 25 anni (la precedente, di nove anni, sarebbe scaduta nel 2013); dichiarava la nullità della transazione novativa mista (pagina 24 di 32 della sentenza); anche per insussistenza di *res dubia*, presupposto di ogni transazione; respingeva il ricorso del CUS anche in relazione all'**eccezione** di inadempimento; a causa del rigetto del ricorso del CUS (n. 21 del 2014); dichiarava l'improcedibilità del ricorso dell'Università (n. 193 del 2014) con cui impugnava (per nullità, annullamento o inefficacia) l'accordo annullato; ritenendo sussistere la **giurisdizione** esclusiva del giudice amministrativo; condannava il CUS a corrispondere all'Università la somma complessiva di euro 4.073.853,92 oltre interessi dalla pubblicazione della sentenza e al soddisfo, in quanto indebita perché sulla base della convenzione del 31 maggio 2011, inefficace *ex tunc*.

Con un atto di sessantadue pagine, il CUS Chieti appella la sentenza; ricostruita la vicenda, con un primo motivo (da pagina 12 a pagina 25) ne assume l'erroneità rispetto alla normativa, primaria e secondaria (art. 2 l. 28 giugno 1977, n. 394, artt. 1, 4 e 7 d.m. 18 settembre 1977; art. 1 l. 3 agosto 1985, n.429; art. 6, comma 1, lett. c) l. 19 novembre 1990, n.341; art. 3, comma 4, lett. g), d.lgs. 29 marzo 2012, n. 68) sulla cui base è ammissibile (contrariamente a quanto afferma la sentenza), l'affidamento diretto con convenzione delle attività e gestione degli impianti sportivi universitari, seppur solo a soggetti con certi requisiti soggettivi d oggettivi, cioè enti sportivi universitari (costituiti dalle università) legalmente riconosciuti e che organizzano l'attività degli studenti su base nazionale.

Con altro motivo di appello (da pagina 25 a pagina 35) il CUS sostiene, sulla base degli statuti del CUSI (nazionale) e del CUS Chieti, l'erroneità della sentenza per aver ritenuto, da un lato, la natura *privatistica* del CUS e dall'altro lato violate le regole e i principi pubblici per la scelta del contraente, che impongono una procedura a evidenza pubblica. Per il CUS la deroga agli obblighi di evidenza pubblica è comunque desumibile da quanto previsto dal *Codice dei contratti pubblici* (artt. 19 e 30), trattandosi di *organismo di diritto pubblico* per il quale vale l'esclusione; la l.r. Abruzzo 7 marzo 2000, n. 20 (*Testo unico in materia di sport e impiantistica sportiva*) distingue dal CUSI gli altri enti di promozione sportiva; alla peculiarità del CUSI fa riferimento anche lo statuto del CONI; si deve aver riguardo alla particolare natura del *servizio sportivo integrato*.

Con altro motivo (sviluppato da pagina 34) l'appello afferma l'erroneità della sentenza per aver ritenuto la *nullità* della transazione per mancanza dell'incertezza necessaria per un siffatto contratto; è evidente, per il CUS, che la commissione incaricata di calcolare il *quantum* delle pretese del CUS per attività estranee, non contraddice l'esistenza di una possibile controversia, posto che la transazione ha proprio la funzione di andare oltre le diverse pretese in conflitto .

Dalla validità della convenzione transattiva deriva, per il CUS, l'erroneità della condanna alla ripetizione delle somme corrisposte in esecuzione del contratto.

L'appello del CUS sostiene l'erroneità nella quantificazione della condanna per euro 4.073.853,92, che comprende anche capitoli di spesa che da sempre gravano sull'Università. Al riguardo: 41.000,00 euro concernevano la manutenzione straordinaria dei campi da tennis, da sempre a carico dell'Università; euro 383.338,11 vanno scomputati perché espressamente riconosciuti dall'Università con delibera del Consiglio d'amministrazione 29 ottobre 2013 in sede di approvazione del rendiconto; euro 1.755.317,33 riguardano le rate di mutuo pagate direttamente alla Banca per effetto della cessione del credito; sulla base di questo importo l'Università ha ottenuto decreto ingiuntivo per euro 11.000.000,00, come previsto in fideiussione.

Per il CUS, in conclusione, la somma da quantificarsi, se da restituire, è di euro 1.894.198,49, di gran lunga inferiore a quanto stabilito dalla sentenza.

Con altro motivo di appello (il quarto, alle pagine 39 e 40) l'appellante CUS deduce difetto di **giurisdizione** del giudice amministrativo ed erroneità della riconduzione della vicenda agli accordi dell'art. 11 l. n. 241 del 1990.

Nel prosieguo dell'appello (da pagina 40) sono riproposti i motivi del ricorso di primo grado e dei motivi aggiunti che consistono in: eccesso di potere e travisamento dei fatti, relativamente ad un parere inesistente negativo, sull'approvazione dei rendiconti CUS da parte del Comitato dello Sport e per l'assunzione di un parere di un legale, in realtà solo una *e-mail*, in luogo dell'obbligatorio previo parere dell'Avvocatura dello Stato (in violazione dell'art. 13 r.d. 30 ottobre 1933, n.1611); eccesso di potere per strumentalità della sospensione in violazione dell'art. 21-*quater* l. n. 241 del 1990, di cui difettavano i presupposti; violazione e falsa applicazione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990 sugli atti di autotutela (riguardo ai principi di affidamento, termine ragionevole, interesse pubblico) e dell'art. 1, comma 136, l. n. 311 del 2004, che consente l'annullamento entro tre anni per motivi di risparmio di spesa, mentre qui erano decorsi più di tre anni (almeno dalla delibera 20 dicembre 2010) dagli atti annullati fino all'atto di autoannullamento (delibera 25 marzo 2014); violazione dell'art. 21-*septies* sulla *nullità* degli atti amministrativi; violazione dell'art. 6, comma 1, lett. *e*), l. n. 241 del 1990 in quanto, essendo il Direttore generale *responsabile del procedimento*, non si fa menzione delle sue risultanze né vi è allegata relazione finale.

Con atto depositato il 23 gennaio 2015, l'Università propone appello incidentale (con memoria difensiva) avverso il capo di sentenza che ha respinto l'**eccezione** di *tardività* a causa dei termini dimidiati ai sensi dell'art. 120 Cod. proc. amm., con riguardo all'impugnazione della delibera 25 marzo 2014, conosciuta il 28 marzo 2014 a mezzo fax, mentre il ricorso (i motivi aggiunti) è stato notificato solo il 14 maggio 2014; e con lo stesso appello incidentale si ripropongono l'inammissibilità dei motivi aggiunti avverso la delibera 25 marzo 2014, dato che i motivi di impugnazione non hanno contrastato uno dei motivi a base dell'autoannullamento, vale a dire l'esigenza di espletare una procedura a evidenza pubblica per la scelta del contraente. L'appellante incidentale, nella memoria difensiva, inoltre eccepisce l'inammissibilità dell'appello principale per non avere contestato tutti i capi negativi della sentenza: in particolare, in ordine alla applicabilità dell'art. 1, comma 136, l. n. 311 del 2004 sui risparmi di spesa, il CUS si è a suo avviso limitato a riproporre il motivo, mentre riguardo all'assenza del previo parere dell'Avvocatura dello Stato per la transazione 31 maggio 2011 il motivo non è riproposto. L'Università eccepisce l'inammissibilità dell'introduzione di nuovi temi di indagine, come l'analisi degli statuti del CUS e del CUSI e le vicende relative al *Centro universitario di medicina per lo sport*; per il resto la memoria confuta i motivi di appello e riporta e deduzioni di primo grado avverso il ricorso del CUS (da pagina 29 a pagina 49 dell'atto).

Alla camera di consiglio del 27 gennaio 2015 fissata per la trattazione dell'istanza di sospensione la causa è stata rinviata alla udienza pubblica del 27 marzo 2015 per la discussione.

Il CUSI (Centro Sportivo Universitario Italiano) si è costituito con atto depositato il 20 gennaio 2015.

Con atto depositato il 6 febbraio 2015, il CUSI (Centro Universitario Sportivo Italiano) propone intervento, anche quale opposizione di terzo ai sensi dell'art. 109, comma 2, Cod. proc. amm. e impugnazione incidentale. Esso ricostruisce la storia del CUSI e dei CUS e la loro natura giuridica; menziona gli interventi normativi, anche rispetto al quadro internazionale e in un organismo (il FISU), che partecipa alle olimpiadi universitarie.

Dopo esposta la vicenda, l'atto giustifica l'intervento e l'opposizione in quanto le statuizioni del primo giudice sull'inammissibilità di una deroga di affidamento diretto con convenzione a favore del CUS ai sensi dell'art. 7 d.m. 18 settembre 1977 (di attuazione della l. n. 394 del 1977), sarebbero pregiudizievoli e

lesive del CUSI, perché la convenzione 31 maggio 2011 comprendeva il contributo per le attività sportive del CUS, disciplinate dalla legge n. 429 del 1985.

L'atto di opposizione afferma l'erroneità della sentenza per aver ritenuto che disposizioni primarie, secondarie e statutarie non possono consentire l'affidamento mediante convenzione, sulla base della natura giuridica del CUSI e del CUS; ricollega le funzioni del CUSI anche all'ordinamento internazionale sportivo; sostiene che sono ravvisabili gli estremi dell'*organismo di diritto pubblico*, non rivestendo il CUS natura di impresa.

Si è costituito il Ministero della pubblica istruzione, università e ricerca. Si è costituita la Banca Popolare dell'Emilia-Romagna, che afferma l'interesse a intervenire perché il contratto di mutuo 17 giugno 2011 non è coinvolto, in quanto scollegato dal contratto di gestione del contributo del 31 maggio 2011, e che aderisce alle conclusioni del CUS.

Con le successive, non sintetiche, memorie le parti hanno in sostanza ribadito le difese. Inoltre il CUS Chieti ha replicato all'appello incidentale dell'Università; l'Università ha eccepito l'inammissibilità per carenza di interesse dell'opposizione di terzo del CUSI, portatore di interesse di mero fatto.

All'udienza pubblica del 27 marzo 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si ripete, in sintesi, per comodità di esposizione, la vicenda oggetto di appello.

Con convenzione n. 6637 del 5 marzo 2004, l'Università degli Studi di Chieti stipulava un accordo con il CUS - Centro Universitario Sportivo, finalizzato testualmente alla *"gestione del contributo iscritto nel bilancio della suddetta Università in favore del CUS, per le attività didattico-scientifiche dei corsi di studio della facoltà di scienze dell'educazione motoria e per il sistema sportivo integrato di Chieti Scalo"*.

Con tale convenzione, l'Università affidava al CUS per nove anni *"la realizzazione delle attività finanziate con il contributo annualmente iscritto in bilancio al capitolo FS 1.02.27 – contributo attività sportive CUS"*.

Con la successiva delibera del Consiglio di amministrazione del 20 dicembre 2010, l'Ateneo, su proposta di una commissione appositamente istituita (con delibera dello stesso Consiglio di amministrazione in data 27 settembre 2010) per valutare le pretese creditizie del CUS, nel frattempo vantate anche per servizi asseritamente svolti al di fuori degli obblighi derivanti dalla convenzione, decideva di addivenire in via transattiva a una nuova convenzione risolvendo la precedente.

La nuova convenzione prevedeva la durata di venticinque anni; la previsione di euro 1.320.000 euro invece che 1.420.000 euro annui; una somma *una tantum* di euro 250.000 per interventi edili realizzati sul *Palacus* di proprietà dell'Ateneo; la cedibilità dei crediti, anche futuri, con fideiussione dell'Università a favore del cessionario.

Con la delibera del Consiglio d'amministrazione 29 ottobre 2013, l'Università sospendeva parte dei pagamenti derivanti dalla nuova convenzione, da ultimo citata, nelle more del riesame dei provvedimenti di determina alla stipula e all'approvazione della stessa; con delibera del Consiglio d'amministrazione n. 4962 del 28 gennaio 2014 erano prorogati i termini per provvedere a questo riesame; con delibera del 25 marzo 2014 venivano annullati in autotutela i provvedimenti oggetto di riesame.

In particolare, con la delibera n. 81 del 25 marzo 2014, l'Amministrazione si stabiliva di *"annullare, ai sensi dell'articolo 21 nonies della legge n. 241 del 1990 le deliberazioni assunte dal Cda in data 20 dicembre 2010 punto 17.4 [...] ed in data 23 maggio 2011 punto 16.3, ferma restando la convinzione che tali delibere siano da considerare nulle ai sensi dell'articolo 21 septies legge n. 241 del 1990 secondo quanto*

l'autorità giurisdizionale accerterà [...] ove le azioni giudiziarie relative ai contratti devono essere intese anche come tendenti all'accertamento della nullità delle relative determinazioni a contrarre".

La delibera di autotutela 25 marzo 2014 si basava sulle seguenti motivazioni: al CUS è stata affidata la gestione di un servizio pubblico o comunque di un appalto di servizi per conto dell'Amministrazione in difetto di procedura di gara, in violazione dei principi in materia; la convenzione presenta evidenti profili di indeterminatezza e genericità con riferimento alle prestazioni gravanti sul CUS, mentre sono determinate solo quelle gravanti sull'Ateneo; attraverso l'astrazione dell'obbligazione fideiussoria dell'Ateneo con la BLS [Banca Popolare di Lanciano e Sulmona, nel 2012 incorporata dalla Banca Popolare dell'Emilia-Romagna] (cessionaria del credito futuro relativo a tutta la durata del rapporto) si è realizzata una sostanziale traslazione della posizione debitoria dal CUS all'Università, senza collegamento funzionale con l'adempimento della convenzione; ove tale convenzione fosse riconducibile a una funzione causale transattiva sarebbe priva di causa perché non sono determinabili i rischi derivanti da ipotetiche liti; e i presupposti per una transazione non sono stati sottoposti al previo vaglio dell'Avvocatura di Stato; l'impegno assunto è in contrasto con la previsione degli art. 48, comma 3, lettera e) del Regolamento di contabilità e finanza dell'Università, che impone l'indicazione nella delibera a contrarre delle risorse di bilancio con cui far fronte alla spesa, e con l'articolo 60, comma 1, del medesimo Regolamento, che non consente la stipula di impegni eccedenti i nove anni, salvo ragioni di necessità o convenienza qui non adeguatamente motivate; la stipula di una garanzia atipica pluriennale non rientra tra i contratti stipulabili dall'Amministrazione; l'importo complessivo imponeva un'approvazione articolo per articolo da parte del Consiglio d'amministrazione.

2. Vale qui evidenziare che il CUSI (*Centro Universitario Sportivo Italiano*) è un'associazione che opera - anche a livello internazionale - nello sport universitario sin dal dopoguerra (svolgendo attività proprie della precedente organizzazione) ma la cui personalità giuridica è stata riconosciuta solo con d.P.R. 30 aprile 1968, n. 770.

Il CUSI, per evidenti finalità di universalità, di sostegno, di coerenza e di armonizzazione dell'attività sportiva degli studenti delle varie sedi universitarie, riunisce e coordina enti associati periferici, cioè i vari CUS (*Centri Universitari Sportivi*), oltre che organizzare manifestazioni sportive nazionali. In un tale configurazione strutturale associativa, *prima facie* il CUS appare tendenzialmente replicare - seppure secondo un criterio di articolazione territoriale anziché per discipline sportive - il carattere associativo del CONI rispetto alla varie federazioni sportive. Peraltro il vincolo con l'ente centrale è *sui generis*, perché ciascun CUS associato e federato poi, costituito presso un'università italiana ed avente un proprio carattere di associazione, può agire come strumento operativo del CUSI ma rispetto ad esso mantiene autonomia organizzativa, finanziaria, amministrativa e patrimoniale.

Il CUSI è soggetto dell'ordinamento sportivo, perché - a parte precedenti riconoscimenti ed effettive pratiche anche a livello internazionale, tra cui l'organizzazione di alcune *Universiadi* in Italia - il CONI con delibera del Consiglio nazionale 22 febbraio 1979, n.116 lo ha riconosciuto tra gli *enti di promozione sportiva*. Il CUSI, del resto, aderisce alla FISU (*Federazione Internazionale Sport Universitari*, che dal 1949 promuove a livello internazionale lo sport universitario e supervisiona alle *Universiadi*, vale a dire alle olimpiadi universitarie). E, appunto, così come il CONI (*Comitato Olimpico Nazionale Italiano*) partecipa della organizzazione (e partecipazione) alle Olimpiadi in dimensione sovranazionale, il CUSI, storicamente, partecipa all'organizzazione italiana delle *Universiadi*.

Quanto all'ordinamento pubblico, è comunque da rilevare che lo statuto del CONI - adottato dal Consiglio Nazionale il 23 marzo 2004 e approvato con d.m. 23 giugno 2004, e successive modificazioni - che tratta al *Titolo VI degli enti di promozione sportiva*, all'art. 27, comma 2, afferma «*Le disposizioni di cui al comma 1 [sui requisiti per il riconoscimento ai fini sportivi da parte del CONI] non si applicano al Centro Universitario Sportivo Italiano (CUSI), - già riconosciuto come Ente dotato di personalità giuridica con*

Decreto del Presidente della Repubblica 30 aprile 1968, n. 770 – di cui restano ferme la particolare posizione ed il peculiare ordinamento in considerazione delle sue finalità di sviluppo dello sport universitario»: il che “implicitamente ribadisce che, per ogni altro aspetto, il CUSI appartiene al novero degli enti di promozione sportiva” (Cass., SS.UU., ord. 18 ottobre 2012, n. 17846) e così ne caratterizza lo speciale riconoscimento e al tempo stesso ne nega la natura di mera federazione sportiva.

L'art. 1 l. 28 giugno 1977, n. 394 (*Potenziamento dell'attività sportiva universitaria*) prevede l'istituzione presso ciascuna università di appositi comitati per sovrintendere agli indirizzi di gestione degli impianti sportivi ed ai programmi di sviluppo delle relative attività. Questo sono usualmente chiamati *comitati per lo sport universitario*. La norma ricordata stabilisce che un tale comitato sovrintende agli indirizzi di gestione degli impianti sportivi ed ai programmi di sviluppo delle relative attività, ne disciplina la composizione e ne prevede il finanziamento statale delle attività con appositi fondi ministeriali.

Nel *comitato per lo sport* di ogni università partecipano di diritto gli enti sportivi universitari legalmente riconosciuti di rilievo nazionale. A un tale *comitato per lo sport* universitario prende parte il CUS.

Ai sensi dell'art. 2 l. n. 394 del 1977 il *comitato* è composto dal rettore, da due membri designati dagli enti sportivi universitari legalmente riconosciuti - che organizzano l'attività sportiva degli studenti su base nazionale -, da due studenti, dal direttore amministrativo dell'università quale segretario.

Il CUSI, per le caratterizzazioni dette, ha i requisiti per l'accesso alla gestione del servizio dello sport universitario.

Solo i vari CUS, oggi (circostanza non smentita né confutata) fanno parte dei *comitati universitari dello sport*, previsti dall'art. 2 l. n. 394 del 1977.

L'art. 7 d.m. 18 settembre 1977, con cui è stato emanato il Regolamento per il funzionamento dei Comitati per lo sport universitario, in attuazione della l. n. 394 del 1977 prevede che la realizzazione dei programmi sportivi e la “*gestione degli impianti sportivi*” delle università siano affidati agli enti legalmente riconosciuti che organizzano lo sport universitario su base nazionale, “*mediante convenzione*” da parte di ciascuna Università, sulla base di uno *schema-tipo* predisposto dal Ministero.

L'art. 10 del Regolamento in prima applicazione ha riconosciuto che il CUSI è, attualmente, il solo ente che possiede i requisiti strutturali e funzionali per la gestione in Italia della rete dello sport universitario.

Il d.m. 24 marzo 1987 ha approvato lo schema di convenzione tra il *comitato per lo sport* di ciascuna università e il CUSI (e i vari CUS) per la gestione dello sport universitario dei singoli atenei.

L'articolo unico, comma terzo, l. n. 429 del 1985 prevede che i fondi stanziati dalle università per lo sport siano affidati, con delibera dei consigli di amministrazione delle università sentito il Comitato per le attività sportive, a enti, legalmente riconosciuti, che perseguono come finalità la pratica e la diffusione dello sport universitario e l'organizzazione di manifestazioni sportive universitarie a carattere nazionale e internazionale.

L'art. 6 l. 9 maggio 1989, n. 168 (*Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica*) ha riconosciuto l'autonomia statutaria delle università nei limiti delle disposizioni che la regolano.

L'art. 6, comma 1, lett. c) l. n. 341 del 1990 e l'art. 3 (*Attribuzioni e compiti dello Stato, delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, delle università e delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica*), comma 4, lett. g) del d.lgs. 29 marzo 1968, n. 68 (*Revisione della normativa di principio in materia di diritto allo studio e valorizzazione dei collegi universitari legalmente riconosciuti, in*

attuazione della delega prevista dall'articolo 5, comma 1, lettere a), secondo periodo, e d), della legge 30 dicembre 2010, n. 240, e secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti al comma 3, lettera f), e al comma 6). hanno sottratto alla potestà statutaria delle università le attività sportive disciplinate da apposite disposizioni in materia, facendo salve le leggi nn. 394 del 1977 e 429 del 1985, che regolano il regime di gestione dello sport universitario, sul modello della concessione mediante convenzione a favore del CUSI (unico ente in atto avente i requisiti soggettivi per accedere al servizio sportivo universitario).

E' recepito che le funzioni preminentemente scientifiche e didattiche dell'università non comportano l'estraneità dai suoi fini delle iniziative attinenti ad attività assistenziali e sportive a favore degli studenti, in quanto lo stimolo ad una adeguata attività sportiva rientra nel campo di intervento di tutti gli organismi operanti nel settore dell'istruzione pubblica: è pertanto legittima la concessione da parte di Università (prima ancora dell'autonomia universitaria) di contributi al CUS per l'organizzazione di campionati universitari e di gare internazionali di sci (es., Corte Conti, II, 24 settembre 1983, n.116).

Si è insomma in presenza della complessa interferenza di tre ordinamenti: l'ordinamento sportivo, l'ordinamento pubblico dello sport e l'ordinamento pubblico delle università. Ne deriva una sorta di specialità, o di **eccezione** sportivo-universitaria, del sistema attuale di convenzione, sia pure con precisi limiti.

Invero, ai riguardi della connessione tra i due ordinamenti pubblici, di particolare significato è, insieme alla legge n. 394 del 1977, l'articolo unico, comma 3, l. 3 agosto 1985, n. 429 (*Norme per la gestione dei contributi di cui all'articolo 11 della legge 18 dicembre 1951 n. 1551, versati dagli studenti delle università e degli istituti superiori*), secondo cui una quota parte del contributo richiesto agli studenti dalle università, pari al 50 per cento, è destinata ad iniziative e attività sportive universitarie.

La stessa disposizione prevede inoltre che l'utilizzazione di fondi destinati alla gestione, alla manutenzione, al potenziamento e alla costruzione di impianti sportivi e a manifestazioni sportive universitarie, anche a livello nazionale ed internazionale, "è affidata" dal consiglio di amministrazione, sentito il comitato di cui alla l. 28 giugno 1977, n. 394 (di cui fanno parte sia il rettore che, all'attualità, rappresentanti del CUS), "ad enti legalmente riconosciuti", che perseguono come finalità la pratica e la diffusione dello sport universitario e l'organizzazione di manifestazioni sportive universitarie a carattere nazionale ed internazionale.

Da tale interferenza di ordinamenti e progressiva stratificazione di norme (l'assunto subordinato dell'appellante CUS è quello di una sorta di *controllo analogo* tra Università, Comitato per lo sport universitario e CUS), sulla base di quanto previsto dalla legge n. 349 del 1977 sul potenziamento dell'attività sportiva universitaria, tuttora vigente, e dall'articolo unico della legge n. 429 del 1985, si evince il principio - del tutto speciale rispetto alla normativa generale sui contratti pubblici e pertanto prevalente anche se antecedente - della possibilità di affidare direttamente tramite convenzione l'attività sportiva universitaria a *enti di promozione sportiva* istituiti presso ogni università; e - per la particolarità propria della ricordata connessione tra ordinamenti - detti enti di promozione sportiva, in possesso dei necessari previsti requisiti, sono solo e soltanto, per le singole università, i rispettivi CUS. Ne consegue che legittimamente il rapporto in relazione alla gestione di quei servizi sportivi tra l'Università di Chieti - Pescara e quel CUS era stato costituito con le forme di una siffatta convenzione.

Il Collegio rileva che tale configurazione non viene contrastata dall'Università per la convenzione stipulata nel 2004, perché l'Università si appunta piuttosto sulla *nullità* della convenzione transattiva del 2011.

Del resto, ad un'analisi più puntuale, occorre muovere dalla considerazione che non par dato dubitare che le leggi richiamate nn. 394 del 1977 e 429 del 1985 siano vigenti.

In tal senso depongono varie legge finanziarie anche recenti, che confermano le rispettive misure (contributi, stanziamenti e destinazione: v. ad es. l. 27 dicembre 2013, n.147, legge di stabilità per l'anno 2014, che in *Tabella C* destina per l'esercizio finanziario 2014 l'importo di euro 5.216.000,00 per gli interventi di cui alla l. n. 394 del 1977).

Analogamente, e coerentemente, è vigente il regolamento approvato con d.m. 18 settembre 1977 (di attuazione della l. n. 394 del 1977) .

In definitiva, anche a tacer d'altro, è proprio dalle caratteristiche di questo contributo che si evince non solo la sua destinazione alle indicate attività, ma anche – per quanto qui interessa - la legittimità di un affidamento diretto (secondo il modello di una convenzione, stando al regolamento attuativo, e conformemente a uno schema-tipo definito dal Ministero) dei servizi in questione, a opera Università, “*ad enti legalmente riconosciuti*” (i soli rispettivi CUS) che perseguono la finalità della pratica e della diffusione dello sport universitario e l'organizzazione di manifestazioni sportive universitarie a carattere nazionale ed internazionale.

Non appaiono, tuttavia, nel quadro suddetto elementi di doverosità: nel senso che quella descritta, che corrisponde alla destinazione dei rammentati contributi statali, è solo una via preferenziale, conforme a uno sperimentato modello seriale. La descritta specialità a quella si riferisce. Questo però non esclude che una singola università, ove motivatamente lo stimi in concreto più conveniente, può affidare – ma con le ordinarie procedure – il medesimo servizio ad altre figure.

Perciò non è ravvisabile nel descritto sistema il *dovere* di affidare al CUSI, dunque al CUS, la gestione delle palestre per gli sport universitari.

A identificare la presenza di un siffatto dovere, non pare sufficiente la peculiare natura del CUSI e del CUS, quale ente deputato alla promozione dello sport universitario, e dal compito istituzionale di sovrintendere agli indirizzi di gestione degli impianti sportivi e ai programmi di sviluppo delle relative attività.

In questo complessivo quadro – in particolare, dall'art. 1 l. 28 giugno 1977, n. 394 e degli artt. 4 e 5 d.m. 18 settembre 1977 – emerge insomma una posizione speciale del CUS quanto all'indirizzo generale dei programmi e alle modalità di utilizzazione degli impianti, anche se non una *riserva* di loro gestione. Questa posizione speciale legittima l'affidamento diretto al locale CUS con convenzione (in tal senso, Cons. Stato, VI, ord. 16 dicembre 1977, n. 1944 che richiama la l. n. 394 del 1977 e l'art. unico l. n.429 del 1985; Cons. Stato, VI, ord. 29 aprile 2005, n.2087 a tenore della quale l'affidatario CUS non ha qualifica di *impresa* e nell'affidamento diretto al CUS non ricorre una violazione della l. n.157 del 1995 e della direttiva europea sui servizi).

Altra cosa, da accertare concretamente in fatto, è se: 1) soltanto i CUS ed il CUSI abbiano al momento quei caratteri e quei requisiti per l'affidamento diretto con convenzione; 2) siano, quanto ad oggetto, superati i limiti di un tale affidamento diretto con convenzione, il quale non può esulare da quanto espressamente e tassativamente previsto (gestione, manutenzione, potenziamento e costruzione di impianti sportivi e manifestazioni sportive universitarie, anche a livello nazionale ed internazionale).

Sotto il primo profilo, è circostanza evidente che soltanto il CUSI e i vari CUS presentino i requisiti per un tale affidamento diretto. La presenza attiva di diversi soggetti potrebbe condurre alle conseguenze testé descritte.

Sotto il secondo profilo, in ragione del fatto che si tratta di una situazione speciale rispetto alla regola generale dell'evidenza pubblica per la scelta dell'altro contraente, i limiti di tale affidamento diretto debbono essere contenuti in quanto espressamente previsto, con effetti derogatori, dalle indicate disposizioni: ne consegue, a pena di invalidità, la precisa delimitazione dell'oggetto alle attività indicate

dalla normativa rammentata.

Da tutto quanto sopra deriva che in linea generale, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, l'affidamento diretto con convenzione per la gestione della attività sportiva universitaria non è illegittima.

Del resto, ad assumere l'illegittimità assoluta dell'affidamento diretto con convenzione tra Università e il CUSI e CUS, qui gli atti di autotutela avrebbero dovuto travolgere non soltanto la convenzione transattiva del 2011, ma anche quella pregressa del 2004: la quale invece non è stata messa in discussione e, anzi, nei limiti temporali della sua durata, è tornata a spiegare effetti.

Questa ricostruzione non significa che l'appello del CUS sia fondato, né che sia immune da vizi la convenzione transattiva del 2011, su cui è intervenuto l'autoannullamento.

Come ripetuto, il modello di convenzione ammesso dalla normativa ricordata può valere solo nei limiti degli oggetti previsti dalla stessa disciplina – *“gestione, manutenzione, potenziamento, costruzione di impianti sportivi e manifestazioni sportive universitarie”* - e sempre che avvenga con enti del genere di quelli indicati, senza scopo di lucro e che non sono *imprese* (come ha affermato la giurisprudenza citata).

3. Il CUS in appello deduce l'omessa trattazione dell'**eccezione** di difetto di **giurisdizione** e comunque sostiene l'insussistenza della **giurisdizione** amministrativa in relazione alla domanda dell'Università di nullità, annullamento o risoluzione del contratto, affermando sussistere la **giurisdizione** ordinaria.

L'assunto è infondato. Non ricorre il caso della rammentata Cass. SS.UU., ord. 18 ottobre 2012, n. 17846. Quel precedente, invero, si riferiva a una fattispecie non di **giurisdizione** generale di legittimità del giudice amministrativo ma un caso particolare di **giurisdizione** esclusiva: si controverteva infatti di diritti soggettivi, inerenti la contestazione del potere del CUSI di commissariare un CUS, il che non rientrava nella fattispecie di **giurisdizione** esclusiva dell'art. 133, comma 1, lett. z), Cod. proc. amm., (*«le controversie aventi ad oggetto atti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle Federazioni sportive non riservate agli organi di giustizia dell'ordinamento sportivo ed escluse quelle inerenti i rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti»*).

Qui il primo giudice in effetti ha assunto a base che la controversia verteva su *accordi di diritto pubblico* ai sensi dell'art. 11 l. n. 241 del 1990 e successive modificazioni: il che comporta la sussistenza per altro verso della **giurisdizione** amministrativa esclusiva: art. 7, comma 1; art. 133, comma 1, lett. a), n. 2) (*«formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni»*) Cod. proc. amm.. a questi vanno ricondotte le convenzioni come quella in esame e i relativi accordi modificativi o sostitutivi (c.d. di secondo grado, analogamente all'art. 1321 Cod. civ., in relazione ai contratti modificativi del precedente contratto).

La transazione successiva ha in realtà gli effetti di una nuova convenzione, cui si aggiunge una finalità transattiva, che interviene sulla precedente e la sostituisce, la modifica o la integra.

E anche se in ipotesi non si trattasse di una tale **giurisdizione** esclusiva, ricorrerebbe comunque un caso di **giurisdizione** generale di legittimità, vertendosi comunque dell'affidamento (rinnovato), in forme speciali, di un servizio di una pubblica amministrazione.

In ogni caso è infatti sufficiente rilevare che il giudizio (relativamente al primo ricorso proposto in primo grado) concerne anche la legittimità della delibera di autoannullamento, che interviene sugli atti presupposti rispetto alla transazione.

È evidente il rapporto di presupposizione tra i due atti: la legittimità dell'atto di autotutela o la sua illegittimità perciò condizionano la transazione, deliberata con l'atto precedente.

E per questo che, anche se per ipotesi la transazione esulasse dalla **giurisdizione** amministrativa, resterebbe comunque la **giurisdizione** generale di legittimità per la delibera di autoannullamento della delibera che la precede.

Valgono altre due considerazioni: per il collegamento tra provvedimento amministrativo e il conseguente contratto di diritto pubblico, la perdita di efficacia del primo causa la perdita di efficacia del secondo. Perciò l'inefficacia per invalidità del provvedimento ha effetto sul contratto, privando anche quello di effetti.

Il CUS, inoltre, ha agito in prime cure individuando la **giurisdizione** in relazione all'impugnazione della delibera di autoannullamento della delibera a base della transazione.

Sicché la proposizione ad opera del CUS del motivo di appello sulla **giurisdizione** (sia pure riguardo all'azione di nullità o annullamento della transazione, instaurata dall'Università con separato ricorso, ma trattato nel medesimo giudizio per connessione) appare non infondata, e ai limiti dell'*inammissibilità*: ciò alla luce della clausola generale di buona fede (cfr. art.1175 Cod. civ.), delle regole generali di correttezza, del divieto generale di **abuso del processo** - precipitato del più generale divieto di **abuso** del diritto – e l'immanente divieto del *venire contra factum proprium* . Infatti lo stesso CUS aveva in primo grado individuato questo giudice come avente **giurisdizione** (ai sensi dell'art. 9 Cod. proc. amm.). Invero, è recepito in giurisprudenza che non è legittimata a sollevare l'**eccezione** di difetto di **giurisdizione** la parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, nel contesto dell'appello, poi disconosce e contesta la **giurisdizione** atteso che, ritenere il contrario, significherebbe porsi in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e, in caso di domanda proposta al giudice carente di **giurisdizione** non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di recusare la **giurisdizione** a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia (Cons. Stato, VI, 10 marzo 2011, n. 1537; V, 7 febbraio 2012, n. 656; V, 12 dicembre 2013, n. 5420; VI, 8 febbraio 2013, n. 703; IV, ord. 29 maggio 2013, n. 1990.).

A queste regole va rapportata la contraddittoria posizione del CUS: il quale da un lato agisce per l'illegittimità della delibera di autoannullamento della delibera a monte del contratto transattivo; dall'altro lato, rispetto alle domande inverse proposte dall'Università, sostiene il difetto di **giurisdizione**.

L'**eccezione** è dunque senza fondamento.

4. In via logicamente prioritaria, va esaminato l'appello incidentale dell'Università, che lamenta il mancato accoglimento dell'**eccezione** di tardività della proposizione con motivi aggiunti della impugnazione della delibera 25 marzo 2014.

Il motivo – che poggia sul mancato rispetto dei ristretti termini processuali dell'art. 119 (*Rito abbreviato comune a determinate materie*) Cod. proc. amm. - è infondato. Non ricorre, infatti, il caso di una delle tipologie dell'art. 119: in particolare, quella dell'art. 119, comma 1, lett. a).

E' vero che la nozione di "*procedimenti concernenti le procedure di affidamento*" dell'art. 119, comma 1, lett. a), Cod. proc. amm. va intesa in senso ampio. Tuttavia, la tesi di fondo bene seguita dal primo giudice pur respingendo le domande del CUS Chieti, è che si tratti di fattispecie di accordi o convenzioni di diritto pubblico (che sono, come visto, trattate in sede di **giurisdizione** esclusiva) e che al più si verte in sede di legittimità di atti propedeutici al contratto (la delibera): ma non delle vere e proprie procedure di affidamento. Anzi, l'illegittimità è stata rinvenuta proprio nel difetto assoluto di procedure a evidenza pubblica per la scelta dell'altro contraente, non già in una loro violazione.

Conseguentemente, appare contraddittorio l'assunto dell'Università: l'affermare da un lato che la violazione consiste nell'assoluta carenza di procedure; e poi, quanto ad applicazione del rito speciale, l'affermare che si tratta comunque di *procedure di affidamento*. Invero, il riferimento all'assunto che la

transazione sui rapporti sorti con convenzione fu per eludere l'obbligo della procedura a evidenza pubblica, va posto in relazione con la considerazione che la nozione dell'articolo 119, per quanto possa essere lata, non è suscettibile di essere estesa fino a comprendere le vicende di lamentata totale assenza di procedure di affidamento: dove non si viola una tal procedura, ma semplicemente non la si applica.

5. Va poi respinta l'**eccezione** dell'Università di inammissibilità dell'appello per difetto di specificazione dei motivi e per avere solo riproposto la violazione dell'art. 1, comma 136, l. 30 dicembre 2004, n. 311 (*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2005)*) in ordine alle ragioni di annullamento per risparmi di spesa; allo stesso modo, l'Università, sulla mancanza del previo parere dell'Avvocatura dello Stato per la legittimità dell'accordo 31 maggio 2011, sostiene che si è formato il giudicato.

L'**eccezione** è senza fondamento: tema del contendere è – sullo sfondo del sistema generale dei rapporti tra le università italiane e il CUSI - se le ragioni a base dell'autoannullamento erano valide e fondate; e se il precedente affidamento con convenzione era legittimo; e, conseguentemente, se la transazione è invalida o meno.

Gli argomenti riguardanti questi temi non sono estranei alla materia del contendere, perché come si è visto attengono ai presupposti intrinseci degli atti in questione. Sicché la censura di *novità* delle analisi degli statuti del CUSI e del CUS è senza fondamento, perché il tema da decidere investe la questione centrale della possibilità dell'affidamento diretto con convenzione tra Università e CUSI (e CUS).

Sotto tale profilo, è solo da aggiungere a quanto già detto che il riferimento agli statuti degli enti – che regolano essenzialmente rapporti interni - nulla aggiunge alla possibilità, per le Università, di affidare determinati servizi mediante affidamento diretto con convenzione.

6. Va a questo punto esaminata l'**eccezione** d'inammissibilità della proposta opposizione di terzo anticipata (o dell'intervento) in appello svolta dal CUSI.

Il CUSI nazionale ha proposto opposizione di terzo ai sensi dell'art. 109, comma 2, Cod. proc. amm., disposizione che prevede: «*se è proposto appello contro la sentenza di primo grado, il terzo deve introdurre la domanda di cui all'articolo 108 intervenendo nel giudizio di appello*».

L'articolo 108 prevede la disciplina generale dell'opposizione di terzo.

Il Codice, per un ragionevole principio di economia, prevede che la domanda di opposizione di terzo dell'art. 108, pendente l'appello, si strutturi come intervento in appello.

La soluzione muove dall'art. 344 Cod. proc. civ., che nel **processo** civile ammette in appello soltanto l'intervento di terzi che potrebbero proporre opposizione a norma dell'art. 404.

Il CUSI nazionale (rispetto ai CUS locali, associazione di associazioni), espressamente fa riferimento all'intervento in appello qualificandolo come opposizione di terzo.

Pertanto, esso afferma di possedere le condizioni dell'azione per proporre opposizione di terzo richiamando espressamente l'art. 109, comma 2.

Essendosi ancora nel grado di appello, esso non attende che sopravvenga un giudicato ma interviene già anticipatamente in quel grado, proponendo in tal sede l'opposizione di terzo.

Il CUSI definisce la sua domanda come intervento in appello, come d'altronde recita la stessa disposizione invocata, che prevede che la domanda di cui all'art. 108 e cioè l'opposizione di terzo, viene proposta in appello *intervenendo* in tale giudizio.

Si tratta di un intervento di tipo litisconsortile, in quanto l'opponente non si limita ad adiuvarlo in

posizione dipendente una delle parti alla cui vittoria è interessato, ma propone proprie autonome domande contro una di esse ampliando l'oggetto del giudizio.

Nel caso in esame è dato riscontrare che l'intervento in appello costituisce in sostanza, nel sistema del **processo** amministrativo, una sorta di opposizione di terzo anticipata (come si evince dall'art.109, comma 2, Cod. proc. amm.).

Pertanto, per verificare se sussistono le condizioni dell'intervento, si deve far riferimento non già alla mera possibilità di intervenire in appello di chiunque vi abbia interesse, ma alle ragioni proprie dell'opposizione di terzo.

L'opposizione di terzo nel **processo** amministrativo può essere proposta non da chiunque sia terzo rispetto al giudizio dove è stata emessa la decisione e che ha un interesse a reagire contro la pronuncia; bensì solo da chi, terzo leso nei diritti o interessi, può vantare rispetto al bene oggetto della controversia una propria posizione autonoma e incompatibile con il rapporto giuridico accertato o costituito dalla sentenza (art. 108 Cod. proc. amm.). Analogamente - si deve ritenere per patenti ragioni di generale economia dei processi - pur dopo le innovazioni (Corte cost., 17 maggio 1995, n. 177 e Codice del **processo** amministrativo) che hanno formalizzato l'opposizione di terzo nel **processo** amministrativo, un siffatto terzo sarebbe legittimato a proporre l'appello, ove altri non lo avessero già proposto in precedenza (cfr. già Cons. Stato, V, 7 maggio 1994, n. 447).

Vale a questi propositi considerare che la legittimazione a proporre opposizione di terzo verso una sentenza amministrativa resa *inter alios* spetta ai controinteressati pretermessi *tout court*; ai controinteressati pretermessi perché sopravvenuti (come i beneficiari di un atto consequenziale, se una sentenza ha annullato un atto presupposto all'esito di un giudizio dove erano estranei); ai controinteressati non facilmente identificabili; in generale, ai terzi titolari di una situazione giuridica autonoma e incompatibile rispetto a quella della parte risultata vittoriosa con la sentenza oggetto di opposizione. Analogamente è per l'appello del terzo o per l'intervento del terzo in appello, se qualificato come opposizione di terzo (c.d. anticipata).

Nella specie, il CUSI espone solo che il principio affermato dal primo giudice, dell'illegittimità e inammissibilità degli affidamenti diretti mediante convezione con le Università, metterebbe in crisi il sistema delle tante convenzioni in essere e sarebbe gravemente pregiudizievole per tali enti.

Rispetto alla controversia per cui è causa, si tratta all'evidenza di un interesse senza rilievo, perché è solo un interesse di fatto all'affermazione tra altri di un principio di diritto. Nella realtà concreta ed effettiva, quell'affermazione concerne soltanto le parti in causa (anche in ragione dell'art. 2909 Cod. civ. e del principio dei limiti soggettivi del giudicato) e non coinvolge la concreta posizione del CUSI. Nei confronti del CUSI la pronuncia non ha altro valore che quello di un precedente giurisprudenziale *inter alios* che non spiega effetti né incide su figure diverse dalle parti in giudizio.

In definitiva, come qui il CUSI, non hanno titolo all'opposizione di terzo quanti hanno un interesse a solo opporsi ad una per loro astratta affermazione di diritto contenuta nella sentenza, ma restano estranei al rapporto sottostante. La decisione non incide su di loro e non potrebbero subire dalla pronuncia né effetti né diretti né indiretti o riflessi.

L'opposizione di terzo qui spiegata ai sensi dell'art. 109, comma 2, Cod. proc. amm. è quindi inammissibile.

7. Sul merito della controversia, va considerato che la delibera del 25 marzo 2014 è intervenuta annullando ai sensi dell'art. 21-nonies l. n. 241 del 1990 "le deliberazioni assunte dal cda in data 20 dicembre 2010 punto 17.4 titolo CUS: provvedimenti; ed in data 23 maggio 2011 2011 punto 16.3, ferma restando la convinzione che tali delibere siano da considerare nulle ai sensi dell'art. 21 septies l.241 del 1990

secondo quanto l'autorità giurisdizionale accerterà ai sensi dei punti successivi ove le azioni giudiziarie relative ai contratti devono essere intese anche come tendenti all'accertamento delle nullità relative alla determinazione a contrattare" (così dal dispositivo della delibera).

Le molteplici ragioni addotte da questo atto di autotutela per affermare la nullità o l'annullabilità, nella parte motiva sono varie e di varia natura: 1) la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto: da un lato è certo il contributo ma dall'altro le prestazioni del CUS per quantità e qualità non sarebbero definite, prevedendo anche la realizzazione di opere che richiederebbero procedure di evidenza pubblica (il primo considerato della motivazione nella parte iniziale); 2) non è dato ricavare alcun elemento per stabilire la congruità della somma erogata rispetto ai compiti generici attribuiti al CUS; né degli investimenti a lungo termine eseguiti dal CUS si ha traccia nella convenzione; la loro analitica menzione avrebbe dovuto essere puntuale in considerazione della durata ed entità dell'impegno finanziario assunto dall'Università; 3) sarebbero illegittime le previsioni di soddisfare le pretese economiche e giuridiche precedenti in modo consistente e non giustificato nella entità; 4) sarebbe illegittima la durata della convenzione (venticinque anni), cioè oltre i limiti di capacità statutaria; si farebbe riferimento all'esigenza di tutelare un terzo soggetto garantito, di cui non v'è traccia nella narrativa precedente; 5) sarebbe esorbitante l'impegno di trasferire gli impegni economici assunti dal CUS nei confronti della banca finanziatrice, facendoli assumere all'Università; si trasformerebbe un rimborso di spese sostenute dal CUS a favore della Università - come tale da rendicontare - in un debito che l'Università assume verso il terzo (si avrebbero contratti collegati con contratto di gestione, mutuo, accettazione della cessione di crediti in via preventiva, fideiussione); 6) nullità per mancanza di causa del contratto; sarebbe indeterminato l'oggetto; 7) per l'annullabilità, vi sarebbe difetto di istruttoria in relazione all'accertamento delle circostanze precedenti alla transazione; 8) mancherebbe il parere preventivo dell'Avvocatura dello Stato; 9) specifiche ragioni di invalidità sussisterebbero in relazione all'assunzione della garanzia fideiussoria; 10) anche in ordine alla capacità dell'Università ad assumerla, per statuto; 11) lo statuto all'epoca vigente, anche in considerazione dell'impegno economico assai rilevante (11 milioni di euro) prevedeva che ogni contratto, articolo per articolo, fosse approvato, oltre che dal rappresentante, dal Consiglio d'amministrazione; 12) un'altra ragione di autoannullamento, oltre il richiamato art. 21-*nonies*, si evince dalla circostanza che sono decorsi meno di tre anni e che è possibile per risparmio di spesa per enti come l'Università, tenute a varie funzioni, tra le quali anche l'assistenza sanitaria.

Come appare evidente dall'enumerazione delle ragioni di invalidità poste a fondamento dell'atto di autotutela, in disparte quanto considerato circa la possibilità di affidamento diretto mediante convenzione, diverse ragioni giuridiche, tra quelle rammentate, sono in realtà immuni da censure: invero, talune non sono state neanche adeguatamente contrastate dall'appello del CUS.

Ci si riferisce, per esempio, alla giustificazione della lunga durata, non giustificata né giustificabile, di venticinque anni rispetto ai solo nove anni di contratto consentiti dai limiti statutari; si fa riferimento all'indeterminatezza dell'oggetto dell'accordo, che in realtà travalica i limiti di gestione degli impianti sportivi (e altre attività); si fa riferimento all'inaammissibilità di prestazioni fideiussorie a carico dell'Università, che da un lato travalicherebbe la capacità statutaria di questa e in ogni caso si esulerebbe dell'oggetto di quel tipo di convenzione secondo lo schema ministeriale, abilitata solo a quel preciso oggetto.

Ben sarebbe stata possibile una transazione novativa, con cui da un lato si poneva fine alle possibili controversie e dall'altro lato si rinnovava (in limiti accettabili, anche temporali) la convenzione precedente. In senso contrario, non vale il non esaurientemente dimostrato assunto di difetto di incertezza o di *res dubia*, perché la transazione è strumento per prevenire liti quand'anche ancora non nate e così *trans agere*, prescindendo dalle prospettazioni unilaterali o pretese delle parti in conflitto.

Le reciproche concessioni (*aliquid dare, aliquid retinere*) debbono essere tali rispetto alle posizioni

assunte nella controversia, attuale o potenziale che sia, non già in relazione a diritti effettivamente spettanti alle parti.

E' vero anche, che in linea di principio, la transazione – c.d. 'novativa' - può creare, modificare o estinguere anche rapporti ulteriori e diversi da quello oggetto della parti della controversia, ridefinendo globalmente i reciproci rapporti in relazione a quell'oggetto, secondo una riconsiderazione attualizzante del comune equilibrio.

Perciò la transazione, intervenendo su un precedente rapporto convenzionale, era abilitata anche a prolungarlo.

Nondimeno, anche questa capacità innovativa della transazione incontra limiti intrinseci, consistenti nella salvaguardia e prosecuzione del carattere essenziale del rapporto e, soprattutto, nel non contrastare norme inderogabili: il che è aspetto di particolare pregnanza se l'atto concerne un rapporto di ordine essenzialmente pubblicistico (tra varie, Cons. Stato, VI, 2 agosto 2004, n.5365, secondo cui la transazione non può costituire lo strumento per eludere obblighi di evidenza pubblica; per la necessità di rispettare l'obbligo della gara in fase di rinegoziazione non potendo essa costituire uno strumento elusivo, si veda anche Cons. Stato, V, 12 maggio 2003, n.2516).

Nella specie, tali limiti sono stati superati, e il rapporto è stato alterato oltre misura per dare luogo a un rapporto illegittimo per varie ragioni.

I limiti violati con la convenzione transattiva attengono non a ragioni di disponibilità dei diritti (art. 1966 Cod. civ.) né alla mancanza di formali contestazioni (come ha invece ritenuto il primo giudice), né all'inammissibilità di transazioni novative miste (invece consentite dalla legge). Attengono piuttosto al superamento oggettivo di quanto, in un rapporto di affidamento a base pubblicistica, poteva essere contemplato e regolato da una convenzione di tal genere, sia pure a contenuto (anche) transattivo.

La convenzione transattiva del 2011 appare, più in particolare, viziata per diverse delle ragioni, testé rammentate, e indicate nella delibera di autotutela: la durata di venticinque anni in assenza dei presupposti, in quanto gli impegni eccedenti i nove anni non sono di regola ammissibili, salvi i casi di necessità o convenienza, nella specie né menzionati né tantomeno adeguatamente motivati; la notevole alterazione dell'oggetto con l'inserimento della fideiussione a carico dell'Università, in quanto una garanzia atipica pluriennale non rientra tra le attività che, in generale, l'Università può assumere come impegni, oltre alla impossibilità di inserire tale controprestazione nell'ambito della convenzione, o nella transazione convenzionale; l'indeterminatezza dell'oggetto delle prestazioni a carico del CUS, a fronte di una chiara determinazione delle prestazioni assunte dall'Università; in generale, l'inserimento di attività che esulano da quanto può essere contenuto in una tale convenzione, senza pretesa di esaustività, con violazione, almeno per parte dell'oggetto, dei principi della evidenza pubblica, come il riferimento appunto alla garanzia.

Vale a questi propositi, comunque, il principio che in caso di più ragioni negative, è sufficiente la resistenza di una sola a respingere il ricorso (tra varie, Cons. Stato, IV, 5 marzo 2013, n.1344, secondo cui in presenza di un provvedimento sorretto da più motivi, la validità di una sola delle argomentazioni autonomamente addotte è sufficiente a sorreggere l'assunta determinazione).

Né, d'altronde, in presenza di una convenzione transattiva novativa mista, come quella descritta, sarebbe possibile separare taluni degli effetti contrattuali per il principio della parzialità della nullità o dell'annullabilità (artt. 1419 e 1446 Cod. civ.), perché è patente che qui tutto sia stato unitariamente considerato essenziale nella volontà delle parti e che varie parti dell'accordo, non già una singola clausola contrattuale, siano da ritenersi invalide per i detti motivi (si veda, tra varie, Cass., II, 21 luglio 2004, n.13580; III, 10 ottobre 2014, n.21417, per il principio che laddove vi sia un collegamento negoziale o un

contratto complesso, e vi sia una considerazione unitaria della vicenda contrattuale, nel senso che le parti perseguivano non solo l'effetto tipico dei singoli negozi o profili contrattuali, ma un intento complessivo unitario, tale considerazione, in caso di invalidità di un singolo segmento, rileva ai fini della nullità dell'intero procedimento negoziale).

La resistenza di varie delle ragioni di illegittimità, come cause sia di annullabilità che di nullità della convenzione nei termini testé detti costituisce ragione per ritenere non illegittima la delibera di autoannullamento e perciò condivisibile l'accoglimento delle domande (proposte in primo grado dall'Università) sia di annullamento che di nullità.

E' evidente come sia assorbente e sufficiente, agli interessi dell'Università, l'aver accertato le varie ragioni che inficiavano e invalidavano la convenzione transattiva per cause che costituiscono motivi di nullità (impossibilità e indeterminatezza dell'oggetto, ai sensi dell'art. 1348 Cod. civ.); è sufficiente, anche, l'aver accertato la legittimità di varie e motivate ragioni a sostegno della delibera di auto annullamento, che ha sortito, come detto più volte, un effetto caducante sull'accordo successivo.

8. In relazione poi all'azione di condanna, va respinta la domanda di riforma della pronuncia di condanna alla ripetizione delle somme.

In relazione al *quantum*, l'appello sostiene l'erronea quantificazione della condanna in euro 4.073.853,92, che comprende anche capitoli di spesa che da sempre gravano sull'Università.

Si sostiene al riguardo che: 41.000,00 euro riguardavano la manutenzione straordinaria dei campi da tennis, da sempre a carico della Università; la somma di euro 383.338,11 deve essere scomputata perché espressamente riconosciuta dalla Università con delibera del Consiglio d'amministrazione del 29 ottobre 2013 in sede di approvazione del rendiconto; la somma di euro 1.755.317,33 riguarda le rate di mutuo pagate direttamente alla Banca per effetto della cessione del credito; sulla base di tale importo l'Università avrebbe ottenuto decreto ingiuntivo per la somma di euro 11.000.000,00, come previsto in fideiussione.

Ne discende, in conclusione, che la somma da quantificarsi, se ritenuta da restituire, dovrebbe essere di euro 1.894.198,49, di molto inferiore a quanto statuito dalla sentenza.

I motivi sono infondati.

Il primo giudice bene e compiutamente ha argomentato nel condannare alla restituzione.

Il primo giudice ha innanzitutto ritenuto, rispetto alla pretesa di restituzione delle somme già erogate, di pronunciare, vertendosi nell'ambito del rapporto globalmente considerato sopra descritto, che rientra nella **giurisdizione** esclusiva del giudice amministrativo.

Ha così ritenuto di accogliere la domanda di condanna alla restituzione dell'indebito, spiegata dall'Università, ritenendo che il CUS non avesse adeguatamente contestato le ragioni della pretesa di restituzione, né avesse dimostrato, rispetto ad un obbligo restitutorio automatico a causa della caducazione del contratto, la presenza di eventuali ragioni di controcredito.

Tale *iter* logico è condiviso anche da questo giudice di appello.

In primo luogo, va osservato che il vizio, genetico o funzionale, di un contratto provoca immediati effetti restitutori o ripristinatori (artt. 1422, 1442, 1458 Cod. civ.) per effetto del venir meno del titolo originario delle prestazioni (*indebito sine causa* o *causa resoluta*); altra cosa è far valere, rispetto all'obbligo di restituzione, diritti (in compensazione) per altri titoli.

Inoltre, nel giudizio amministrativo, è specifico onere dell'appellante formulare una critica puntuale della motivazione della sentenza appellata, posto che l'oggetto di questo giudizio è anzitutto costituito da

quest'ultima prima che dal provvedimento gravato in primo grado, e che il suo assolvimento esige la deduzione di specifici motivi ed argomentazioni di contestazione della correttezza del percorso argomentativo che ha fondato la decisione appellata (Cons. Stato, IV, 13 dicembre 2013, n.6005).

In caso di mancato adeguato assolvimento dell'onere di contestazione, fermi restando i diritti restitutori nei rapporti tra le parti rispetto ad altre situazioni di indebito, quanto sostenuto dall'appello del CUS alle pagine 38 e 39 circa l'esistenza di controcrediti da portare in compensazione nell'attuale rapporto (che sorge per il venir meno del contratto), consistendo in mere asserzioni sui controcrediti da portare in compensazione (controcrediti che, tra l'altro, dovrebbero essere oltre che liquidi, certi ai sensi dell'art. 1242 Cod. civ. e non già contestati come nella specie), non può essere condiviso.

Infine, le eventuali pretese, come rappresentate dal CUS (per es., prestazioni di fatto già esperite, ingiustificati arricchimenti ai sensi degli artt. 2041 e 2042 Cod. civ. o dipendenti dal mutuo bancario), troverebbero il loro titolo in altri e diversi rapporti che, come tali, esulerebbero non solo dal rapporto convenzionale e dagli obblighi reciproci poi insorti (anche restitutori) ma probabilmente dalla stessa cognizione dell'**adito** giudice.

9. In ordine ai motivi espressamente riproposti, il Collegio osserva, in sintesi che: buona parte dei motivi solo replicano sotto diverse prospettazioni i vizi già dedotti e respinti o inammissibili; è infondato il motivo sulla necessità del parere dell'Avvocatura dello Stato per le transazioni, al di là della mancanza, nell'appello, della necessaria distinzione tra patrocinio facoltativo e obbligatorio, che pure sarebbe rilevante nel caso di specie.

Alle Università statali, invero, dopo la riforma della l. 9 maggio 1989, n. 168 sull'autonomia universitaria, non compete più la qualità di organi dello Stato, bensì quella di enti pubblici autonomi. Ne consegue che, ai fini della rappresentanza e difesa da parte dell'Avvocatura dello Stato, non opera il patrocinio *obbligatorio* degli artt. da 1 a 11 r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, bensì, in virtù dell'art. 56 r.d. 31 agosto 1933, n. 1592, non abrogato dalla l. n. 168 del 1989, il patrocinio c.d. *autorizzato* (o *facoltativo*) degli art. 43 (come modificato dall'art. 11 l. 3 aprile 1979 n. 103) e 45 r.d. n. 1611 del 1933, con i limitati effetti di una tale forma di assistenza legale: esclusione della necessità del mandato e facoltà, salvo i casi di conflitto, di non avvalersi dell'Avvocatura dello Stato con apposita e motivata delibera; l'inapplicabilità del foro dello Stato (art. 25 Cod. proc. civ.) e della domiciliazione presso l'Avvocatura dello Stato ai fini della notificazione di atti e provvedimenti giudiziari (art. 144 Cod. proc. civ.), previsti per le sole amministrazioni dello Stato (così Cass., SS.UU., 10 maggio 2006, n. 10700).

E' inammissibile una censura di violazione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990 sui limiti dell'autotutela, una volta ritenuti sussistere vari motivi di illegittimità della precedente delibera a contrarre; è mera irregolarità la mancanza della relazione finale; non sussiste il difetto di istruttoria in relazione all'asserita mancanza delle risultanze del direttore generale competente, poiché l'amministrazione aveva istituito un'apposita commissione e aveva provveduto a una lunga e consistente istruttoria, che aveva adeguatamente sorretto il conseguente apparato motivazionale.

10. Per le considerazioni svolte, va dichiarata l'inammissibilità dell'opposizione di terzo proposta dal CUSI; va respinto l'appello incidentale proposto dall'Università; va respinto, ai sensi di cui in motivazione, l'appello proposto dal CUS Chieti.

A causa della parziale soccombenza reciproca e per la particolare complessità della questione, sussistono giusti motivi per eccezionalmente disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

dichiara inammissibile l'opposizione di terzo; respinge l'appello incidentale proposto dall'Università; respinge l'appello proposto dal CUS Chieti, confermando, ai sensi di cui in motivazione, l'appellata sentenza.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2015, n. 221

Consentire alla parte che ha scelto in primo grado il giudice, di eccepire nel contesto dell'appello, a seconda dell'esito del giudizio di primo grado, di contestare la giurisdizione significherebbe avvallare un vero e proprio abuso del diritto, e piegare la strumentalità delle forme e il connesso ambito dell'azione a fini diversi da quelli per i quali sono riconosciuti dall'ordinamento, non diversamente da quanto accadeva per il regolamento preventivo di giurisdizione di cui all'art. 367 cod. proc. civ., prima che la legge 26 novembre 1990, n. 353 sopprimesse, al fine di evitarne un uso distorto e dilatorio, l'obbligo di sospensione del giudizio per effetto della sola presentazione del ricorso. Significherebbe, in ultima analisi, consentire un uso delle facoltà processuali in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione della successiva convenienza.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7215 del 2007, proposto da:

Macchione Gino, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Esposito e Giacomo Dominijanni, con domicilio eletto presso Mario Esposito in Roma, via Lattanzio, n.66;

contro

Ministero della Pubblica Istruzione, in persona del Ministro pro-tempore; Ufficio scolastico regionale per la Calabria, Uffici scolastici provinciali di Catanzaro e Reggio Calabria, Centro Servizi amministrativi Catanzaro, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio eletto in Roma, via dei Portoghesi, n.12; Rotundo Antonio;

per la riforma

della sentenza n. 790 del TAR Calabria – Catanzaro,(Sezione Seconda), dell'11 giugno 2007, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2014, il Cons. Carlo Mosca e uditi per le parti l'avvocato Sanino per delega dell'avvocato Esposito, e l'avvocato dello Stat;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'originario ricorrente, attuale appellante, aveva partecipato al concorso per titoli indetto per l'anno scolastico 2004-2005 dall'Ufficio Scolastico Regionale per la Calabria per l'aggiornamento e l'integrazione delle graduatorie permanenti provinciali relative all'area A, profilo collaboratore scolastico. Inserito nelle graduatorie definitive del personale non docente in posizione utile per la sottoscrizione del contratto di lavoro e poi escluso dalla procedura di aggiornamento e integrazione delle stesse graduatorie, in quanto sfornito dei requisiti di servizio per l'accesso al predetto profilo, aveva impugnato tale esclusione davanti al TAR Calabria che, con sentenza n. 2449 del 15 dicembre 2005, aveva accolto il gravame, salvi restando gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Avendo il Centro Servizi Amministrativi di Catanzaro adottato un successivo decreto con cui lo dichiarava decaduto per dichiarazione non veritiera, escludendolo dagli elenchi provinciali per il conferimento delle supplenze al personale ATA e contestualmente pure dal concorso in precedenza citato per difetto del requisito del servizio, ritenendo quello svolto come prestazione di fatto e non di diritto, l'originario ricorrente impugnava quest'ultimo decreto di esclusione del 27 gennaio 2006 davanti allo stesso TAR Calabria deducendo plurime censure.

2. Il giudice di primo grado, con la sentenza impugnata, respingeva il gravame, rilevando che:

a. il provvedimento impugnato era sorretto da più argomentazioni giuridiche tese ad evidenziare il contestuale esercizio del potere di autotutela e del potere di dichiarare la decadenza ai sensi dell'articolo 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445;

b. il ricorrente aveva conseguito incarichi annuali a seguito di una illegittima inclusione negli elenchi di cui al D.M. n. 75/2001 perché, in presenza di una dichiarazione di aver prestato servizio per almeno 30 giorni in una scuola statale con rapporto di lavoro dipendente con lo Stato o con gli enti locali, dagli atti risultava che detto servizio fosse stato prestato in progetti per lavori socialmente utili, servizio che non poteva in alcun modo configurarsi come rapporto di lavoro dipendente;

c. non sussisteva la violazione dell'articolo 7 della legge n. 241/90 e dei principi in materia di partecipazione procedimentale, avendo l'Amministrazione inviato la comunicazione di avvio del procedimento relativamente alla decadenza ai sensi degli articoli 75 e 76 del D.P.R. n. 445/2000, comunicazione idonea a rendere partecipe il ricorrente dell'oggetto del procedimento avviato e così permettergli di esercitare le facoltà di cui all'articolo 10, della legge n. 241/90;

d. dinanzi alle doglianze del ricorrente circa la non mendacità della sua dichiarazione avendola accompagnata da una certificazione del Comune di Nocera Ticinese, anche a volerla considerare fondata, essa era comunque inammissibile, poiché non idonea a scalfire la validità del provvedimento impugnato

basato su una pluralità di ragioni tutte ugualmente idonee a sorreggere la parte dispositiva per cui l'eventuale illegittimità di una di esse non poteva essere sufficiente ad inficiare il provvedimento stesso. Il servizio prestato dal ricorrente, alla luce di quanto stabilito dall'art. 1, comma 2 del D.M. n. 75/2001, mancava, infatti, dei requisiti ivi richiesti, trattandosi di un lavoro in attuazione di progetti di pubblica utilità che non aveva determinato l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato e ciò non poteva consentire al ricorrente di essere ammesso a partecipare alla procedura per l'inclusione negli elenchi provinciali per le supplenze di cui al citato D.M. n. 75/2001. Né poteva esserlo il servizio comunque prestato dal ricorrente per 24 mesi, in quanto disimpegnato sulla base di un'illegittima inclusione negli elenchi provinciali delle supplenze di cui al D.M. n. 75/2001, da cui con il decreto impugnato il ricorrente era stato depennato;

e. non sussisteva la violazione della vigente normativa in materia di annullamento in autotutela degli atti amministrativi, eccitata per l'assenza di un interesse pubblico prevalente su quello privato e considerando il lungo lasso di tempo trascorso dalla adozione della graduatoria in cui il ricorrente era stato già inserito dal 2001. Ciò, in quanto l'atto impugnato soppesa, in maniera congrua e appropriata, l'interesse pubblico specifico all'esclusione del ricorrente dalla graduatoria con il contrapposto interesse al mantenimento della posizione nella stessa graduatoria. Nè l'intervento in autotutela richiede una diffusa motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico al ritiro dei provvedimenti, essendo l'interesse *in re ipsa*. Circa il fattore temporale e il termine ragionevole cui il legislatore subordina l'esercizio dell'autotutela, nella specie la grave situazione di illegittimità ha giustificato la compressione della posizione del ricorrente in presenza di altri soggetti con la legittima aspettativa all'inserimento nelle graduatorie che, dato il loro carattere permanente, sono sottoposte a continue procedure di aggiornamento e revisione, rendendo così recessivo il fattore temporale rispetto all'interesse pubblico al mantenimento in posizione utile solo di coloro che godono di legittimo titolo.

3. Con l'appello in epigrafe, lo stesso originario ricorrente impugnava la detta sentenza:

a. perchè in contraddizione con l'orientamento espresso dallo stesso Tribunale amministrativo nella fase cautelare con l'accoglimento della domanda di sospensiva, nonché con la precedente propria sentenza del 15 dicembre 2005;

b. perchè erronea relativamente alla violazione della legge n. 241/90, essendo stato l'oggetto del procedimento indicato in modo generico, insufficiente e parziale, non risultando così correttamente instaurato il contraddittorio, non ricorrendo peraltro nella specie particolari esigenze di celerità del procedimento legittimanti l'omissione, né trattandosi di atto vincolato. Ciò ha impedito il perfezionamento del contraddittorio e al ricorrente di difendersi adeguatamente, in particolare sulla assoluta carenza dei presupposti per la declaratoria della decadenza dalle graduatorie del D.M. n. 75/2001 assunta a presupposto per la esclusione delle graduatorie permanenti, nonché sulla carenza dei presupposti dell'autotutela in questione;

c. perchè contiene un macroscopico travisamento del provvedimento impugnato e un'interpretazione di esso contraria alle evidenze letterali e illogica. Sia nella motivazione sia nel dispositivo, la decadenza dal beneficio della iscrizione negli elenchi provinciali di collaboratore scolastico è l'antecedente necessario della successiva esclusione, in via di autotutela, dalle graduatorie permanenti. Ma l'insussistenza della mendacità riconosciuta dal provvedimento cautelare dello stesso Tribunale doveva condurre all'annullamento del provvedimento impugnato con la conseguente caducazione dell'esclusione del ricorrente, odierno appellante, in via di autotutela, dalle graduatorie permanenti per l'immissione di ruolo;

d. perchè l'autodichiarazione dell'originario ricorrente non era per nulla mendace e l'Amministrazione non è stata tratta in inganno. Anzi, quest'ultima avrebbe dovuto, se riteneva non idoneo il servizio, rigettare immediatamente la domanda proposta, mentre invece ha inizialmente inserito e poi

mantenuto per anni il ricorrente nella graduatoria del D.M. n.75/2001.

La sentenza quindi, erroneamente, non ha ravvisato che il provvedimento impugnato era affetto da contraddittorietà, illogicità e ingiustizia, e da un evidente sviamento della finalità istituzionali, avendo l'Amministrazione adottato un provvedimento di decadenza previsto per altre finalità e in presenza di presupposti di fatto e di diritto diversi da quelli della vicenda in questione, in quanto non poteva più esercitare l'autotutela;

e. perchè contraddittoria e paradossale allorchè si è spinta ad ipotizzare la fondatezza della censura sulla non mendacità della dichiarazione dell'originario ricorrente e poi non ne è tratto le dovute conclusioni, essendo l'illegittimità della decadenza motivo per la caducazione della esclusione dalla graduatoria permanente ex art. 554 del d. lgs. n. 297/94;

f. perchè non ha esaminato i motivi di ricorso concernenti il rilevato eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e ingiustizia manifesta, erroneità e difetto dei presupposti e di istruttoria, sviamento di potere, violazione dell'art. 21 septies della legge n. 241/90 e del D.M. n. 75/2001;

g. perchè ha ritenuto che la natura del provvedimento riguardante graduatorie ed elenchi sottoposti a continue procedure di aggiornamento e revisione non renderebbe necessario motivare diffusamente in ordine alle ragioni di interesse pubblico al ritiro dei provvedimenti, essendo detto interesse *in re ipsa* e ha ritenuto che il tempo dell'esercizio del potere di rimozione dell'atto non sarebbe irragionevole. Ciò non è invece accettabile, stante la previsione contenuta nell'art. 21 nonies della legge n. 291/90 che esige la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico di cui il provvedimento deve adeguatamente dare conto ed esige che l'autotutela sia esercitata entro un termine ragionevole, tenendo conto degli interessi dei destinatari. Il giudice di primo grado ha fornito risposte generiche, insoddisfacenti e insufficienti, citando frammenti della motivazione del provvedimento impugnato;

h. perchè difetta nella motivazione, essendo falso e comunque erroneo il presupposto, poiché le graduatorie permanenti non sono più impugnabili da eventuali aventi interesse, in relazione al pregresso accesso alle graduatorie di soggetti, avvenuto da anni e consolidato per scadenza del termine di decadenza per il ricorso e comunque la graduatoria aggiornata potrebbe essere impugnata soltanto in ordine al punteggio attribuito in aggiornamento, come del resto la stessa graduatoria di primo inserimento sarebbe inammissibile in relazione alla presunta carenza di titoli di accesso nell'aspirante controinteressato, non essendo state oggetto di ricorso e pertanto divenute definitive e inoppugnabili. Conseguentemente, l'interesse pubblico prevalente non può risiedere nell'esigenza di prevenire un contenzioso tecnicamente ormai inammissibile e quindi, sotto tale profilo, la motivazione dell'atto è assolutamente inadeguata e lo è la stessa motivazione della sentenza, non essendo sufficiente la mera esigenza del ripristino della legalità;

i. perchè superficiale nella valutazione della compressione della posizione del ricorrente, compressione ritenuta legittima, nonostante il rilievo del tempo trascorso e l'affidamento generato;

l. perchè ha eluso il giudicato della precedente sentenza dello stesso Tribunale, citata nel ricorso e riguardante il ricorrente, avendo l'Amministrazione in effetti reiterato un provvedimento con i medesimi vizi, già ritenuti tali dalla sentenza n. 2449/2005 pronunciata sul primo gravame, che aveva evidenziato la contraddittorietà tra l'autotutela della esclusione dalle graduatorie permanenti dell'art. 554 del d. lgs. n. 297/94 e l'annesso esercizio del necessario presupposto dell'autotutela consistente nell'esclusione dalla graduatoria di cui al D.M. n. 75/2001.

Con memoria del 17 settembre 2014, la parte appellante ha, alla luce di quanto statuito dalla Corte

di Cassazione e dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio sulla **giurisdizione** del giudice ordinario in merito alle questioni del tipo di quelle esaminate con il presente appello, chiesto di dichiarare il difetto di **giurisdizione** del giudice amministrativo, a ciò non ostando l'articolo 9 del codice del processo amministrativo in quanto, al momento della proposizione dell'appello, nel 2007, non era ancora vigente il codice e valeva, viceversa, la regola secondo cui il difetto di **giurisdizione** era rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento. In via subordinata, ha poi invocato l'applicazione dell'articolo 37 dello stesso codice, con rimessione in termini relativamente al chiesto difetto di **giurisdizione**, per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto. Ciò allo scopo di evitare, secondo l'appellante, che sulla medesima controversia si abbiano pronunce in tutto o in parte discordanti. Nella circostanza, è stato poi ribadito, nel merito della vicenda, che non essendo sussistenti i presupposti della decadenza per mancanza di dichiarazione mendace, il giudice avrebbe dovuto limitarsi ad annullare il provvedimento impugnato senza attribuirgli il nomen di autotutela in annullamento. Il TAR ha così trasformato il provvedimento impugnato in un atto di integrale annullamento in autotutela e fondato, quanto all'esclusione dalle graduatorie, su presupposti motivazionali non enunciati dall'Amministrazione, alla quale il giudice di primo grado si è sostituito illegittimamente.

Secondo la parte appellante, il primo giudice avrebbe, quindi, dovuto annullare il provvedimento di decadenza, e rimettere all'Amministrazione le successive determinazioni, fermo restando, in ogni caso, l'intempestività dell'atto di annullamento in autotutela, in relazione dell'articolo 21 nonies della legge n. 241/90.

DIRITTO

1. L'appello non merita accoglimento.

Preliminarmente, con riguardo ai profili attinenti alla carenza di **giurisdizione**, ritenendo la parte appellante devoluta al giudice ordinario la cognizione della fattispecie, profili sollevati con la richiamata memoria del 17 settembre 2014, non notificata alla controparte costituita, questo Collegio ritiene necessario evidenziare che l'articolo 9 del codice del processo amministrativo non consente più al giudice dell'appello di rilevare d'ufficio il difetto di **giurisdizione**, dal momento che è onere della parte interessata sollevare la questione con apposito motivo d'appello, avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla **giurisdizione**, con la conseguente irrilevanza della **eccezione** formulata con una memoria. Ciò in quanto, in difetto di uno specifico motivo di appello, risulta evidente l'acquiescenza della parte interessata a sollevare la carenza di **giurisdizione**. La giurisprudenza di questo Consiglio, da cui non vi è motivo per discostarsi, (ex multis, Sezione VI, 15 dicembre 2010, n. 8925) ha precisato, del resto, come nei processi in corso alla data di entrata in vigore del codice, operi immediatamente la regola richiamata secondo cui il giudice dell'impugnazione non possa rilevare il difetto di **giurisdizione** se non sia stato eccepito dalla parte nell'appello. Ha, altresì, precisato contestualmente che debba escludersi che il giudice possa dichiarare inammissibile un'**eccezione** che, rispetto alla normativa in vigore al momento della sua proposizione, risultava ritualmente proposta, coerentemente con il principio del "tempus regit actum". Ciò considerando che, prima dell'entrata in vigore del codice, l'**eccezione** di difetto di **giurisdizione** poteva riproporsi in appello anche con semplice memoria.

Se ne deduce che per gli appelli in corso alla data di entrata in vigore del codice, il citato articolo 9 del codice, consente, in applicazione del richiamato principio del "tempus regit actum" che il motivo riguardante il difetto di **giurisdizione** già sollevato in primo grado, possa introdursi con memoria successiva alla proposizione dell'appello, senza che possa farsi questione di giudicato interno implicito sulla questione di **giurisdizione** trattata, seppure tacitamente, dal giudice di primo grado (in tal senso, Sezione III, 13 marzo 2012, n. 1415 e Sezione VI, 23 aprile 2012, n. 2390, secondo cui la questione del giudicato interno implicito era già immanente nel sistema quanto meno a far data dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 9 ottobre 2008, n. 24883 che ha affermato il principio per cui la decisione di merito contiene anche

un'implicita statuizione sulla **giurisdizione** idonea a passare in giudicato se non viene specificamente impugnata).

Da qui, per il giudice dell'appello, di fronte a un giudicato implicito sulla **giurisdizione**, l'impossibilità di un esame della relativa **eccezione** senza che venga fatto valere uno specifico motivo di appello (così, Cass. SS. UU.. 8 febbraio 2010, n. 2715).

Nella specie, l'originario ricorrente, avendo lui scelto il giudice in primo grado, non aveva sollevato l'**eccezione** di difetto di **giurisdizione**, né quest'ultima era stata rilevata dal giudice, né aveva proposto l'**eccezione** nell'appello del 31 agosto 2007, neppure con successiva memoria che ben avrebbe potuto presentare prima della entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo. Essendo, invece, la memoria stata presentata il 17 settembre 2014, a quella data non poteva più proporsi il difetto di **giurisdizione** con quel mezzo, per lo stesso principio del *tempus regit actum*, con conseguente inammissibilità di quanto eccepito in proposito dalla parte appellante.

Nella specie, poi, come osservato da questa Sezione (sentenza 18 marzo 2013, n. 1315), consentire alla parte che ha scelto in primo grado il giudice, di eccepire nel contesto dell'appello, a seconda dell'esito del giudizio di primo grado, di contestare la **giurisdizione** significherebbe avallare un vero e proprio abuso del diritto, e piegare la strumentalità delle forme e il connesso ambito dell'azione a fini diversi da quelli per i quali sono riconosciuti dall'ordinamento, non diversamente da quanto accadeva per il regolamento preventivo di **giurisdizione** di cui all'art. 367 cod. proc. civ., prima che la legge 26 novembre 1990, n. 353 sopprimesse, al fine di evitarne un uso distorto e dilatorio, l'obbligo di sospensione del giudizio per effetto della sola presentazione del ricorso.

Significherebbe, in ultima analisi, consentire un uso delle facoltà processuali in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di **giurisdizione**, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la **giurisdizione** a suo tempo prescelta, in ragione della successiva convenienza.

Per quanto poi detto innanzi, relativamente alla **giurisdizione** del giudice ordinario su questioni concernenti l'inserimento in graduatoria preordinato all'assunzione di soggetti in possesso di requisiti predeterminati, come nella specie, non sussistono i presupposti previsti dall'articolo 37 del codice del processo amministrativo per disporre la rimessione in termini per errore scusabile, richiesta dalla parte appellante, non ravvisandosi neppure i gravi impedimenti di fatto.

2. Circa il merito della controversia, il coordinatore del Centro Servizi Amministrativi per l'area di Catanzaro, con il provvedimento impugnato prot. n. 1758/P del 27 gennaio 2006, come si evince dal dispositivo dell'atto, ha escluso l'originario ricorrente dal concorso in questione per difetto del requisito del servizio, non potendo ritenersi utile il servizio illegittimamente prestato, da considerarsi come prestazione di fatto e non di diritto e come tale non idoneo a dare luogo a punteggio alcuno, né costituire presupposto per il successivo inserimento nelle graduatorie provinciali o d'istituto.

Dalle premesse del provvedimento impugnato si evince chiaramente il dato oggettivo dell'assenza di un periodo di servizio pregresso utile ad integrare il requisito richiesto, essendo stato il servizio prestato in progetti per lavori socialmente utili, servizio che quindi non può configurarsi come rapporto di lavoro dipendente con lo Stato e con gli Enti locali. Dallo stesso provvedimento si evince ancora che l'originario ricorrente e attuale appellante è stato incluso nella graduatoria permanente per il profilo professionale di collaboratore scolastico, avendo maturato illegittimamente il requisito dei 24 mesi di servizio utile richiesto e che lo stesso era a conoscenza della non valutabilità del servizio, essendo stato già escluso dalle graduatorie compilate per l'anno 2002-2003 per difetto del requisito di servizio.

Come del resto recentemente sottolineato da questa Sezione in una vicenda analoga (sentenza 8

marzo 2012, n. 1315), il decreto impugnato, anche a volerlo considerare come provvedimento di autotutela secondo l'assunto dell'appellante, non può ritenersi viziato da difetto di motivazione per mancata indicazione delle ragioni di interesse pubblico a sostegno dell'esclusione.

Il Coordinatore del Centro Servizi Amministrativo per l'area di Catanzaro era tenuto ad accertare il possesso dei requisiti necessari ai fini dell'ammissione al concorso in questione, sicché il ricorrente originario non poteva invocare alcun consolidamento nella propria sfera in relazione ai periodi di servizio effettuati, in mancanza dei necessari presupposti. Ciò in quanto il servizio illegittimamente prestato dal ricorrente, attuale appellante, non poteva determinare, in capo al medesimo, il formarsi di posizioni insuscettibili di essere incise dall'Amministrazione scolastica, poiché il principio di legalità impone in ogni momento l'adeguamento al quadro normativo vigente, anche in mancanza di un affidamento meritevole di giuridica considerazione.

Il provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua precisa qualificazione, sancisce la decadenza automatica dai benefici conseguiti, prevista direttamente dalla legge, in quanto l'art. 75 D.P.R. n. 445 del 2000 prevede specificamente che, ferme le sanzioni penali, qualora dal controllo emerga la non veridicità del contenuto delle dichiarazioni sostitutive, il dichiarante decada dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione oggettivamente non veritiera, in considerazione dell'esito dell'accertamento effettuato, a prescindere dalla buona fede o dall'intenzione effettiva del dichiarante.

E comunque, posto che l'atto sia di autotutela, esso risulta legittimo, poiché adottato in base alla premessa di fatto relativa ad un servizio espletato senza il possesso dei necessari requisiti, in presenza dell'interesse pubblico al ripristino della legalità, interesse valutato, come chiaramente si evince dalle premesse del decreto impugnato, come diretto a formare graduatorie corrette a tutela degli altri soggetti interessati alla utile posizione in graduatoria, e in ogni caso pregiudicati dall'inserimento di soggetti privi di necessari requisiti.

Ciò detto, tutti i motivi di appello risultano privi di pregio, dal momento che:

a. la prima sommaria delibazione propria della fase cautelare esige che ogni vicenda sia più adeguatamente approfondita in sede di cognizione piena ed esauriente, il cui esito può discostarsi da quanto deciso in sede cautelare, senza che per questo possa parlarsi di contraddizione, né nella specifica vicenda questo Collegio ritiene che la sentenza impugnata si ponga in contrasto con la precedente sentenza n. 2449 del 15 dicembre 2005, con cui lo stesso TAR Calabria ha annullato il decreto n. 1770/1/p del 3 ottobre 2005 per contraddittorietà e insufficienza della motivazione facendo salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione la quale ha, infatti, adottato il successivo atto impugnato su cui si è pronunciata la sentenza del TAR appellata con il presente ricorso;

b. la comunicazione di avviso del procedimento, come evidenziato correttamente nella sentenza impugnata, era tale da consentire il perfezionamento del contraddittorio e permettere all'interessato di esercitare le facoltà a lui riconosciute dall'articolo 10 della legge n. 241/90;

c. la sentenza impugnata non contiene un macroscopico travisamento del provvedimento impugnato e un'interpretazione di esso contraria alle evidenze letterali e illogica. Il giudice di primo grado ha puntualmente ripercorso l'iter logico-giuridico del provvedimento impugnato dall'originario ricorrente davanti al TAR Calabria e ha verificato che il ricorrente non poteva essere ammesso in quanto il servizio prestato mancava dei requisiti necessari, come peraltro riconosciuto dal medesimo ricorrente, essendo l'attività prestata ai sensi dell'art. 4, comma 1 del d. lgs. n. 81/2000 non idonea all'instaurazione di alcun rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, motivo per cui non poteva essere comunque ammesso a partecipare alla procedura per l'inclusione negli elenchi provinciali per le supplenze di cui al D.M. n. 75/2001 con la conseguenza dell'impossibilità di valutare il servizio dopo l'illegittimo inserimento negli

elenchi ai fini dell'inclusione nelle graduatorie provinciali permanenti. L'Amministrazione ha così operato legittimamente;

d. l'Amministrazione ha proceduto, come ugualmente emerge dalla premesse del provvedimento impugnato, ad un controllo generalizzato dalle domande prodotte ai sensi del D.M. n. 75/2001, anche in fase di formazione delle graduatorie permanenti di cui all'art. 554 del d. lgs. n. 297/94, a seguito di numerosi esposti, richieste di accesso a documenti e acquisizione di atti da parte dell'Autorità giudiziaria ed ha accertato la mancanza dei requisiti previsti, a prescindere dall'irregolare dichiarazione effettuata dall'originario ricorrente sul servizio. Nella circostanza, il primo giudice ha quindi ritenuto il provvedimento privo dei vizi eccepiti dall'odierno appellante e legittimo il comportamento dell'Amministrazione;

e. l'Amministrazione ha operato correttamente e non in maniera contraddittoria poiché ha deciso di escludere l'attuale appellante dagli elenchi provinciali per il conferimento delle supplenze e dalla graduatoria, ex art. 554 del d. lgs. n. 297/94 per mancanza dei requisiti richiesti, accertata obiettivamente, mancanza che ha prodotto pure la decadenza dei benefici conseguiti in base alla dichiarazione risultata non veritiera ai sensi dell'articolo 75 del D.P.R. n. 445/2000;

f. dalla puntuale motivazione della sentenza impugnata è dato desumere l'accurato esame di tutti i motivi di ricorso e la legittima valutazione del primo giudice sulla assenza dei vizi di eccesso di potere e di altra natura eccepiti dall'originario ricorrente;

g. il giudice di prime cure ha ravvisato nel provvedimento impugnato una puntuale motivazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico e con riguardo al profilo del tempo trascorso, evidenziando nella sentenza la presenza incontrovertibile dell'avvenuta ponderazione dei contrastanti interessi e soffermandosi sul fattore temporale e sulla ragionevolezza del termine per l'esercizio del potere di autotutela, ragionevolezza da collegare alla rilevanza degli interessi pubblici e privati coinvolti da tale esercizio. Il fattore temporale è stato così ritenuto recessivo rispetto all'interesse pubblico al mantenimento in posizione utile solo di coloro che godono di legittimo titolo;

h. la questione del rispetto della legalità non è rapportabile all'esigenza di prevenire il contenzioso, ma come affermato nello stesso provvedimento impugnato, è invece legata alla esigenza di assicurare la formazione corretta delle graduatorie. Il mantenimento di situazioni di illegittime inclusioni pregiudica, infatti, la correttezza dell'azione amministrativa. Ciò anche a prescindere dai risvolti connessi all'eventuale contenzioso, che non può costituire l'unico motivo per l'Amministrazione ad agire nel rispetto della normativa vigente, visto che la permanenza nelle graduatorie di soggetti con posizioni irregolari costituisce un *vulnus* pure per l'Amministrazione che deve essere garante della legalità. Il presupposto da cui si è mossa l'Amministrazione non è quindi erroneo e la motivazione riscontrata dal primo giudice risulta adeguata;

i. per quanto detto innanzi, non si ravvisa superficialità nella valutazione della posizione dell'originario ricorrente e attuale appellante, anche con riguardo all'ipotizzato generato affidamento, dal momento che espressamente nelle premesse del provvedimento impugnato si fa riferimento alla circostanza che il ricorrente fosse già a conoscenza della non valutabilità del servizio prestato, essendo stato già escluso dalle graduatorie compilate per l'anno 2002/2003 per difetto del requisito del servizio;

l. non vi è stata alcuna elusione della precedente sentenza dello stesso TAR, il cui rispetto da parte dell'Amministrazione è stato ben valutato dal giudice di prime cure che, alla luce anche di quanto innanzi illustrato, ha correttamente ritenuto legittima l'azione dell'Amministrazione nell'adozione del provvedimento impugnato, esente dalle censure eccepite dall'originario ricorrente. Peraltro, il contenuto della censura risulta generico e formulato insistendo su vizi già eccepiti nelle precedenti censure ritenute prive di pregio.

3. In conclusione, l'appello va respinto.

La natura delle questioni dedotte offre sufficienti elementi per ritenere congrua la compensazione, tra le parti, delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 7215 del 2007) lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 21 ottobre 2014, con l'intervento dei magistrati:

Cons. Stato, sez. VI, 27 agosto 2014 n. 4337

La parte che abbia adito il giudice e sia rimasta soccombente nel merito in primo grado non può dedurre in appello il difetto di giurisdizione del giudice da essa stessa adito (conf., tra le varie, V, sent. 7 dicembre 2012 n. 656; VI, 10 marzo 2012 n. 1537; sembra contraria Cass. civ., sent. 27 dicembre 2010 n. 26129); e ciò, quand'anche non si volesse ritenere sussistere in concreto un'ipotesi di abuso del diritto (che l'andamento processuale indurrebbe invece a configurare), in quanto non vi è dubbio che la cd. auto-eccezione di giurisdizione determina un andamento anomalo del processo.

La parte, infatti, dopo aver adito il giudice ed aver svolto un grado di giudizio nel quale il contraddittorio si è concentrato sul merito, in presenza della pronuncia sfavorevole, contesta in appello la giurisdizione di quello stesso giudice da essa medesima adito.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso r.g.a.n. 6104/2011, proposto dalla Società Agricola Grog s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica Guido Barbi, e da quest'ultimo personalmente, entrambi rappresentati e difesi dagli avvocati Giuseppe Onofri, Francesco Onofri e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, via G.P. da Palestrina, 47;

contro

il Comune di Collebeato, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Ramadori, Fiorenzo Bertuzzi, Silvano Venturi e Gianpaolo Sina, con domicilio eletto presso Giuseppe Ramadori, in Roma, via Marcello Prestinari, 13;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lombardia, Brescia, Sezione II, n. 1/2011, resa tra le parti e concernente *l'esercizio della prelazione sul bene culturale "Monastero dei Camaldolesi", in località Santo Stefano.*

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati, con tutti gli atti ed i documenti di causa.

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Collebeato.

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2014, il Consigliere di Stato *Aldo SCOLA* ed uditi, per le parti, l'avvocato Filippo Lattanzi e l'avvocato Paola Ramadori, per delega dell'avvocato Gianpaolo Sina.

Ritenuto e considerato, in fatto e diritto, quanto segue.

FATTO

1. Con atto di vendita 1° ottobre 1999, i fratelli Arturo, Vittorio, Luigi e Guido Barbi cedevano, al prezzo di 200 milioni di lire, alla Grog s.r.l. (di cui all'epoca erano soci lo stesso Guido Barbi al 95% e la moglie al 5%) il fondo rustico denominato "Santo Stefano", dell'area complessiva di ha. 11.19.00 e comprendente l'edificio storico dell'ex monastero dei Camaldolesi, costruito nel 1400 e rimasto in stato di abbandono nel corso del 1900.

Detto bene era di provenienza ereditaria e Guido Barbi non ne mantenne l'intestazione diretta ma in data 1° ottobre 1999 "lo fece vendere alla sua società agricola ad un prezzo assolutamente sottostimato" (circa 1/5 di quello stabilito in un precedente contratto preliminare di vendita del 1987, sospensivamente condizionato e mai perfezionatosi), per "poter eseguire i lavori di manutenzione, beneficiando di un regime fiscale più conveniente" e stante la "sua pacifica commerciabilità per mancanza del vincolo ai sensi della legge sui beni culturali n. 1089/1939", mancanza dichiarata dal Soprintendente reggente con nota 20 gennaio 2000, prot. n. 707.

L'esistenza del vincolo sarebbe emersa solo da una successiva ricerca della Soprintendenza (v. nota 20 novembre 2000 n. 707/17177 dello stesso Soprintendente reggente e del responsabile del procedimento).

Fino ad allora l'impresa Grog aveva realizzato, previa d.i.a. datata 24 dicembre 1999, cospicui interventi edilizi di manutenzione straordinaria, tra cui il rifacimento del tetto per una superficie di mq.

1.800.

Anche dopo la “scoperta dell’esistenza del vincolo”, vennero eseguiti ulteriori interventi di ristrutturazione, con regolari titoli concessori e parere favorevole della Soprintendenza, per un totale di euro 1.020.686,98, come da perizia asseverata 12 marzo 2010, prodotta in giudizio.

Il 1° dicembre 2009 la Grog effettuava la denuncia alla Soprintendenza dell’atto di acquisto 1° ottobre 1999, su suggerimento del notaio incaricato della stipulazione della convenzione tra la stessa ed il Comune di Collebeato, relativa ad un piano di recupero finalizzato ad altre opere di miglioramento del citato complesso.

La Soprintendenza avviava la procedura ex art. 62, d.lgs. n. 42/2004, previa la quale l’ente locale emanava la deliberazione consiliare 24 febbraio 2010 n. 7, preceduta dalla deliberazione G.c. 04 febbraio 2010 n. 17, esprimente la volontà di esercitare la prelazione e seguita dalla determinazione dirigenziale 10 marzo 2010 n. 49, di assunzione di un prestito di euro 103.291, 38 con la Cassa dd. e pp..

2. Avverso i suddetti provvedimenti, la società Grog proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, con sede in Brescia, deducendo:

I) violazione degli artt. 31 e 32, legge n. 1089/1939, dell’art. 149, comma 5, d.lgs. n. 112/1998; falsa applicazione degli artt. 60, 61 e 62, d.lgs. n. 42/2004, poiché il regime della prelazione artistica vigente al momento della compravendita (1° ottobre 1999) sarebbe quello di cui alla legge n. 1089/1939, secondo cui (art. 32) il diritto di prelazione da parte dello Stato (o da questo trasferito alla regione ed agli enti locali interessati) avrebbe dovuto esercitarsi entro due mesi dalla denuncia 1° dicembre 2009): da tale diritto l’amministrazione sarebbe dunque decaduta.

Secondo la ricorrente, infatti,, “ogni atto di alienazione a titolo oneroso di bene culturale ... soggiace alla disciplina vigente al momento della sua stipulazione” ed alla citata vendita, conclusa nel previgente regime, non avrebbe potuto applicarsi l’art. 62, comma 4, codice dei beni culturali n. 42/2004, recante la nuova figura della denuncia tardiva, con estensione del termine temporale entro cui la vendita resta assoggettata al potere della p.a. (180 giorni);

II) ulteriore violazione degli artt. 31 e 32, legge n. 1089/1939 (o degli artt. 60, 61 e 62, d.lgs. n. 42/2004): nella specie, sarebbe sussistita una presupposizione “data dalla certezza del mantenimento del bene nell’alveo del patrimonio familiare di Guido Barbi”, perché altrimenti il bene sarebbe stato conferito, previa divisione, al patrimonio della Grog, essendo all’epoca il conferimento alla società sottratto al diritto di prelazione artistica: “la condizione implicita presupposta era dunque quella dell’insussistenza del vincolo ... e perciò della prelazione artistica, sicché l’assetto che le parti avevano dato ai propri interessi si è trovato a poggiare su una base diversa da quella in virtù della quale era stato concluso il contratto”.

E se il contratto del 1999 fosse stato nullo per difetto di presupposizione (accertamento spettante in via incidentale al giudice amministrativo), allora la prelazione artistica non avrebbe potuto esercitarsi, mancando un valido atto di alienazione a titolo oneroso;

III) ancora violazione degli artt. 60, 61 e 62, d.lgs. n. 42/2004 (in quanto applicabili) sotto altro profilo e difetto di motivazione, dato che:

III.1) per la copertura finanziaria necessaria - ex art. 62, comma 2, citato codice - nella proposta di prelazione di regione ed enti pubblici territoriali, i ricorrenti originari deducevano che la Grog sarebbe stata possessore in buona fede quantomeno nei primi mesi dell’anno 2000 (quando aveva eseguito gran parte dei lavori del complesso conventuale Santo Stefano e quando neppure comune e Soprintendenza erano consci della sussistenza del vincolo) ed invocavano pertanto, in proprio favore, le seguenti norme del codice civile:

- art. 1150 (rimborso delle spese sostenute per le riparazioni straordinarie ed indennità per i miglioramenti arrecati alla cosa);

- art. 936 (indennità per le addizioni fatte sulla cosa);

- art. 1152 (diritto di ritenzione della cosa, fino alla percezione di dette indennità);

III.2.) il comune (a conoscenza delle opere eseguite da Grog) avrebbe dovuto deliberare la necessaria copertura finanziaria non solo rispetto al prezzo pattuito nell'atto del 1999, ma anche in rapporto all'indennizzo per i miglioramenti (cfr. sent. 19 giugno 2001 n. 3241 della Sez. VI del Consiglio Stato, in tema di compensi all'intermediario della vendita del bene culturale): indennizzi per miglioramenti non sostenibili dai privati, essendo "fuor di dubbio la sussistenza dell'obbligo in capo all'ente locale di corrispondere (detti indennizzi) interamente in capo al privato", per cui la motivazione della deliberazione comunale "avrebbe dovuto investire l'impegno di spesa assunto per far fronte a tutti gli oneri ed esborsi conseguenti all'esercizio del diritto (di prelazione) e non solo quindi al pagamento del puro prezzo nominale dell'atto di alienazione del 1999, ma anche all'indennizzo per i miglioramenti (almeno un milione di euro) che il comune comunque - ammesso e non concesso che la prelazione sia legittima - dovrà dapprima iscrivere a bilancio tra le passività e poi certamente pagare alla Grog", senza di che non avrebbe potuto "dirsi compiutamente motivata la scelta di esercitare la prelazione e di valorizzare il bene culturale", tanto più che Grog aveva depositato in Comune il 16 gennaio 2009 uno schema di convenzione notarile, in cui dichiarava la propria disponibilità ad obbligarsi a soggiacere ad un vincolo trentennale dell'attuale destinazione d'uso del complesso immobiliare (in parte residenziale, in parte agrituristica) senza possibilità di cessioni dello stesso per parti separate, nonché a concedere al comune l'uso gratuito della chiesetta per attività socio-culturali per dieci giorni all'anno;

IV) violazione dell'art. 62, comma 2, d.lgs. n. 42/2004 (in quanto applicabile) e degli artt. 1, 6 e 111, stesso d.lgs., e difetto di motivazione, dubitandosi che la descrizione delle finalità di valorizzazione culturale contenuta nell'atto consiliare impugnato fosse sufficiente a realizzare il requisito di legge prescritto dalla norma di cui all'art. 62, comma 2, citato codice, sia perché si tratterebbe di valorizzazioni più ambientaliste che culturali sia perché l'uso (ad es. da parte di gruppi di bambini e ragazzi) sarebbe "potenzialmente contrastante rispetto alle finalità di tutela";

V) violazione degli artt. 3, 42 e 97, Cost. e del principio d'imparzialità; abuso del diritto e sviamento; ulteriore violazione degli artt. 60, 61 e 62, d.lgs. n. 42/2004: nella specie l'abuso del diritto si sarebbe sostanziato "nell'approfittamento di un diritto potestativo a valenza pubblicistica per ottenere il risultato dell'acquisizione di un bene di interesse culturale di grande pregio con un esborso di gran lunga più modesto, anzi irrisorio, rispetto al suo valore effettivo e quindi con l'imposizione irrazionale al privato proprietario di un sacrificio iniquo e come tale abusivo".

Onde, causa illecita e contratto invalido, mentre il Comune di Collebeato avrebbe dovuto stanziare un importo corrispondente al valore effettivo dell'ex monastero nel 2010 o, almeno, nel 1999.

In via subordinata, la parte ricorrente - ritenendo possibile il superamento della precedente sentenza della Corte costituzionale 20 giugno 1995 n. 269, anche alla stregua della successiva giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema d'incongruità degli indennizzi espropriativi - deduceva l'incostituzionalità dell'art. 60, d.lgs. n. 42/2004, e delle altre norme relative alla prelazione artistica, nella parte non contemplante che - in caso di pattuizione di prezzi oggettivamente inferiori al valore del bene culturale alienato, giustificata da ragioni oggettive (quale l'ignoranza senza colpa del vincolo) - il valore del bene dovesse fissarsi ai sensi dei successivi commi 2 e 3 dell'art. 60, in luogo di quello stabilito nell'atto di alienazione, come pure ove legittimanti l'esercizio della prelazione in ogni tempo.

3. Costituitosi, il Comune di Collebeato depositava documentazione e, in data 15 novembre 2010,

memoria conclusiva, nella quale rappresentava in fatto che:

- l'immobile sarebbe risultato oggetto di vincolo monumentale *ex lege* n. 1089/1939, apposto con d.m. 17 ottobre 1941, trascritto presso la Conservatoria dei registri immobiliari di Brescia con nota 26 novembre 1941;

- il carattere vincolato del bene sarebbe stato segnalato dal comune con nota 05 gennaio 2000, relativa alla d.i.a. 27 dicembre 1999;

- (solo) con nota 15 gennaio 2010 la Soprintendenza comunicava (anche) al comune l'intervenuta denuncia tardiva di trasferimento di proprietà, escludendo l'acquisto del bene da parte dello Stato;

- infine, con nota 12 febbraio 2010, la Soprintendenza prendeva atto della proposta di prelazione da parte dell'ente locale.

Il comune replicava altresì in diritto, deducendo:

- l'inammissibilità del dedotto difetto di presupposizione, non potendo il privato "essere ammesso ad impugnare davanti al g.a. atti autoritativi concernenti la prelazione dei beni culturali, adducendo questioni civilistiche relative all'asserita patologia del negozio traslativo dal medesimo posto in essere", come pure di "ogni argomento svolto sulla scorta della presunta mancata conoscenza del vincolo";

- l'estraneità alla **giurisdizione** del g.a. (e spettanza a quella del g.o.) di tutte le questioni relative alle "asserite debenze che con il prezzo nulla c'entrano" ed al diritto di ritenzione;

- l'inammissibilità di ogni valutazione di merito, come pure di "una riformulazione della tesi della presunta mancata conoscenza del vincolo", l'abuso del diritto costituendo istituto prettamente civilistico.

- l'infondatezza di ogni prospettata questione di costituzionalità dell'invocata normativa.

4. Alla pubblica udienza il difensore di parte ricorrente chiedeva di poter produrre copia del precedente atto di compravendita 23 luglio 1959 (del bene in parola da parte dei *de cuius* dei soggetti figuranti, a loro volta, quali alienanti nell'atto 1° ottobre 1999), in quanto neppure tale precedente contratto di alienazione da parte dell'Ospedale civile di Brescia (solo recentemente acquisito) avrebbe fatto menzione dell'esistenza del vincolo storico-artistico: il difensore del comune non si opponeva e la produzione veniva ammessa dal primo giudice. Trattenuta la causa in decisione, il Tribunale amministrativo, con la sentenza in epigrafe indicata, respingeva il ricorso.

Avverso tale sentenza, interponeva appello la società Grog, eccependo, e ribadendolo in memoria, preliminarmente il difetto di **giurisdizione** sui primi tre motivi del ricorso originario e, nel merito, riproponendo sostanzialmente le censure già dedotte in prime cure.

Il comune appellato si costituiva in giudizio per resistere al gravame; opponeva l'inammissibilità del dedotto difetto di **giurisdizione** per il noto divieto di *auto-eccezioni* (al cui riguardo richiamava le sentenze di questo Consiglio, Sezione V, sent. n. 656/2012 e Sezione VI, sent. n. 1537/2011), e ribadiva, nel merito, le tesi accolte dal primo giudice nel respingere il gravame originario.

All'udienza in data 8 luglio 2014, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

A) L'eccezione di difetto di **giurisdizione**, in relazione ai primi tre motivi di gravame, sollevata dall'attuale appellante, originario ricorrente, non può essere accolta, per ragioni sia di rito sia di merito.

Sotto il primo profilo, la Sezione condivide l'orientamento di questo Consiglio di Stato, secondo cui la parte che abbia adito il giudice e sia rimasta soccombente nel merito in primo grado non può dedurre in

appello il difetto di **giurisdizione** del giudice da essa stessa adito (conf., tra le varie, V, sent. 7 dicembre 2012 n. 656; VI, 10 marzo 2012 n. 1537; sembra contraria Cass. civ., sent. 27 dicembre 2010 n. 26129); e ciò, quand'anche non si volesse ritenere sussistere in concreto un'ipotesi di abuso del diritto (che l'andamento processuale indurrebbe invece a configurare), in quanto non vi è dubbio che la cd. auto-eccezione di **giurisdizione** determina un andamento anomalo del processo.

La parte, infatti, dopo aver adito il giudice ed aver svolto un grado di giudizio nel quale il contraddittorio si è concentrato sul merito, in presenza della pronuncia sfavorevole, contesta in appello la **giurisdizione** di quello stesso giudice da essa medesima adito.

E l'alterazione delle regole del processo appare di particolare evidenza ove, come nella specie, la parte eccepisca il difetto di **giurisdizione**, intraprendendo parallelamente un giudizio dinanzi al giudice ordinario, in relazione solo a una parte della controversia, o meglio, ad alcuni motivi di doglianza, con l'effetto, in tesi, di frazionare quell'unità del giudizio sulla controversia che giurisprudenza e legislatore hanno voluto assicurare con l'istituto della *translatio iudicii* e con l'introduzione di un meccanismo di preclusioni processuali per rilevare il difetto di **giurisdizione** (che si è ritenuto non contrastare con l'art. 25, Cost.).

Sul piano sostanziale, poi, va rilevato che l'odierna controversia riguarda l'esercizio del diritto di prelazione storico-artistica da parte del Comune di Collebeato.

È vero che, al riguardo, nella meno recente giurisprudenza della Corte di cassazione e di questo stesso Consiglio di Stato, sono rinvenibili pronunce volte ad affermare la **giurisdizione** del giudice ordinario laddove si faccia questione della carenza di potere, valutata in concreto, quanto all'esercizio del diritto, sicché, per esempio, la tardività nell'esercizio del diritto resterebbe devoluta a quel giudice (Cass. civ., sent. 17 aprile 2003 n. 6221; sembra nello stesso senso Cons. St. V, sent. 26 gennaio 2011 n. 544, citata dall'appellante, ma in relazione a fattispecie in cui era in discussione l'assoggettabilità a prelazione dei beni; ed è altresì significativo che quella sentenza critichi ed eviti la scissione in due di quel giudizio, a seconda della natura dei vizi ivi dedotti).

Ma è altresì vero che la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (VI, sent. 27 gennaio 2012 n. 372, resa in fattispecie sostanzialmente identica; ma v. già, sulla **giurisdizione** del giudice amministrativo, ove si contesti la tempestività della prelazione, della stessa Sezione VI sentt. 15 aprile 2008 n. 1736 e 4 aprile 2008 n. 1419) ha ritenuto sussistere la **giurisdizione** del giudice amministrativo in tutti i casi in cui sia contestata la legittimità dell'esercizio del diritto di prelazione storico-artistica (per argomentazioni sostanzialmente in tal senso cfr. Cass. civ., sent. 3 maggio 2010 n. 10619).

Ed invero, oltre agli argomenti già addotti dalla sentenza n. 372 del 2012 in ordine all'esigenza, alla luce anche dell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo in tema di nullità, di cui all'art. 21-*septies*, legge n. 241 del 1990, di riconsiderare *funditus* il criterio di riparto basato sulla carenza in astratto ed in concreto del potere, appare dirimente la considerazione che il criterio di riparto dev'essere chiaro e immediatamente percepibile, onde evitare che la parte abbia incertezze in ordine al giudice da adire.

Ebbene, escluse le ipotesi in cui siano lamentati il difetto di attribuzione in capo all'autorità amministrativa o, forse, la non assoggettabilità in assoluto ed in astratto del bene a prelazione, deve ritenersi che spettino alla **giurisdizione** del giudice amministrativo tutte le controversie attinenti all'esercizio del diritto di prelazione, ivi comprese quelle concernenti la tempestività dell'esercizio di tale diritto e la sussistenza d'idonea copertura finanziaria per il suo esercizio.

Del resto, una diversa conclusione esporrebbe inevitabilmente pressoché tutte le controversie in tema di prelazione ad essere frazionate in un doppio giudizio dinanzi ai giudici ordinario e amministrativo, in quanto normalmente l'esercizio del diritto di prelazione viene contestato in ordine sia alla sussistenza

delle condizioni che lo giustificino sul piano della legittimità sia alle modalità più propriamente esecutive.

E la tipologia delle censure dedotte nel presente giudizio costituisce la riprova di quanto detto.

Quanto poi alla dedotta censura attinente al vizio del negozio traslativo del bene, presupposto del diritto di prelazione, va osservato che, effettivamente, la censura è inammissibile nella presente sede, ma per la ragione che il vizio dedotto ("la presupposizione dei contraenti era il mantenimento del bene nella sfera familiare e quindi il mancato esercizio della prelazione") attiene ad un momento e ad una fattispecie estranei al diritto di prelazione, che non può essere conosciuta nemmeno incidentalmente da questo giudice, deducibile semmai dinanzi al giudice ordinario, la cui pronuncia potrà avere effetti riflessi sul provvedimento amministrativo di prelazione indipendentemente dall'esito del presente giudizio, perché conseguenza di un vizio esterno al procedimento amministrativo.

Conclusivamente, deve ritenersi che l'eccezione di difetto di **giurisdizione** vada disattesa e che si debba passare all'esame nel merito dell'appello.

B) Il T.a.r. condivisibilmente ha osservato come risultasse comprovata in causa e nemmeno contestata tra le parti (cfr. denuncia ex art. 59 e ss., d.lgs. n. 42/2004, presentata il 1° dicembre 2009 da Luigi e Guido Barbi) una circostanza dirimente: l'importante interesse (pubblico) del Monastero dei Camaldolesi, sito in Collebeato, frazione S. Stefano, era stato notificato all'allora proprietario (Ospedale civile di Brescia) il 27 ottobre 1941 e tale notificazione era stata successivamente trascritta presso la Conservatoria delle ipoteche di Brescia (il 26 novembre 1941).

Invero, altrettanto pacifiche apparivano le implicazioni giuridiche tratte dall'avvenuto espletamento di detti adempimenti, previsti dall'art. 2 della legge n. 1089/1939, all'epoca vigente:

un vincolo legittimamente imposto con la notificazione al proprietario del bene non può ritenersi caducato per effetto del trasferimento del bene ad esso relativo non accompagnato da un'informazione dell'alienante in ordine all'esistenza del vincolo medesimo, per la natura reale dello stesso e l'irrilevanza, ai fini della sua sussistenza ed operatività, di attività privatistiche le quali, ove omesse, potrebbero implicare, eventualmente, azioni civilistiche di responsabilità connesse all'obbligo di esatte informazioni nel procedimento relativo alla formazione dei contratti (Cons. Stato, sez. IV, sent. 7 novembre 2002 n. 6067);

la trascrizione del vincolo storico-artistico, una volta effettuata, e la sua notificazione nei confronti del soggetto proprietario, non richiedono ulteriori notificazioni nei confronti dei suoi successori o aventi causa (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, sent. 8 luglio 2009 n. 4369);

il vincolo culturale si radica *erga omnes* al momento della trascrizione del decreto appositivo, ha natura reale ed è opponibile a tutti i soggetti che divengano proprietari; una volta trascritto, dispiega senz'altro i suoi effetti nei confronti del proprietario attuale e di tutti i suoi successori ed aventi causa"; il proprietario di un bene vincolato e trascritto nei registri immobiliari in data precedente al suo acquisto, non potrebbe esimersi dall'osservare tutte le prescrizioni che connotano la disciplina vincolistica di legge relativa al bene, non escluso l'obbligo di *denuntiatio* in caso di sua futura alienazione (Cons. Stato, sent. n. 4369/2009), ai fini dell'eventuale esercizio del diritto di prelazione ad opera dell'autorità amministrativa.

C) Nel su delineato contesto vanno valutate le censure della parte appellante che, infatti, con il secondo mezzo di gravame (il primo concernendo la **giurisdizione**), deduce la tardività dell'esercizio del diritto di prelazione, perché esercitato oltre il termine di decadenza di sessanta giorni, previsto dalla normativa vigente al momento della conclusione del negozio traslativo e non nel diverso termine di centottanta giorni introdotto dalla normativa sopravvenuta (al negozio traslativo) di cui al testo unico dei beni culturali n. 490 del 1999 (e ora nel codice dei beni culturali).

Il motivo è infondato.

Ed invero, indipendentemente dalla natura sanzionatoria della cd. prelazione postuma in caso di denuncia tardiva, deve ritenersi che all'esercizio del diritto di prelazione sia applicabile, secondo i principi, la disciplina procedimentale, ivi compresa quella concernente i termini per l'esercizio del diritto, vigente al momento in cui la prelazione sia esercitata.

Come esattamente rilevato dal Comune appellato, il procedimento amministrativo in cui s'inserisce eventualmente l'esercizio della prelazione, ha inizio con la denuncia cui è tenuto il privato.

Ove questa denuncia sia tardiva, il termine per l'esercizio del diritto, che pacificamente decorre dal momento della denuncia, non può che essere assoggettato alla disciplina vigente al tempo del procedimento, non essendo pensabile di applicare un termine vigente al tempo della conclusione del negozio traslativo ma anteriore alla denuncia che, tardivamente, il privato abbia fatto dell'alienazione.

D) Del pari va disatteso il terzo motivo di appello, nei termini chiariti in precedenza con riguardo all'eccepito difetto di **giurisdizione**.

Infatti, rispetto al procedimento amministrativo di prelazione, i denunciati vizi attinenti al negozio traslativo civilistico restano esterni alla fattispecie provvedimentale e potrebbero avere riflessi indiretti sul provvedimento amministrativo e sul controverso rapporto amministrativo solo all'esito del giudizio civile.

Non è pensabile che il procedimento amministrativo prima e poi il relativo giudizio restino sospesi in attesa che si definisca ogni ipotetica o potenziale controversia civilistica sul negozio.

Al riguardo deve ritenersi, in premessa, che i limiti dell'accertamento incidentale effettuato dal giudice amministrativo non possano sconfinare nella vera e propria tutela dei diritti e consistere, quindi, nella soluzione di controversie riservate all'autorità giudiziaria ordinaria, con conseguente circoscrizione del sindacato giurisdizionale di cui trattasi al contenuto oggettivo degli atti, che siano fonte costitutiva o anche meramente ricognitiva di un diritto, senza che il sindacato stesso possa estendersi ad ulteriori atti o fatti modificativi delle situazioni giuridiche, come usucapioni, prescrizioni, devoluzioni o manifestazioni atipiche di volontà contrattuale.

In altri termini, la prelazione costituisce un procedimento solo fondato sul contratto, mediante il quale l'autorità pubblica può ingerirsi autoritativamente nella contrattazione privata, attraendo unilateralmente il bene nella propria sfera giuridica, senza surrogarsi nella posizione del terzo contraente (l'art. 60 del codice, come già la normativa previgente in materia, prevede la non vincolatività delle clausole del contratto per lo Stato).

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 269/1995 ha precisato che "a differenza di quanto accade nelle ordinarie procedure espropriative, la prelazione viene a collegarsi ad una iniziativa (trasferimento a titolo oneroso) non attivata dalla parte pubblica, bensì dalla parte privata, titolare del bene: e questo nonostante che la stessa prelazione, ove esercitata ..., venga chiaramente a configurarsi come istituto in cui prevale, sul profilo negoziale, il profilo autoritativo": coerentemente, lo *ius praelationis* dello Stato e degli altri enti pubblici conserva, dunque, un carattere autoritativo, implicante una totale autonomia rispetto alle vicende patologiche del negozio sotteso.

In tale fattispecie, il negozio traslativo dei privati è solo il presupposto dell'esercizio del diritto di prelazione da parte della p.a. che, intervenuta nel rapporto contrattuale, non subentra nella posizione dell'acquirente, ma avoca a sé il bene con un atto di esercizio dello *ius praelationis*, implicante il trasferimento della proprietà in capo alla p.a. medesima e l'obbligo di corresponsione del prezzo, a nulla rilevando le vicende estintive o modificative del contratto a monte (nullità, annullabilità, ecc.: cfr. Cons. Stato, sent. n. 713/2008): sul piano generale, in altri termini, il negozio di trasferimento a titolo oneroso del bene, con la dichiarazione di alienare del proprietario del bene culturale, assume il ruolo di presupposto oggettivo ed occasione storica del procedimento destinato a sfociare nella prelazione; occasione storica e

fatto giuridico sussistenti nel caso dell'ex Monastero dei Camaldolesi e rispetto ai quali risulta, dunque, indifferente ed ultronea, nel presente giudizio, ogni indagine sull'eventuale esistenza di una "condizione implicita presupposta" (certezza del mantenimento del bene nell'alveo del patrimonio familiare di Guido Barbi), ossia di una premessa implicita del consenso alla vendita manifestato dai proprietari del ricordato bene culturale con l'atto 1° ottobre 1999.

E quanto sopra anche a non voler considerare la non plausibilità, prospettata dai ricorrenti, dell'ignoranza del vincolo, a fronte di un bene di notevole rilevanza storico-artistica e di un vincolo imposto da tempo e regolarmente trascritto.

E) Con il quarto motivo, la parte appellante deduce l'insussistenza di alcuna idonea copertura finanziaria, insussistenza che rapporta non solo al prezzo del trasferimento del bene, ma ad una serie di interventi migliorativi sullo stesso svolti nel corso degli anni (antecedenti alla denuncia tardiva).

Il motivo è infondato.

L'esercizio del diritto di prelazione va rapportato per legge al valore del bene indicato nell'atto di trasferimento, che ovviamente risente delle condizioni in cui si trova l'immobile.

In condizioni ordinarie, all'atto di trasferimento segue la denuncia del privato all'autorità pubblica e l'eventuale prelazione da parte di questa a quel valore.

Qualora la denuncia sia resa dal privato tardivamente, con ciò fondando l'esercizio della cd. prelazione postuma, il prezzo da corrispondere continuerà a essere inevitabilmente, in difetto di disposizione contraria, quello indicato nel negozio traslativo.

E l'eventuale mutamento del valore del bene (per il mutamento delle condizioni di mercato o per interventi effettuati dal privato) sarà riconducibile alla tardività della denuncia, cui il privato era tenuto, e solo conseguentemente alla prelazione esercitata dall'amministrazione.

Sicché eventuali differenze di valore potranno essere fatte valere, a diverso titolo e ove ne ricorrano i presupposti, in sede di giudizio civile.

Dal che si desume sin d'ora anche la manifesta infondatezza, oltre che l'irrelevanza nella presente sede, della questione di legittimità costituzionale, sollevata dall'appellante ove si ritenga che il prezzo sia quello indicato nell'atto di alienazione e la prelazione possa essere esercitata a distanza di tempo.

Del resto, va rilevato che il descritto meccanismo di prelazione postuma, di cui si lamenta l'appellante anche in rapporto alle sue conseguenze di ordine patrimoniale, costituisce conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo legale posto a protezione dell'interesse culturale insito nel vincolo; la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 269/1995) non ha mancato di evidenziare (nel disattendere le censure d'illegittimità costituzionale prospettate proprio in relazione all'art. 61, legge n. 1089/1939) che il danno economico che i contraenti vengono a subire in conseguenza dell'esercizio ritardato della prelazione da parte della p.a. non è altro che la conseguenza diretta dell'inadempimento realizzato dagli stessi contraenti a seguito della mancata presentazione di una denuncia regolare.

Già la citata sentenza Corte cost. n. 269/1995 aveva affermato che "la corretta lettura della disciplina posta in tema di prelazione (e, in particolare, nell'art. 31, primo comma) induce a ritenere che anche per questa seconda categoria di soggetti (che non abbiano effettuato alcuna denuncia) il prezzo da erogare non possa essere altro che quello pattuito all'atto del trasferimento e non quello corrispondente al valore venale del bene all'atto della prelazione."

Infatti, per un verso, l'art. 60, comma 1, codice (rubricato "acquisto in via di prelazione") ha riprodotto immutata la locuzione "medesimo prezzo stabilito nell'atto di alienazione" contenuta nell'art.

31, comma 1, legge n. 1089/1939, di cui alla sentenza n. 269/1995 della Consulta, e per l'altro, i successivi artt. 61 e 62 hanno equiparato all'omissione di denuncia la tardività della stessa.

In definitiva, va escluso che la p.a. possa corrispondere, a titolo di prelazione, alcun "sovrapprezzo" rispetto al corrispettivo pattuito nell'atto di alienazione, mentre le pretese civilistiche qui avanzate dalla parte ricorrente-appellante (in ordine al rimborso delle spese sostenute per riparazioni straordinarie, alla corresponsione di un'indennità per i miglioramenti arrecati alla cosa e per le addizioni fatte, nonché all'esercizio del diritto di ritenzione) andranno semmai esclusivamente fatte valere con le azioni previste dal codice civile e davanti al giudice ordinario, trattandosi di questioni di diritto, disciplinate da quegli stessi artt. 1150, 1152 e 936, c.c., espressamente richiamati nel ricorso introduttivo e riprodotti in appello.

F) Risulta, di conseguenza, insussistente, oltre che il prospettato "abuso del diritto", anche l'asserito difetto di motivazione (sotto il profilo dell'effettivo impegno di spesa), dato che la deliberazione consiliare impugnata correttamente e legittimamente, per quanto si è detto, ha tenuto conto dell'unica voce di spesa "certa, liquida ed esigibile", dovuta per legge: quella corrispondente al prezzo di vendita pattuito nell'atto di alienazione 1° ottobre 1999 (cfr. pure Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 22 settembre 2008 n. 4569).

G) Il difetto di motivazione è peraltro dedotto sotto ulteriori e diversi profili, e segnatamente per la mancata ponderazione della valorizzazione privata prospettata da Grog; per la valenza ambientalistica più che culturale della valorizzazione pubblica tratteggiata dal comune; più in generale, per la inidoneità della prospettata valorizzazione culturale del complesso monumentale.

Anche a non voler considerare che i profili denunciati sembrano presupporre una, invero inammissibile, ingerenza del giudice nella discrezionalità dell'ente, va ad ogni modo rimarcato, da una parte, che la ponderazione degli interessi coinvolti non può che essere effettuata dall'amministrazione tenendo conto del primario interesse culturale del bene su cui si fonda la determinazione di avvalersi della prelazione, dall'altra, e in concreto, che, sotto tale profilo, l'utilizzazione e la valorizzazione del bene prospettate dal Comune appellato appaiono senz'altro coerenti con il vincolo e con il conseguente esercizio della prelazione.

Ed invero è stato delineato un quadro ben preciso delle concrete modalità con cui s'intendeva perseguire la valorizzazione propriamente culturale del bene, fundamentalmente orientata alla "promozione di un centro polifunzionale attrezzato", legato al Parco delle colline d'interesse sovracomunale e cioè:

- creazione di un polo museale sul tema arti e mestieri nella valle del Mella;
- attività di ricerca e studio botanico;
- destinazione di un corpo di fabbrica alla ricettività ed alle attività didattiche di gruppo (associazioni, scuole, *scout*, ecc.);
- riserva di proporre parte di altro corpo di fabbrica a sede degli uffici del Parco delle colline o dell'istituendo Parco del Mella;
- destinazione del corpo D (con annessione del corpo E) a sede di associazioni territoriali (gruppo antincendio, gruppo alpini).

Appare dunque rispettato il più rigoroso canone motivazionale richiesto da quell'indirizzo giurisprudenziale, cui questo giudice d'appello ritiene di aderire e che richiede l'indicazione puntuale delle ragioni, ulteriori rispetto a quelle evidenziate nello stesso atto di vincolo, poste a fondamento della limitazione all'autonomia contrattuale dei privati (cfr. Cons. Stato, sent. 29 aprile 2005 n. 2004), dato che di ogni singolo corpo costituente il discusso compendio si indica lo specifico uso.

Per il resto, le ulteriori deduzioni svolte dalla parte ricorrente ed ora appellante sono volte a contestare specificamente la congruità, sotto il profilo culturale, della destinazione di una porzione importante dell'immobile ad attività di accoglienza di gruppi di ragazzi.

Al riguardo la Sezione osserva:

- che la recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione civile (cfr. sent. 3 maggio 2010 n. 10619) evidenzia come, alla decisione di acquisire in prelazione beni di rilievo storico e artistico, la p.a. pervenga "all'esito di una valutazione altamente discrezionale";

- che la specifica contestazione mossa riguarda, comunque, solo una parte delle destinazioni indicate dal comune appellato (accoglienza di gruppi);

- che, altresì, tale destinazione e le restanti risultano dichiaratamente ancorate, in funzione sinergica, all'esistente Parco ambientale di carattere sovracomunale, onde la precedente ponderazione d'interessi pubblici e privati che ha condotto all'istituzione del Parco non può che rifluire positivamente anche sulla successiva valutazione di carattere culturale;

- che alcune di queste destinazioni (polo museale di tipo etnografico, attività didattiche di ricerca e studio in campo botanico) sono obiettivamente coerenti con finalità di valorizzazione culturale di un immobile, a suo tempo dichiarato d'importante interesse *ex lege* n. 1089/1939;

- che non si ravvisano - nella relazione allegata alla deliberazione impugnata - insufficienze e/o illogicità sotto il profilo motivazionale, tali da integrare vizi di legittimità della funzione amministrativa, gli unici apprezzabili al sindacato estrinseco esercitabile da questo giudice in una materia connotata da alta discrezionalità, pena l'inammissibile sconfinamento del sindacato stesso nel campo proprio del merito amministrativo.

H) Parte appellante prospetta questione di costituzionalità degli artt. 60 e ss., d.lgs. n. 42/2004, sul duplice rilievo:

- che l'applicazione letterale del comma 1 di tale articolo violerebbe gli articoli 3, 42 e 97, Cost., laddove la mancata denuncia "non sia affatto sanzionabile perché dovuta all'ignoranza dell'esistenza del vincolo": la norma sarebbe, dunque, incostituzionale nella parte non contemplante che - in caso di pattuizione di prezzi oggettivamente inferiori al valore del bene culturale alienato, giustificata da ragioni oggettive (quale l'ignoranza senza colpa del vincolo) - il valore del bene debba essere determinato ai sensi dei successivi commi 2 e 3 dell'art. 60, in luogo di quello stabilito nell'atto di alienazione;

- che, secondo la più recente giurisprudenza della C.E.D.U. in tema di congruità degli indennizzi espropriativi rispetto all'art. 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo, le disposizioni in materia di prelazione artistica sarebbero incostituzionali nella parte in cui consentano l'esercizio della prelazione in ogni tempo "per compressione del diritto reale dell'alienante ingiustificatamente sottoposto a un trattamento diverso da quello riservato ad ogni altro espropriato" e "per mancata garanzia dell'espropriato per il mancato indennizzo nel caso in cui la prelazione sia esercitata a distanza di lungo tempo dall'atto di alienazione".

Sulla manifesta infondatezza, oltre che sulla irrilevanza, del primo profilo si è detto *supra sub E*, dovendosi solo ribadire che l'ignoranza del vincolo, quand'anche fosse pertinente in punto di diritto, non appare plausibile in punto di fatto rispetto a un vincolo risalente nel tempo e regolarmente trascritto.

In ogni caso, nella sentenza n. 269/1995 la Corte costituzionale ha già escluso che, in caso di prelazione tardiva, il prezzo da erogare possa essere rapportato al valore venale del bene, anziché a quello pattuito all'atto del trasferimento dello stesso.

D'altra parte, è connaturato all'istituto giuridico della prelazione (pur essendo quella artistica una prelazione *sui generis*) che l'avente titolo la eserciti allo stesso prezzo stabilito dai contraenti originari; cosicché, del tutto coerentemente il legislatore ha riservato, ai commi 2 e 3 dell'art. 60 del codice, il diverso criterio del valore economico del bene, per i soli casi in cui la peculiarità del negozio *inter alios* non consenta di conoscerne l'esatto corrispettivo.

Il secondo profilo è, invece, manifestamente infondato poiché si deve pacificamente "escludere la comparabilità delle procedure ablative connesse al settore della tutela artistica e storica con le ordinarie procedure espropriative previste per beni di diversa natura", ciò valendo, in particolare, per la prelazione storico-artistica "che, pur manifestando - quanto meno nel caso contemplato dal secondo comma dell'art. 61 - una sostanza ablativa, è istituito ben distinto dagli ordinari provvedimenti di natura espropriativa"(così il capo 3, sent. Corte cost. n. 269/1995; analoga questione, sotto il profilo dell'incostituzionalità, è stata disattesa da questa stessa Sezione VI, con sent. 27 giugno 2007 n. 3688).

Conclusivamente, l'appello va dunque respinto, con salvezza dell'impugnata sentenza, mentre gli esborsi processuali di secondo grado si liquidano come da dispositivo, secondo il consueto criterio della soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI), respinge l'appello (r.g.n. 6104/2011) e condanna in solido i due appellanti e soccombenti, Società Agricola Grog s.r.l. e Guido Barbi, a rifondere al Comune di Collebeato, appellato e vittorioso, gli oneri processuali di secondo grado, liquidati in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre ai dovuti accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2014, con l'intervento dei giudici:

Consiglio di Stato sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421

La questione di giurisdizione non può essere sollevata in appello dalla parte che in primo grado la aveva implicitamente risolta a favore del giudice adito, avendovi incardinato la domanda giudiziale. Tale regola è stata tratta dal divieto di abuso del diritto, cui è stato attribuito il rango di principio generale dell'ordinamento giuridico, e dunque valevole anche per il diritto di azione anche alla luce dell'obbligo di cooperazione gravante ai sensi dell'art. 2, comma 2, c. proc. amm. sul giudice e sulle parti "per la realizzazione della ragionevole durata del processo". Infatti, l'obbligo ora detto impone giocoforza di considerare irretrattabile la scelta dell'organizzazione giudiziaria adita, pena altrimenti l'inaccettabile conseguenza che, proprio grazie alla possibilità di riproporre la domanda davanti al giudice dotato di giurisdizione, la decisione nel merito subisca una dilazione in conseguenza del radicale mutamento di strategia processuale della parte. Del resto, l'ordinamento processuale attribuisce alle parti uno specifico strumento per dissipare i dubbi sulla sussistenza della "potestas iudicandi" del giudice adito, rappresentato dal regolamento preventivo di giurisdizione.

Consiglio di Stato sez. VI, 08 febbraio 2013, n. 703

Alla stregua del principio del divieto di abuso del processo, precipitato del più generale divieto di

abuso del diritto e della clausola di buona fede, deve considerarsi inammissibile il motivo di impugnazione con il quale il ricorrente contesti la giurisdizione da lui stesso adita al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in palese contrasto con il divieto del venire contra factum proprium e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c

Consiglio di Stato sez. V, 07 febbraio 2012, n. 656

Integra abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione: invero, la sollevazione di detta auto-eccezione in sede di appello, per un verso, integra trasgressione del divieto di venire contra "factum proprium" - paralizzabile con l'"exceptio doli generalis seu presentis" - e, per altro verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione, adito secondo le regole in tema di "translatio iudicii" dettate dall'art. 11 c. proc. amm

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, Unisport S.p.A., veniva costituita, quale società di progetto ex art. 37quinquies della legge n. 109/1994, a valle dell'espletamento della procedura di scelta del contraente per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione del nuovo centro sportivo polifunzionale da realizzare, nel territorio del Comune di S. Giuliano Milanese, su un'area situata in via Risorgimento.

Ai sensi della convenzione all'uopo stipulata la società avrebbe dovuto provvedere alla progettazione definitiva ed esecutiva del centro sportivo, alla sua realizzazione e messa in esercizio, e, infine, alla gestione dell'intera struttura realizzata per un periodo di trenta anni.

In data 25 febbraio 2005 la Unisport S.p.A. depositava il progetto definitivo. In seguito ad una specifica richiesta da parte del Comune, la società provvedeva poi, in data 16 agosto 2005, all'integrazione documentale del progetto.

Il progetto definitivo veniva approvato con deliberazione della Giunta Comunale n. 48 del 27 febbraio 2006.

Il 28 aprile 2006 la società depositava il progetto esecutivo dell'opera.

Con la deliberazione giuntale n. 153 del 31 luglio 2006, il Comune di S. Giuliano Milanese dichiarava la decadenza della concessione in ragione della sussistenza di una pluralità di lacune e di carenze in seno alla progettazione esecutiva.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto dalla Uni Sport avverso detto ultimo provvedimento.

Con l'atto di appello detta società ha dedotto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e ha riproposto le censure disattese in prime cure.

Si è costituito il Comune intimato.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 10 gennaio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso è inammissibile.

2.1. Con il primo motivo di gravame parte appellante propone l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

2.1.1. Ai sensi dell'art. 9 del Codice del processo amministrativo approvato con decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, nel primo grado di giudizio il difetto di giurisdizione è rilevabile ex officio mentre nei giudizi d'impugnazione la carenza della giurisdizione amministrativa è rilevabile solo se dedotta con specifico motivo avverso il capo che abbia statuito, in modo implicito o esplicito, sulla giurisdizione. Il che significa che anche nel processo amministrativo è stato introdotto, ope legis, il principio del c.d. giudicato interno implicito sulla questione di giurisdizione, principio da tempo affermato, in via pretoria, dalla giurisprudenza della Corte di cassazione con riguardo al processo civile (cfr., ex multis, Cass., SS.UU., 9 ottobre 2008, n. 24883).

Tale regola processuale, di immediata applicazione, impedisce, anche in seno al presente giudizio, la rilevazione officiosa del difetto della potestas iudicandi in assenza della proposizione di rituale motivo di appello da opera della parte all'uopo legittimata.

Si tratta, a questo punto, di verificare se possa considerarsi legittimata alla sollevazione dell'eccezione di difetto di giurisdizione in sede di appello la parte che abbia adito la stessa giurisdizione con l'atto introduttivo di primo grado.

Il Collegio reputa che si debba dare risposta negativa a tale quesito in applicazione del principio già affermato dalla decisione 10 marzo 2011, n. 1537, resa dalla sesta sezione di questo Consiglio, in difformità rispetto all'orientamento interpretativo maturato con riferimento al quadro normativo anteriore (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5454/2009; sez. V, n. 6049/2008; sez. IV, n. 999/2000).

Con la citata decisione il Consiglio ha rimarcato che, "in ragione dei principi ispiratori del nuovo regime, l'eccezione medesima non pare più sollevabile dalla parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, poi, nel contesto dell'appello disconosce e contesta la giurisdizione. Ritenere il contrario, infatti, si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia".

La decisione in parola ha soggiunto che "in quanto contenuto di una vera e propria eccezione in senso tecnico (e non più, quindi, di una mera segnalazione al giudice al fine della attivazione di un potere esercitabile d'ufficio; potere già, peraltro, limitato in relazione alla formazione del giudicato interno: tra le altre, Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2008, n. 4 e Cass., SS.UU., 24 luglio 2009, n. 17349), si deve ritenere inammissibile la censura di difetto di giurisdizione sollevata dagli appellanti, che avevano scelto di proporre il ricorso di primo grado davanti al giudice amministrativo".

2.1.2. Il Collegio 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, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il venire contra factum proprium dettato da ragioni meramente opportunistiche.

2.1.2.1. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza 15 novembre 2007, n. 23726) e

l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (decisione 23 marzo 2011, n. 3) hanno, infatti, riconosciuto la vigenza, nel nostro sistema, di un generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva, divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto.

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale (vedi, in particolare, Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in materia di esercizio abusivo del diritto di recesso ad nutum), sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

La Cassazione ha efficacemente affermato, in occasione della decisione da ultimo menzionata, 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. 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 ai 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 fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata".

Alla stregua delle coordinate tracciate dall'indirizzo interpretativo in esame, il divieto di abuso del diritto, in quanto espressione di un principio generale che si riallaccia al canone costituzionale di solidarietà, si applica anche in ambito processuale, con la conseguenza che ogni soggetto di diritto non può esercitare un'azione con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte, sì che il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo. Si giunge, così, all'elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa (conf. Cass., sez. I, 3 maggio 2010, n. 10634, che applica il principio del divieto di abuso del processo ai fini della liquidazione delle spese giudiziali; per un ancoraggio dell'abuso del processo, in correlazione agli artt. 24, 111 e 113 Cost. nonché ai principi del diritto europeo, si vedano gli articoli 88, 91, 94 e 96 del codice di rito civile e gli artt. 1, 2 e 26 del codice del processo amministrativo).

In attuazione di dette coordinate la citata decisione n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria, traendo alimento dal disposto del comma 3 dell'art. 34 del codice del processo amministrativo, ha considerato sindacabile, ai fini dell'esclusione o della riduzione del danno ex art. 1227, comma 2 c.c., le condotte processuali opportunistiche che, in violazione del duty to mitigate che grava sul creditore, abbiano prodotto o dilatato un danno che, more probably than not, sarebbe stato evitato in caso di tempestiva impugnazione del provvedimento dannoso o di esperimento degli altri strumenti di tutela previsti.

Con la ricordata sentenza n. 23726/2007 le Sezioni Unite della Corte di cassazione, dal canto loro, hanno affermato l'innovativo principio secondo cui il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario integra condotta contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, e si risolve in abuso del

processo ostativo all'esame della domanda. La Corte di Legittimità ha osservato, in particolare, che la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (sia pure nella fase patologica della coazione all'adempimento), oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve anche in abuso dello stesso ed in una violazione del canone del giusto processo. Viene così in rilievo una condotta che, pur formalmente conforme al paradigma normativo, disattende il limite modale che impone al titolare di ogni situazione soggettiva di non azionarla con strumenti processuali, che infliggano all'interlocutore un sacrificio non comparativamente giustificato dal perseguimento di un lecito e ragionevole interesse.

La Sezioni Unite hanno soggiunto che la parcellizzazione giudiziale del credito non è in linea con il precetto inderogabile del processo giusto cui l'interpretazione della normativa processuale deve viceversa uniformarsi e rischia di sortire la formazione di giudicati praticamente contraddittori cui potrebbe dar luogo la pluralità di iniziative giudiziarie collegate allo stesso rapporto. L'effetto inflattivo riconducibile ad una siffatta moltiplicazione di giudizi delinea altresì la frustrazione dell'obiettivo, fissato nell'art. 111 Cost., della "ragionevole durata del processo", per l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della correlativa durata del giudizio.

2.1.2.2. Applicando le coordinate ermeneutiche fin qui esposte al caso di specie, si deve concludere che integra abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione della giurisdizione.

In definitiva, la sollevazione di detta autoeccezione in sede di appello, per un verso, integra trasgressione del divieto di venire contra factum proprium - paralizzabile con l'*exceptio doli generalis seu presentis* secondo l'insegnamento di Cass. sez. civile, sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273- e, per altro verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione, adito secondo le regole in tema di *translatio iudicii* dettate dall'articolo 11 del codice del processo amministrativo. Detto sacrificio, nell'ottica comparativa che informa il giudizio sull'esistenza e sulla consistenza dell'abuso, non trova adeguata giustificazione nell'interesse della parte che disconosce la giurisdizione del giudice dalla in origine evocato, visto che la stessa potrebbe difendersi nel merito in sede di appello al fine di ribaltare la statuizione gravata piuttosto che ripudiare detto giudice in funzione di un giudizio opportunistico circa le maggiori o minori probabilità di esito favorevole a seconda del giudice chiamato a definire la *res litigiosa*.

In questo quadro si appalesano particolarmente pertinenti le considerazioni spese dal ricordato *decisum* delle Sezioni Unite in merito al canone costituzionale della ragionevole durata del processo ex art. 111 Cost, visto che il disconoscimento della giurisdizione ab initio invocata si traduce in prolungamento dei tempi della definizione del giudizio dettata da ragioni puramente utilitaristiche.

La Sezione deve osservare che, nella specie, l'integrazione della condotta abusiva è in concreto dimostrata, in termini di particolare evidenza, dal rilievo che, come si vedrà in seguito, la parte appellante non ha mosso contestazioni di merito alla sentenza impugnata, ponendo in essere una condotta di integrale sottrazione alla giurisdizione pur inizialmente dalla medesima stessa invocata.

2.1.3. Si deve allora ritenere, in applicazione delle regole processuali di cui al decreto legislativo n. 104/2010 ed in funzione del principio generale che colpisce il divieto dell'abuso del diritto con la sanzione del rifiuto della tutela, volta ad impedire il conseguimento dell'obiettivo non correttamente perseguito, che sia inammissibile il motivo di appello con cui la parte ricorrente in primo grado ha sollevato il difetto di giurisdizione del giudice adito. Deve, quindi, essere accolta l'eccezione spiegata dalla parte appellata, inquadrabile nella menzionata figura dell'*exceptio doli generalis*.

2.2. I motivi ulteriori sono altresì inammissibili in ragione dell'assenza di una critica effettiva e

integrale alle motivazioni addotte dalla sentenza appellata al fine di pervenire alla statuizione di rigetto. La lettura congiunta della sentenza appellata e dei motivi di gravame consente, infatti, di percepire, in modo netto, che l'atto di appello, da un lato, si traduce nella mera, insufficiente, riproposizione dei motivi posti a corredo del ricorso originario; per altro verso, reca una generica critica alla sentenza senza confutare in modo adeguato e integrale le ampie considerazioni spese dai Primi Giudici al fine di supportare il convincimento circa l'esistenza e la gravità delle difformità e delle carenze progettuali che avevano giustificato l'impugnata determinazione di decadenza oltre che in ordine alla correttezza sostanziale e procedimentale dell'affidamento in favore di Genia s.p.a.

Si deve soggiungere che la ravvisata legittimità della decadenza disposta ai danni della ricorrente esclude la qualificazione della stessa come soggetto portatore di una posizione differenziata e qualificata in relazione alla procedura che ha condotto all'affidamento in favore della Genia.

3. Le considerazioni che precedono impongono la declaratoria di inammissibilità dell'appello.

La peculiarità delle questioni controverse giustifica la compensazione delle spese di questo grado di giudizio.

GIUDIZIO AMMINISTRATIVO E ABUSO DEL PROCESSO

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4, 2015, pag. 1203

Stefano Baccharini

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - In genere

Il sommario non lo vogliono più giustificato <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Sommario: 1. Il processo amministrativo tra società e istituzione. — 2. Abuso del processo e frode alla legge. — 3. Abuso del processo e deontologia. — 4. Abuso del processo nella giurisprudenza civile. — 5. Abuso del processo nel giudizio amministrativo: l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente in primo grado soccombente nel merito. — 6. Le altre applicazioni di specie. — 7. Il processo amministrativo fra tradizione e rifondazione.

1. C'era un tempo in cui il processo amministrativo pensava in grande.

Negli anni '70 e '80 del secolo scorso, l'istituzione dei T.AR. aveva avvicinato la giustizia amministrativa ai cittadini, rendendola più facilmente accessibile.

Nei convegni e nei contributi scritti i commentatori non mancavano di segnalare con compiacimento che l'istituzione dei T.A.R. aveva aumentato la domanda di giustizia amministrativa.

Giurisprudenza e dottrina lavoravano sodo al processo amministrativo e in particolare agli strumenti — il procedimento cautelare e il giudizio di ottemperanza — destinati a dare effettività alla tutela giurisdizionale.

Quaranta anni dopo, il processo amministrativo, pur maturato ulteriormente con la codificazione, vive, come gli altri processi, l'emergenza dell'inflazione del contenzioso.

Un'emergenza segnalata, a livello normativo, dai “riti differenziati” e dalle riforme deflazionistiche, come i filtri nel processo civile di cassazione e di appello, o le negoziazioni assistite.

Ma anche dagli orientamenti selettivi della giurisprudenza.

In essi si legge in controluce un sistema di “legittima difesa” contro l'esorbitanza della domanda di giustizia.

Non è soltanto il non più verde principio dell'autosufficienza dei motivi di ricorso per cassazione.

Ma anche, spigolando tra la giurisprudenza recente, una certa qual maggiore severità della Corte costituzionale nel controllo sulla motivazione delle ordinanze di rimessione in ordine alla chiarezza del *petitum* ed alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale (1).

Hanno fatto discutere numerose pronunce della Corte di giustizia europea, che hanno dichiarato irricevibili questioni pregiudiziali sulla base della valutazione della pertinenza o della artificiosità delle

questioni sollevate dal giudice nazionale, in un terreno dove la competenza della Corte è dubbia.

Gli arresti giurisprudenziali, della Cassazione e successivamente del Consiglio di Stato, sull'abuso del processo appartengono, non a caso, a questo periodo dell'emergenza.

Un'emergenza dovuta a cause molteplici.

Tra queste, per il processo amministrativo, da un lato la difficoltà dell'Amministrazione nel garantire la legalità dell'azione amministrativa, persino quando si tratta, come vicende recenti hanno dimostrato, di assicurare che le buste destinate a contenere gli elaborati dei candidati ai concorsi non siano trasparenti o che i quesiti delle prove selettive siano pertinenti alle materie di esame.

Dall'altro, l'uso disinvolto del potere di azione da parte di cittadini, che non si tirano indietro di fronte a liti temerarie, o per guadagnare tempo o per tentare la sorte.

Una cosa è infatti disporre di ampie garanzie giurisdizionali, altra cosa è esercitarle quando non ne ricorrono i presupposti di fatto: quando magari si vuole chiudere gli occhi di fronte all'insuccesso scolastico di un figlio e sentirsi vittime di un sopruso.

Del resto, non a caso i sociologi designano il caso italiano con la metafora della "società liquida", per poi avvertire, come nell'ultimo rapporto Censis, che la società liquida rende liquefatto il sistema o almeno mette in crisi le giunture sistemiche della vita collettiva (2).

2. In questo quadro emergenziale si colloca la nozione di abuso *del* processo ovvero di abuso *nel* processo, se riferito ad un singolo strumento processuale.

Il dibattito dottrinale sulla natura dell'abuso del processo ha trovato un approdo nella nozione di "distorzione" dello strumento processuale, destinato al raggiungimento di fini ad esso estranei (3).

Non si tratta di comportamenti vietati o comunque illeciti perché in diretta violazione delle norme processuali, ma di uso improprio di uno strumento processuale, in sé lecito, che produce effetti pregiudizievoli sul procedimento (4).

Mentre la nozione di temerarietà della lite si orienta verso il merito della causa, quella di abuso del processo si muove verso l'apprezzamento dell'attività processuale posta in essere (5).

La nozione di produzione di effetti indirettamente confliggenti con la norma riconduce l'abuso del processo nell'alveo della *frode alla legge* e ne giustifica l'inquadramento sistematico.

Tutti quelli che Giannini chiamava gli atti programmatici (6), ossia gli atti contenenti proposizioni giuridiche che vincolano condotte proprie e/o altrui, sono assistiti da rimedi di varia natura contro le patologie fraudolente dirette a produrre indirettamente gli effetti vietati dalla norma istitutiva della relativa fattispecie.

Non esiste, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, un divieto di leggi-provvedimento, ma queste leggi sono ammissibili entro limiti sia specifici, qual è quello del rispetto della funzione giurisdizionale in ordine alla decisione delle cause in corso, sia generali, e cioè del principio della ragionevolezza e non arbitrarietà.

Così, una disposizione di legge che escludeva dalla procedura di dismissione due immobili di proprietà di un ente pubblico è stata dichiarata illegittima per contrasto con sentenze del Consiglio di Stato passate in giudicato (7).

Inoltre, la Corte ha segnalato, da ultimo in una vicenda in cui una legge regionale aveva previsto l'avvalimento a tempo determinato di personale selezionato in base ad una procedura dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 97 Cost., che « il giudicato costituzionale è violato non solo quando il legislatore emana una norma che costituisce una mera riproduzione di quella già ritenuta lesiva della Costituzione, ma anche laddove la nuova disciplina miri a perseguire e raggiungere, “anche se indirettamente”, esiti corrispondenti » (8).

Il provvedimento amministrativo nel quale, per usare le parole di Zanobini, “l'autorità usa di un proprio potere per fini diversi da quello per il quale il potere stesso le fu dalla legge conferito” (9) è stato fin dalle origini della giustizia amministrativa riconosciuto viziato per *détournement de pouvoir*, ossia per sviamento di potere.

La causa del contratto è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 c.c.), ma *si reputa* altresì illecita quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.).

La sentenza è soggetta a revocazione straordinaria se è effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra (art. 395, n. 1, c.p.c.), a revocazione proponibile dal pubblico ministero se, nelle cause in cui l'intervento del medesimo è obbligatorio, è effetto della collusione posta in essere dalle parti per frodare la legge (art. 397, n. 2, c.p.c.), a opposizione di terzo revocatoria se è effetto di dolo o collusione a danno degli aventi causa o dei creditori di una delle parti (art. 404, comma 2, c.p.c.).

Vero è che soltanto la Corte EDU trova nella relativa Convenzione (art. 35, par. 3) una norma che la autorizza direttamente a dichiarare irricevibili le domande “abusive”.

Ma dare evidenza giuridica al fatto che uno strumento processuale sia usato in maniera distorta, per fini diversi da quelli propri e con pregiudizio del procedimento, risponde ad esigenze di coerenza sistematica.

3. La peculiarità dell'abuso del processo è quella di essere una questione residente nell'area di confine tra due principi contrapposti.

Per un verso, come diceva Calamandrei, il processo è un giuoco, in cui “ogni mossa fatta da una parte del processo non è causa necessaria e sufficiente dell'atto successivo della controparte, ma è soltanto una occasione che vien data a questa di compiere a sua volta una tra le varie mosse tutte giuridicamente possibili” (10).

Gli atti processuali di parte, quindi, sono esercizio della discrezionalità del difensore.

Per altro verso, esistono regole che impongono che il giuoco si svolga con correttezza.

L'art. 88 c.p.c. stabilisce che le parti e i loro difensori hanno il dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.

Più in generale, segnala Comoglio, il processo è giusto non soltanto se garantisce il diritto di azione e il diritto di difesa, ma se è tale in termini soggettivi e comportamentali, in quanto sia retto da principi etici o deontologici (11).

Ossia, osserva Taruffo, il processo viene concepito come un “luogo morale” (12).

La concretezza di questi principi, affermati in via generale dall'art. 88, è garantita dal vigente codice deontologico forense, approvato dal Consiglio nazionale forense il 31 gennaio 2014.

Si consideri, ad esempio, il dovere di verità regolato dall'art. 50, che, ai commi 1 e 2, vieta all'avvocato di introdurre nel procedimento o di utilizzare prove, elementi di prova o documenti che sappia o apprenda essere falsi, e, al comma 6, gli fa obbligo, nella presentazione di istanze o richieste riguardanti lo stesso fatto, di indicare i provvedimenti già ottenuti, *compresi quelli di rigetto*.

O il tema dei rapporti con i magistrati, che l'art. 53 vuole improntati a dignità e reciproco rispetto: norma che non può dirsi osservata se un'istanza di rinvio o una dichiarazione di desistenza dalla lite viene presentata non in tempo perché il collegio eviti di studiare inutilmente la causa; ovvero se non vengono osservate norme vigenti, ancorché sprovviste di sanzione diretta, come l'art. 136, comma 2, del codice del processo amministrativo, che fa obbligo ai difensori di fornire copia digitale degli atti e dei documenti prodotti.

O il divieto che l'art. 66 pone all'avvocato di aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziarie la situazione debitoria della controparte, quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita.

Analoghi giudizi di valore sono a base del regolamento delle spese.

La condanna alle spese maturate successivamente della parte che ha ingiustificatamente rifiutato la proposta conciliativa (art. 91 c.p.c.); l'esclusione dal rimborso delle spese eccessive o superflue e la condanna al rimborso delle spese causate dalla violazione dell'art. 88 (art. 92, comma 1 c.p.c.); la responsabilità processuale aggravata in caso di lite temeraria (art. 96, comma 1, c.p.c.); la condanna alla sanzione pecuniaria per lite temeraria di cui all'art. 26, comma 2, c.p.a.

“In tutti questi casi, che potrebbero essere considerati come ipotesi tipiche di condotta processuale abusiva — osserva Verde — il legislatore non colpisce l'atto ma il comportamento e la sanzione non è l'invalidità (o la irricevibilità o l'inammissibilità) dell'atto ma il pagamento di una somma pecuniaria” (13).

La normazione codicistica è quindi un terreno nettamente caratterizzato da una disciplina solidaristica del rispetto reciproco tra gli attori principali del processo.

Tale normativa, però, ha ad oggetto esclusivamente la responsabilità disciplinare degli avvocati, il regolamento delle spese e la responsabilità processuale aggravata delle parti.

4. In questo microsistema si è calato il *revirement* di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 23726 del 2007, secondo cui “è contraria alla regola generale di correttezza e buona fede, in relazione al dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., e si risolve in abuso del processo (ostativo all'esame della domanda), il frazionamento giudiziale (contestuale o sequenziale) di un credito unitario”.

La sentenza è stata oggetto di altre relazioni e non è questa la sede per discuterne ulteriormente.

Quel che conta rilevare è che con essa l'abuso del processo, considerato ostativo all'esame della domanda, è stato trasferito dal terreno codicistico del fatto produttivo di responsabilità, disciplinare o processuale, a quello di condizione di ammissibilità della domanda.

Nel panorama del dibattito dottrinale in corso sulla nozione di abuso del processo, il *revirement* della Cassazione si può accostare alla posizione di alcuni studiosi, come Maria Francesca Ghirga (14), che concepisce l'abuso del processo come un controllo di meritevolezza della domanda da parte del giudice in applicazione di clausole generali.

Il “vecchio” controllo sull'interesse ad agire diventerebbe uno *screening* di meritevolezza dell'interesse protetto.

Si avrebbe quindi, dopo la sentenza n. 500 del 1999, un secondo caso di controllo circa la

meritevolezza di tutela dell'interesse.

Nel caso della sentenza n. 500, però, le Sezioni unite affermavano che “la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti *meritevole di tutela* alla luce dell'ordinamento positivo”.

Si trattava di verificare la sussistenza degli estremi dell'art. 2043 c.c. alla luce della lesione di una situazione soggettiva sostanziale, l'interesse legittimo.

Situazione, questa, comprendente una tipologia — gli interessi pretensivi — che richiedono un giudizio prognostico di fondatezza per accertare il *punctum discriminis* tra mere aspettative e situazioni che, secondo un criterio di normalità, sono destinate ad un esito favorevole e risultano giuridicamente protette.

Operazione ermeneutica irreprensibile alla luce dell'identificazione dell'elemento del “danno ingiusto”.

Qui, invece, si intenderebbe introdurre un filtro capace di assolvere il giudice dall'esame della domanda, o impiegando clausole generali, come la normativa di correttezza, o riscrivendo in chiave evolutiva lo strumento dell'interesse ad agire.

Per noi giudici, che viviamo ogni giorno in solitudine sulla nostra pelle l'emergenza dell'inflazione del contenzioso, l'idea di riconoscerci il potere della *denegatio actionis* di fronte a iniziative processuali qualificabili abusive può essere suggestiva.

Ed infatti, l'ordinanza n. 5255/2014 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha segnalato che le condizioni dell'azione assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali e internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli articoli 24 e 111 della Costituzione; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento.

Ma, come suol dirsi, *magis amica veritas*.

Al polo opposto rispetto agli studiosi che hanno desunto dal sistema il controllo della meritevolezza dell'interesse stanno altri studiosi estremamente critici verso il nuovo corso delle Sezioni unite.

Tale è Scarselli (15), al quale si deve l'osservazione *tranchante*, ricondotta anche a precedenti contributi di altri Autori (Cossignani, Verde) (16), secondo cui il caso di frazionamento giudiziale del credito, da cui le Sezioni unite hanno tratto occasione per teorizzare sull'abuso del processo, si sarebbe potuto e dovuto decidere, invece, secondo l'assorbente principio dei limiti oggettivi del giudicato.

Infatti, “dedotto in giudizio un diritto inerente ad un rapporto giuridico, oggetto del processo, e poi del giudicato, non è solo la coppia pretesa-obbligo fatta valere, bensì l'intero rapporto giuridico, poiché il giudicato si forma anche sui presupposti e gli antecedenti logici necessari, nonché sul dedotto e sul deducibile”.

Inoltre, escluso che i limiti della cosa giudicata siano rimessi alla volontà della parte, ogni volta che sia dedotto in giudizio un rapporto giuridico, necessariamente e inevitabilmente tutto il rapporto giuridico dedotto in giudizio costituisce oggetto del processo e della cosa giudicata (17).

Sempre di Scarselli è poi l'asciutta affermazione, sulla quale conviene riflettere: “non sta scritto da nessuna parte, e sarebbe in contrasto con un principio di legalità, che il giudice possa liberarsi di una istanza senza analizzarla nel merito solo perché, a suo parere, abusiva” (18).

Sulla stessa lunghezza d'onda è Consolo, secondo cui le aporie dei c.d. “giudizi di comodo” si risolvono con i singoli rimedi apprestati dal diritto processuale, mentre il concetto di abuso del processo, “se brandito allo stato puro o anche solo in istintuale coppia con il vecchio interesse ad agire, corre il rischio di risultare uno strumento autoritario e per questo temibile” (19).

5. Questo lo stato delle cose nel processo civile quando la nozione di abuso del processo è stata recepita nel processo amministrativo.

Prima con due *obiter dicta*, sintomi eloquenti di un “aspettando Godot” del profondo.

Il primo, quello della sentenza n. 3 del 2011 dell'Adunanza plenaria, con cui si è argomentato che il mancato esperimento dell'azione di annullamento da parte del soggetto danneggiato da un provvedimento amministrativo costituirebbe abuso “omissivo” del processo, escludendo il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti altrimenti evitare.

Il secondo, quello della sentenza n. 1537/2011 della Sesta Sezione, con cui si è argomentato che l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente in primo grado soccombente nel merito non con motivo di appello ma con mera memoria, quindi inammissibile, sarebbe comunque preclusa in quanto concretante un abuso del processo.

Infine con la sentenza n. 656/2012 della Sesta Sezione (20), con cui la suddetta eccezione, proposta con motivo di appello dal ricorrente in primo grado soccombente nel merito, è stata dichiarata inammissibile in quanto costituente un abuso del processo.

Secondo tempo di una giurisprudenza che in precedenza aveva costantemente riconosciuto tale eccezione ammissibile in appello.

Il percorso argomentativo della sentenza si articolava in tre snodi.

L'eccezione in esame:

- 1) trasgredisce al divieto di *venire contra factum proprium*;
- 2) arreca alla controparte, costretta ad affrontare un nuovo giudizio dinanzi al giudice in ipotesi munito di giurisdizione, un sacrificio irragionevole;
- 3) ...e non adeguatamente giustificato dall'interesse della parte eccipiente, che potrebbe difendersi nel merito dinanzi al giudice amministrativo.

La sentenza è stata seguita da numerose altre conformi.

Ora, volendo dare una valutazione di questo indirizzo, va premesso che l'aver introdotto nel processo amministrativo la nozione di abuso del processo è un fatto in sé di estrema importanza per dare al concetto di giusto processo la valenza semantica e il contenuto precettivo che gli sono propri.

Ciò detto, l'applicazione della nozione di abuso del processo al caso dell'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente in primo grado soccombente nel merito non appare persuasiva.

In primo luogo, l'abuso del processo — per definizione — attiene a condotte lecite in quanto

permesse — o addirittura prescritte — dalle norme processuali (21), ma distorte nel fine.

Qui invece si assume che la proposizione dell'eccezione sarebbe vietata perché in contrasto con il principio: *venire contra factum proprium nulli conceditur*.

Si tratterebbe semmai di una condotta processuale illecita: non, dunque, di abuso del processo.

In secondo luogo, il principio del divieto di *venire contra factum proprium*, fondato sulla buona fede oggettiva, trova applicazione come tale nei rapporti sostanziali, contrattuali e da speciale contatto, e opera o come clausola generale (come negli artt. 1175, 1375 e 1337 c.c.) o come *ratio legis* di singole norme, che sanzionano la condotta contraddittoria solo se sleale e dannosa (come nel caso degli artt. 1989 e 1990 c.c., che stabiliscono la vincolatività della promessa al pubblico e pongono limiti alla sua revoca).

In materia processuale, dove sussiste la necessità di “contingentamento” del tempo, il principio in esame si esprime invece attraverso preclusioni processuali stabilite da singole norme (22).

Un principio che, come ricorda il Messina (23), si esprime così: “chi nel processo non agisce come deve, ha da sopportarne le conseguenze”.

L'incoerenza in materia processuale, infatti, non opera come nell'attività di diritto sostanziale, in cui le dichiarazioni negoziali e i comportamenti sono vincolanti in quanto determinano in altri soggetti una situazione di affidamento tutelata.

Nel processo, un giuoco dove la mossa di una parte è soltanto l'occasione data alla controparte per compiere a sua volta una delle possibili mosse tutte giuridicamente possibili, come prima ricordavo, la questione non è quella dell'affidamento, ma piuttosto quella delle preclusioni processuali.

Non coglie nel segno invocare l'affidamento delle controparti sulla questione di giurisdizione, come se esse non avessero il diritto di eccepire il difetto di giurisdizione del giudice adito.

In altri termini, la questione finisce per ridursi a questa: se si applichi al caso di specie la regola dell'art. 157, comma 3, c.p.c., norma fondamentale sulla autoresponsabilità della parte, secondo cui “la nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa”.

Se così è, va segnalato che la giurisprudenza della Cassazione (24) e la maggior parte della dottrina (Mandrioli tra gli altri) (25) ritengono che la regola non riguarda le ipotesi in cui la nullità debba essere rilevata d'ufficio.

In primo grado il difetto di giurisdizione è rilevabile d'ufficio: quindi non può dirsi che la parte che ha adito un giudice privo di giurisdizione abbia “dato causa” alla invalidità della sentenza pronunciata da quel giudice.

Del resto, le Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza n. 26129 del 2010, in una controversia analoga decisa dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, avevano già ritenuto ammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo proposta in appello dal ricorrente in primo grado soccombente nel merito, segnalando che una diversa decisione *si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio di cui all'art. 25 Cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*.

In coerenza con la loro costante giurisprudenza secondo cui anche l'attore è legittimato a proporre regolamento preventivo di giurisdizione.

Questione di giurisdizione, dunque, come questione indisponibile in quanto dotata di copertura

costituzionale.

Vi sono peraltro ulteriori acquisizioni processuali delle Sezioni unite, segnalate criticamente da Tropea (26).

Sta a sé la sentenza n. 14014 del 2014, che dichiara inammissibile il ricorso per cassazione per difetto di giurisdizione contro il decreto decisorio di ricorso straordinario proposto dal ricorrente, in un caso in cui nessuno aveva eccepito il difetto di giurisdizione: ma qui fa gioco l'articolazione in unico grado del giudizio, cui non è applicabile l'art. 9 cod. proc. amm..

Più complesso il discorso sulla sentenza n. 13940 del 2014.

Con questo arresto le Sezioni unite disattendono l'orientamento del Consiglio di Stato, che aveva dichiarato *sic et simpliciter* inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente soccombente nel merito in primo grado, in quanto costituente *di per sé* abuso del processo.

Escludono invece trattarsi di abuso del processo in quanto una delle parti resistenti aveva eccepito il difetto di giurisdizione e in ragione della complessità della materia del contendere.

Si torna così alla nozione propria di abuso del processo, come comportamento diverso da quello direttamente vietato o illecito.

Viene enucleata però una tecnica di controllo dell'abusività di tipo sintomatico, fondata sulla ricerca di cause di giustificazione del ripensamento.

Vi sono ragioni soggettive ovvero oggettive di dubbio sulla giurisdizione?

L'eccezione è ammissibile.

Non vi sono?

È abuso del processo.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato si è allineata a questo orientamento con la sentenza n. 1192 del 2015, inaugurando una terza fase giurisprudenziale.

Mi si consenta di esprimere perplessità sulla tecnica di controllo dell'abusività fondata sul "ripensamento giustificato".

Tralascio le considerazioni sulla incertezza del diritto che nozioni generali come quelle di dubbio giustificato sulla giurisdizione arrecherebbero, creando sperequazioni tra i diversi litiganti.

Osservo solo che, fatta giustizia del divieto assoluto di ripensamento, la teoria del ripensamento "giustificato" sembra una riscrittura dell'art. 157, comma 3, c.p.c.

Il ricorrente che ha adito il giudice amministrativo subendo una sentenza di merito a lui sfavorevole non ha "dato causa" alla invalidità della sentenza resa da un giudice in ipotesi privo di *potestas iudicandi*, in quanto quel giudice poteva rilevare d'ufficio in primo grado il difetto di giurisdizione: quindi, è legittimato a dedurre il difetto di giurisdizione.

Inoltre, ha interesse ad impugnare.

Infatti, gli approfondimenti di processualisti civili, mi riferisco in particolare a Laura Salvaneschi (27), hanno messo in evidenza le nuove frontiere della soccombenza e della *graduabilità* del pregiudizio da essa derivante.

Ne consegue che l'interesse ad impugnare sussiste anche quando la parte intenda conseguire una

riduzione del pregiudizio subito.

Ossia quando la parte intende sostituire ad una sentenza sfavorevole nel merito una sentenza sfavorevole in rito (come quella che accerta l'inesistenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione).

Ciò in quanto una pronuncia meramente processuale ha una efficacia esclusivamente endoprocessuale e il suo effetto vincolante si produce esclusivamente all'interno del processo, senza alcuna rilevanza al di fuori di questo, consentendo così alla parte soccombente una nuova proposizione della domanda.

Appare certo, quindi, l'interesse della parte soccombente a impugnare la sentenza di merito di primo grado per impedire la formazione del giudicato implicito sulla giurisdizione e per vederla sostituita da una sentenza di rito declinatoria della giurisdizione che le consenta di riproporre la domanda al giudice munito di giurisdizione.

Ma allora, se sussiste l'interesse all'impugnazione sotto il profilo della riduzione del pregiudizio subito, la proposizione del gravame corrisponde ai fini istituzionali dell'appello senza bisogno di una "giusta causa" preliminare al merito per comprovare che non vi sia distorsione, ossia abusività.

L'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente in primo grado soccombente nel merito potrà poi essere fondata ovvero infondata o costituire una lite temeraria: ma questo è un altro discorso.

Né si vede come il giudice, con lo strumento del preteso abuso del processo, potrebbe sindacare la scelta del soccombente di proporre in appello l'eccezione di difetto di giurisdizione piuttosto che motivi di merito, senza invadere la discrezionalità della parte e del suo difensore.

6. La giurisprudenza amministrativa sull'abuso del processo mostra un carattere espansivo di difficile contenibilità in fattispecie in cui la strategia processuale della parte viene considerata eccedente l'ordinaria discrezionalità.

Così nel caso, esaminato dalla Quarta Sezione con sentenza n. 1209/2012, in cui l'amministrazione, in luogo di dare esecuzione a un "giudicato cautelare" rinnovando la valutazione di inidoneità psico-fisica di un candidato ad un concorso pubblico, aveva proposto appello contro la sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere, comportamento ritenuto abusivo.

Qui, indipendentemente dal profilo cautelare, che l'amministrazione aveva superato ammettendo con riserva il candidato alle ulteriori fasi del procedimento, era entrata in gioco la preferenza per la pronuncia di merito rispetto alla delibazione cautelare ed ai relativi atti di esecuzione.

Preferenza che non evidenziava nell'appello una distorsione nel fine, ma piuttosto il naturale primato del merito sulla cautela.

Un nuovo *obiter dictum* nella sentenza n. 3210/2013 della Quinta Sezione, che, nell'infliggere una pena pecuniaria per lite temeraria ad un ricorrente in revocazione in considerazione del contenuto del ricorso, contrastante con giurisprudenza consolidata, si è presa la briga di affermare che la pena pecuniaria avrebbe potuto essere inflitta anche per violazione del dovere di sinteticità, forma di abuso del processo: ipotesi peraltro non ricorrente nel caso di specie.

Affermazione sorprendente, in quanto la violazione dei doveri di chiarezza e sinteticità è considerato dall'art. 26, comma 1, c.p.a. criterio di regolamento delle spese, non fonte di temerarietà della lite, alla cui morfologia, che attiene al merito, è del tutto estranea.

Al punto che un allarmato Cordopatri (28) osserva che si finiscono per comprendere nella nozione di abuso del processo atti il cui impiego non è affatto distorto o deviante, con il risultato di reperire un ulteriore ma ibrido e spurio strumento di deflazione del carico della giustizia.

Un personaggio, insomma, l'abuso del processo amministrativo, in cerca d'autore, ovvero una nozione sistematica ma alla ricerca di applicazioni di specie pertinenti.

Le coordinate della giurisprudenza amministrativa sembrano infatti dislocare l'abuso del processo dalla nozione dottrina di uso distorto di uno strumento processuale, ossia dall'alveo della frode alla legge, alla nozione di offesa al principio di economia processuale.

Un terreno sul quale sono facili "invasioni di campo" del giudice, come quella di qualificare come abusi del processo espressioni della discrezionalità delle parti e dei loro difensori.

7. Il processo amministrativo dell'età dell'emergenza vive un momento di criticità che richiede una rinnovata presa di coscienza da parte dei suoi attori.

Gli avvocati devono prendere consapevolezza dell'emergenza e tenere comportamenti professionali non cristallizzati in un individualismo fuori della storia, ma invece adeguati alle circostanze di tempo, di luogo e di persona.

Il diritto di azione e il diritto di difesa, pur costruiti intorno a un "nucleo forte" permanente, partecipano della storicità del diritto e non possono costituire alibi per rivendicare libertà assoluta per il patrocinatore legale.

Del resto, il codice deontologico forense, come abbiamo visto, prescrive lealtà e sobrietà anche e soprattutto nel processo.

La tentazione di qualcuno di inanellare, sotto la copertura di un diritto di difesa indipendente dai contenuti, appello, revocazione, forse ricorso alla Corte EDU, al limite di tentare le nuove frontiere della responsabilità civile dei magistrati, non ha più cittadinanza nell'ordinamento, che ricollega sanzioni sempre più severe alle liti temerarie, il cui disvalore si estende dalla parte all'avvocato.

Come ricorda la recentissima sentenza n. 6782/2015 della Cassazione, per gli avvocati, la responsabilità professionale deriva dall'obbligo di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, (anche) ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, ai quali sono tenuti nel rappresentare tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di chiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole.

Ossia, come osserva Ansanelli (29), a seguito della riscrittura dell'art. 111 della Costituzione la garanzia della difesa deve intendersi come garanzia di una "giusta" difesa, ossia di una difesa svolta nell'interesse del cliente mediante l'utilizzazione corretta delle potenzialità del processo, senza che ne vengano distorti i fini.

Ecco perché il fatto che la prescrizione contenuta dell'art. 6 del codice deontologico forense del 1997 ("L'avvocato non deve proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave") non sia riprodotta nel codice deontologico vigente è irrilevante, in quanto il precetto si desume dal sistema complessivo.

Il dovere della sinteticità deve essere visto non come un vincolo alla libertà dell'avvocato, ma come uno stimolo a migliorare le capacità logiche, di scrittura e di esternazione.

Sono spesso gli eccessi e le stravaganze della prassi forense che determinano risposte giurisprudenziali non sempre scientificamente plausibili ed adeguatamente equilibrate.

I giudici devono resistere alle fughe in avanti verso soluzioni “dirigistiche” di tipo autoritario e cercare soluzioni alle questioni processuali nei singoli istituti codicistici.

Il *trend* normativo “mette in sicurezza” il giusto processo con gli strumenti della responsabilità disciplinare degli avvocati, del regolamento delle spese, della responsabilità processuale delle parti, della revocazione straordinaria, dell'opposizione di terzo revocatoria.

In un sistema che pone come riferimento oggettivo delle *regole* soltanto “comportamenti”, sanzionare con l'invalidità “atti” in base ai *principi* significa rendersi la vita difficile.

In quanto, poiché dietro a ogni regola c'è sempre un principio, non è sempre così scontato che i principi valgano più delle regole (30).

In quanto l'interpretazione costituzionalmente orientata è possibile quando la legge consente di enucleare più significati, non per sostituire la norma con una diversa (31).

Ovvero in quanto, per dirla alla maniera di Andrioli, con l'interpretazione costituzionalmente orientata non tanto si applica la Costituzione, quanto piuttosto si disapplica l'articolo 12 delle preleggi.

L'abuso del processo in senso tecnico, quale distorsione di strumenti processuali leciti, va lasciato nei confini entro i quali la dottrina lo ha configurato: come un rimedio residuale.

Anche perché, risolvendosi nella misura più grave, ossia nella *denegatio actionis*, colpisce — e nella maniera più radicale — la parte per una scelta tecnica dell'avvocato.

Se ognuno dei soggetti del processo svolgerà il suo ruolo con lealtà, allora sarà scongiurato uno dei rischi più concreti: l'abuso dell'abuso del processo.

Abstract: Il contributo, muovendo le mosse dallo stato di emergenza determinato dall'inflazione del contenzioso, esamina criticamente gli orientamenti giurisprudenziali della Cassazione e del Consiglio di Stato circa l'abuso del processo, nella parte in cui trasformano fatti produttivi di responsabilità in condizioni di ammissibilità della domanda, anche in relazione alla presenza di altri principi, come i limiti oggettivi del giudicato e l'autoresponsabilità della parte, sufficienti a risolvere le questioni rilevanti.

Le note non le vogliono più giustificate <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Note:

(*) Relazione al Convegno di studio dell'Associazione degli studiosi del processo amministrativo, su Abuso del processo amministrativo?, Roma, 28 maggio 2015.

(1) Cfr. da ultimo Corte cost., n. 70/2015, par. 3; ord. n. 39/2015 e n. 29/2015; n. 128/2014.

(2) Censis, 48^o rapporto sulla situazione sociale del Paese 2014, Roma, 2014, XII.

(3) M. Taruffo, Elementi per una definizione di “abuso del processo”, in Studi in onore di P. Rescigno, Milano, 1998, 1127; N. Paolantonio, Abuso del processo (dir. proc. amm.), in Enc. dir., Annali, II, 1, 1.

(4) M. Taruffo, L'abuso del processo: profili generali, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, 138.

(5) F. Cordopatri, L'abuso del processo nel diritto positivo italiano, in Riv. dir. proc., 2012, 885.

(6) M.S.Giannini, Diritto pubblico dell'economia, Bologna, 1977, 292.

- (7) Corte cost., n. 207/2007.
- (8) Corte cost., n. 73/2013.
- (9) Zanobini, Corso di diritto amministrativo, II, Milano, 1958, 202.
- (10) P. Calamandrei, Il processo come giuoco, in Opere giuridiche, I, Napoli, 1965, 537 ss.
- (11) L.P. Comoglio, Abuso del processo e garanzie costituzionali, in Riv. dir. proc., 2008, 330.
- (12) M. Taruffo, L'abuso del processo, cit., 121.
- (13) G. Verde, Abuso del processo e giurisdizione, in www.judicium.it, par. 6.
- (14) M. F. Ghirga, La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale, Milano, 2004.
- (15) G. Scarselli, Sul c.d. abuso del processo, in Riv. dir. proc., 2012, 1450.
- (16) Cossignani, Improponibilità della domanda frazionata e limiti oggettivi del giudicato, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2009, 1495; G. Verde, Sulla minima unità strutturale nel processo (a proposito di giudicato e dottrine emergenti), in Riv. dir. proc., 1989, 573.
- (17) G. Scarselli, Sul c.d. abuso, cit., 1457-1458.
- (18) G. Scarselli, op. ult. cit., 1461.
- (19) C. Consolo, Note necessariamente divaganti quanto all'“abuso sanzionabile del processo” e all'“abuso del diritto come argomento”, in Riv. dir. proc., 2012, 1289.
- (20) Su cui cfr. R. Barbieri, Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc., 2013, 754; P.M. Vipiana, Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali, in Giur. it., 2012, 1429; E. LoPresti, La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?, in Foro amm. - C.d.S., 2012, 2011.
- (21) M. Taruffo, L'abuso del processo, cit., 120.
- (22) F. Festi, Il divieto di “venire contro il fatto proprio”, Milano, 2007, 229-231.
- (23) G. Messina, Contributo alla dottrina della confessione, in Scritti giuridici, III, Milano, 1948, 19.
- (24) Cass., ord. 18 febbraio 2014, n. 3855; Cass., 15 maggio 2009, n. 11315 e 4 aprile 2001, n. 4948.
- (25) C. Mandrioli, Diritto processuale civile, I, 537, Torino, 2011.
- (26) G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo, Napoli, 2015, 617.
- (27) L. Salvaneschi, L'interesse ad impugnare, Milano, 1990; Soccombenza processuale e soccombenza materiale: spunti per una riflessione intorno all'interesse ad impugnare, in Riv. dir. proc., 1983, 581.
- (28) F. Cordopatri, La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo, in federalismi.it, n. 6/2014.
- (29) V. Ansanelli, Abuso del processo, in Dig. civ., I, 9.
- (30) R. Alexy, Concetto e validità del diritto, Torino, 1997, 73 ss.
- (31) M. Bove, Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di

Cassazione,

Napoli,

2010.

SPIGOLATURE IN TEMA DI ABUSO DEL PROCESSO

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.4, 2015, pag. 1262

Giuseppe Tropea

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - In genere

Il sommario non lo vogliono più giustificato <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Sommario: 1. Premessa. Limiti dell'indagine: aggiornamenti giurisprudenziali e relativi scenari sistematici svelati. — 2. Suggestioni letterarie. — 3. La ripresa del dibattito sull'abuso del diritto nella giurisprudenza teorica. — 4. Segue: e in quella pratica: aggiornamenti e relative criticità. — 5. L'abuso dei diritti fondamentali (in particolar modo, del diritto d'azione). Aspetti problematici. — 6. Cenni sull'abuso del processo civile. Aggiornamenti giurisprudenziali e pervasività della figura. — 7. "Meritevolezza" della tutela richiesta? Criticità della tesi e sua diffusione giurisprudenziale. — 8. Gli scenari di fondo: il processo come servizio pubblico e l'applicazione del principio di proporzionalità nel processo. — 9. L'abuso del processo amministrativo fra principio di collaborazione procedimentale e teorica dell'interesse c.d. "illegittimo". — 10. Il contesto: l'equivocità della clausola di effettività della tutela. Casi giurisprudenziali indice di potenziale "obiettivizzazione" del processo ed evocazione dell'argomento dell'abuso. — 11. Il richiamo all'abuso del processo nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di abuso di posizione dominante. — 12. L'evoluzione del dibattito in dottrina. Lo spartiacque rappresentato dal c.p.a. e l'interesse (critico) rivolto alle pratiche discorsive della giurisprudenza. — 13. Indicazione della casistica più rilevante. — 14. Segue: profili di criticità insiti nel richiamo all'argomento dell'abuso. — 15. Perplessità ulteriori: l'art. 26 c.p.a., le sue modifiche, la (discutibile) creatività giurisprudenziale anche in subiecta materia. Esempi. — 16. Conclusioni: abuso interpretativo del giudice e possibile configurabilità della violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

1. Confesso di provare un certo imbarazzo nel prendere la parola, dinanzi ad una platea tanto autorevole e qualificata, su un tema che ha catturato negli ultimi anni il mio interesse. Il rischio, evidentemente, è quello di ripetere quanto già ho avuto modo di scrivere, annoiando così l'attento ascoltatore.

Mi limiterò, quindi, a riprendere le linee essenziali del mio lavoro monografico (1), cercando di aggiornarlo alla luce della giurisprudenza teorica e pratica nel frattempo intervenuta, anche apparentemente estranea al tema, nonché di ulteriori riflessioni che nei mesi successivi alla pubblicazione del libro ho avuto modo di fare, e che semplicemente per mia negligenza non hanno trovato spazio nel saggio.

Il tema potrebbe essere affrontato sotto due punti di vista: quello delle politiche pubbliche messe in campo per fronteggiare i "costi del processo" (2), e quello, appunto, della progressiva penetrazione nel discorso giurisprudenziale della nozione di "abuso del processo" (3).

Dico subito che mi concentrerò essenzialmente su questo secondo aspetto, a mio avviso il più interessante, anche se, come si vedrà, non può escludersi la rilevanza sul tema delle disposizioni che il legislatore, a più riprese, ha approntato per combattere il fenomeno dell'abuso. Mi riferisco, evidentemente, soprattutto alle molteplici modifiche subite dall'art. 26 c.p.a., per non parlare del recente decreto del Presidente del Consiglio di Stato che disciplina la dimensione dei ricorsi e degli altri scritti

difensivi nel rito in materia di appalti, di cui agli artt. 120 ss. c.p.a.

2. *In limine*, mi paiono non ultronei alcuni riferimenti letterari, che danno il senso profondo della ricerca intrapresa.

Il primo è presente nel libro. L'enigmatica frase contenuta nel "Processo" di Kafka (precisamente nel meraviglioso capitolo intitolato "Nel Duomo"), non solo a mio avviso condensa — con la riconosciuta capacità visionaria del genio di Praga — buona parte delle considerazioni critiche che ho avuto modo di svolgere, ma rappresenta qualcosa in più nell'economia del lavoro. Non mi è parso un caso, infatti, che Piero Calamandrei, nel bel saggio su *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, che costituisce una recensione al libro di F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto* (4), nell'adesione alla rigorosa critica di quest'ultimo rispetto alle prospettive del diritto libero e della giustizia del caso concreto, e a difesa del principio di legalità, richiami espressamente Kafka nell'ambito di un'implacabile e serrata reprimenda nei confronti della dottrina tedesca del diritto astratto d'agire, con interessanti (e attuali) osservazioni, anch'esse critiche, sul processo come mera procedura e sul passaggio dalla giurisdizione di diritto soggettivo a quella di diritto oggettivo (in cui l'azione del singolo, da garanzia del diritto soggettivo individuale, si trasforma in strumento di un interesse appartenente ad una cerchia più o meno generale, all'appagamento del quale serve da veicolo un interesse individuale occasionalmente protetto).

Mi vengono poi in mente altre due immagini letterarie per compendiare il senso profondo del lavoro.

La prima è quella, notissima, dell'*Aleph* di Borges, la "piccola sfera cangiante" di due o tre centimetri che racchiudeva lo spazio cosmico: questo mi è apparso, sin da subito, il tema dell'abuso.

Un tema all'apparenza "di nicchia", ma che svela un'ampia congerie di questioni più generali: un "universo" appunto.

Solo che questo universo è in profonda trasformazione, "in disfacimento", mi verrebbe da dire — e vengo alla terza suggestione letteraria — Philip K. Dick — immagine che potrebbe essere evocata con riferimento a un tema molto rilevante quando si parla di abuso del processo: la riserva di legge processuale di cui all'art. 111, comma 2, Cost. (5).

3. Il mio studio ha riguardato soprattutto la recente tendenza, penetrata prepotentemente anche nella giurisprudenza amministrativa, ad impiegare, nella risoluzione di varie questioni problematiche, l'*argomento* dell'abuso del diritto, ovvero dell'abuso del processo.

Si tratta di un tema da inquadrare, oggi, nel più ampio scenario della prospettata "fine del diritto" lineare e semplice che regolava e normalizzava il mondo weberiano, cambiando le fonti del diritto e la loro applicazione, sempre più chiamato a fare i conti con la complessità del presente globalizzato.

Peraltro già Salvatore Satta, nel *Mistero del processo*, riferendosi al tema dell'abuso del diritto, parlava di "rivolta del diritto contro il diritto", un punto dove il giurista si ferma nel suo cammino, sentendo di aver toccato il fondo della caduta (6).

Per far ciò, d'altra parte, è apparso necessario partire dalle origini storiche della vicenda, tracciandone un quadro per quanto possibile esaustivo.

È già nel dibattito che si è avuto, soprattutto in Francia, tra Ottocento e Novecento, che si individuano taluni temi di fondo che mantengono attualità, se si vuole inquadrare correttamente il problema.

Comunemente si afferma che la vera teoria dell'abuso del diritto, nella sua accezione moderna,

nasce in Francia alla fine del secolo diciannovesimo, in materia di proprietà, senza alcuna base legislativa, ma come istituto di matrice giurisprudenziale volto ad avvalorare una concezione relativistica della proprietà, specie nel campo sempre più problematico — per l'epoca — dei rapporti fra proprietà e industria nascente.

Già in quel contesto, peraltro, oltre a costituire un aspetto del discorso sulla funzione sociale della proprietà, le opinioni avverse all'ammissibilità del principio hanno fatto leva sul rischio di un attentato alla certezza del diritto, preludio di un « *gouvernement des juges* ».

Dunque il tema dell'abuso come aspetto dell'intramontabile questione problematica dei rapporti fra legge e giudice.

Anche in Italia, all'origine, l'abuso del diritto è stato impostato come problema di teoria delle fonti e come potenziale attentato alla certezza del diritto.

Nella dottrina italiana, dopo una lunga fase di scetticismo, debitrice delle nette chiusure di autorità del calibro di Scialoja e Santoro Passarelli, passando per il notevole studio critico di Rotondi, tra la fine degli anni '50 e gli anni '60 il tema viene ripreso con lavori di grande importanza, che tendono in vario modo a dare cittadinanza alla figura, come il saggio di Ugo Natoli e la voce enciclopedica di Salvatore Romano, nonché le monografie di Giorgianni e Rescigno.

Nel decennio che va tra la fine degli anni '80 e la fine degli anni '90 la tematica dell'abuso torna all'attenzione della scienza giuridica, prima di tutto in alcune voci enciclopediche che fanno il punto sul problema e tendono ad aggiornarlo, in connessione con la progressiva rilevanza, ed evoluzione, della clausola di buona fede e correttezza.

Ciò non significa, naturalmente, che anche in questa fase non si siano alzate voci critiche, fondate non tanto (come nell'antica obiezione) sulla contraddittorietà della figura dell'abuso, quanto sulla sua inutilità, proprio alla luce dell'evoluzione della clausola di buona fede. Emblematica sul punto la posizione di Sacco.

Quanto alla giurisprudenza, essa tende a mutuare l'assetto tradizionale per cui per parecchio tempo le corti nostrane, a differenza di quelle tedesche e francesi, hanno evitato di richiamare la figura dell'abuso, per ricorrere a clausole ritenute più "sicure", in quanto codificate. I giudici iniziano cioè ad enunciare il divieto di abuso, accompagnandolo sovente, con sovrapposizioni indice di malsicuro fondamento dogmatico, al richiamo della buona fede (7).

È opportuno qui comunque notare che, ancor più di recente, c'è stato un nuovo ritorno di interesse per il tema, nel contesto di un più generale dibattito per la tematica delle clausole generali, specialmente la buona fede, dibattito che ha interessato sia civilisti che amministrativisti.

Quanto a quest'ultimo settore disciplinare, bisogna sottolineare, per smorzare un po' di entusiasmo sul punto, come, a differenza della gran parte delle altre clausole generali, o degli altri principi, l'abuso del processo operi in restrizione del diritto d'azione del cittadino. Emblematico sul punto il principio di proporzionalità, che tende ad essere elaborato come proporzionalità *nel processo*.

Contestualmente il tema, anche attraverso il detto fermento in tema di clausole generali, cattura l'interesse dei filosofi del diritto, anche perché, come detto, è questione che tradizionalmente chiama in causa il c.d. diritto giurisprudenziale e il « difficile rapporto fra giudice e legge » (8), che nel frattempo sembra trovare oggi i suoi momenti di più intensa manifestazione — e criticità — nel settore del diritto processuale.

Significativi i contributi di Pino, Celano e Comanducci, in serrata critica al fortunato saggio di

Atienza e Ruiz Manero sugli illeciti atipici, dimostrandosi come in tale costruzione il principio tenda sempre, di fatto, a sterilizzare la regola, e di Gentili, secondo il quale l'abuso non è un istituto, ma un argomento. In tal senso il tema va trattato all'interno delle questioni di teoria dell'argomentazione giuridica, inquadrando la questione sul piano funzionale, e considerando così l'abuso come un caso di interpretazione teleologica, riguardante il meta-discorso dell'interprete che si sovrappone a quello del legislatore sui fatti.

Nel mio saggio, non a caso, con riguardo all'abuso si parla di *argomento*, e non di *istituto*, perché si è accolta proprio questa tesi.

In tal modo l'abuso finisce per divenire un «*argomento con cui ottenere un risultato altrimenti precluso*. Un risultato eversivo del giuspositivismo».

Sicché l'abuso viene fatto rientrare, in senso lato, fra i ragionamenti di stampo analogico, ma poi viene da essi distinto in quanto con l'analogia, invocando l'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso diverso, che non è regolato, mentre con l'abuso, invocando l'identità di *ratio*, si applica una disposizione ad un caso diverso, che però è regolato. Sicché l'abuso non opera, come l'analogia, in presenza di una lacuna, bensì, al contrario, in assenza di una lacuna, riconducendo il caso ad una regola diversa derivabile da un'altra norma (9).

Il punto è molto importante, e si potrebbe altresì declinare considerando la coppia conformativo-valutativo, inserendo l'abuso nella dinamica del giudizio valutativo, che, a differenza di quello di validità, che postula la conformazione ad un modello astratto e generale, si caratterizza per il richiamo a concetti quali la convenienza, l'equità, la ragionevolezza o la proporzionalità, implicando una rinnovazione del fare o del negoziare, e dunque non già una difformità rispetto a un modello, ma la ripetizione di una diversa scelta di convenienza (10).

Non è sembrato un caso, in questo senso, che forme di analogia, impropriamente definite, siano correntemente usate dal giudice amministrativo; senonché, come è stato dimostrato, esse svelano una persistente tendenza del medesimo giudice ad operare interpretazioni in danno della parte ricorrente e a tutela dell'interesse pubblico (11).

Si tratta di aspetti, a mio avviso, collegati.

4. Sul piano giurisprudenziale il ritorno d'interesse per il tema dell'abuso del diritto è certamente riconnesso al caso *Renault*, nel quale, come è noto, la Cassazione (Sez. III, n. 20106/2009) ha argomentato nel senso dell'abusività del recesso *ad nutum* contrattualmente attribuito alla Renault Italia s.p.a.

Non è questa la sede per approfondire tali, pur rilevanti, questioni. Ricordo, comunque, come la dottrina abbia evidenziato una serie di criticità intorno a tale pronuncia.

Si pensi al problema generale della sindacabilità degli atti di autonomia nei casi non previsti dalla legge (emblematico proprio il recesso *ad nutum*), con il collegato rischio di "paternalismo giudiziario".

Ovvero all'uso poco sorvegliato, cumulativo, retorico-rafforzativo, dell'abuso del diritto, della buona fede, nonché del richiamo ai precedenti (12). V'è chi, quindi, ha distinto il giudizio teleologico-finalistico fatto attraverso l'abuso dalla valutazione sulle modalità della condotta, fatta attraverso la buona fede, ritenendo che nel caso di specie si trattasse di questo secondo tipo di valutazione.

Si è posto, inoltre, il problema della tutela, obbligatoria o reale: inefficacia. La Cassazione sul punto non è stata chiara: concede la prima (perché questo era stato il *petitum* dei concessionari), ma non esclude la seconda. In tal senso non ci si deve stupire: qui entra in gioco la buona fede, non come mera fonte

integrativa e correttiva del contratto, ma come causa di invalidità del contratto.

Tale conclusione, che ha delle ricadute anche sul piano delle sanzioni individuate dalla giurisprudenza rispetto all'abuso del processo, mi è sembrata opinabile, anche in base alla distinzione fra norme di validità e norme di comportamento.

Essa è apparsa inquadrabile all'interno di una consistente linea esegetica, anche a livello europeo, che conduce alla logica del bilanciamento, evidenziando il carattere relazionale dell'abuso, o ritenendo che esso implichi un giudizio di proporzionalità, fuori dalla logica del tutto o niente.

Inoltre, essa appare supportata da talune dinamiche generali, di ordine sistemico: applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni, compreso il giudice amministrativo, tecnica dell'interpretazione conforme a Costituzione, marcata estensione orizzontale dei diritti fondamentali (*Drittwirkung*).

Non mi sembra un caso che due recenti ordinanze “gemelle” della Corte costituzionale (n. 248/2013 e n. 77/2014), abbiano affermato la possibilità per il giudice di dichiarare la nullità *ex art. 1418*, comma 1, c.c. (per contrasto con l'art. 2 Cost. e con il principio di “solidarietà sociale” ivi enunciato) della clausola contrattuale che preveda una caparra confirmatoria manifestamente eccessiva, e ciò in “applicazione diretta” dei principi costituzionali, mentre l'art. 1385 c.c. non prevede un potere giudiziale di riduzione della caparra “eccessiva”. Sul punto sono stati giustamente paventati esiti virtualmente “destabilizzanti” dell'intero sistema legislativo dei contratti, e si è inoltre osservato come altro è che sia il giudice costituzionale a sancire (eventualmente) l'illegittimità di una norma del legislatore che non ponga limiti all'autonomia contrattuale, altro che si affidi al giudizio del singolo giudice ordinario la valutazione se il concreto atto di esercizio dell'autonomia privata contrasti o meno con un principio costituzionale (13).

Questa vicenda rientra perfettamente nel fenomeno contemporaneo della “crisi della fattispecie”, ben descritto da Irti in pagine di limpida chiarezza (14), ove si mostra come il valore (ed esempio, proprio la *solidarietà*) non abbia bisogno di fattispecie, di qualche figura o rappresentazione dei fatti, poiché vale in sé, e si applica dovunque sia invocato e preteso.

Sul piano metodologico e dogmatico, tali tendenze sono probabilmente dovute all'intersecarsi di due aspetti fondamentali: 1) l'adesione alla tesi della separazione “forte” tra principi e regole; 2) l'adesione, altresì, a una teoria moderatamente cognitiva dell'interpretazione, che a sua volta è influenzata da una meta-etica oggettivista, derivante dall'adesione al neocostituzionalismo (15).

Seguendo questa linea metodologica l'abuso è stato configurato come problema interpretativo che ha a che fare con una particolare — e controversa — forma di analogia, che sovente opera in funzione “disapplicativa” della regola positiva.

Il richiamo a criteri di etero-integrazione del diritto (economia, morale, etc.) favorisce una profonda incertezza ed aleatorietà, mentre: *a*) il richiamo ad altre clausole generali (es. buona fede, correttezza) rischia di fare dell'abuso un'inutile superfetazione, portando peraltro la questione sul piano delle modalità di esercizio del diritto, dunque del comportamento fonte di illecito e di responsabilità; *b*) non è detto che il richiamo a principi, anche se positivizzati, possa essere risolutivo, là dove le regole che finiscono per essere disapplicate possono essere a loro volta manifestazione di altri principi.

Peraltro, quando ciò avviene, probabilmente abbiamo varcato la soglia dell'interpretazione e l'abuso finisce per essere uno strumento argomentativo utile per giustificare quello che in realtà è un bilanciamento (16).

5. Il discorso si fa più critico, se possibile, considerando l'ambito dell'abuso dei diritti

fondamentali.

Se tra essi poi collochiamo anche l'esercizio del diritto d'azione, evidentemente quanto appena detto rende ulteriormente problematico il tutto, per le seguenti peculiarità: *a)* caratteri dell'azione e suoi rapporti con la pretesa sul piano sostanziale; *b)* aspetti "strutturali" relativi alle modalità di esercizio dell'azione; *c)* valore delle regole processuali e loro statuto costituzionale con riguardo alla riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost.; *d)* più in generale, portata reale del giudizio di bilanciamento che si attua attorno all'art. 111 Cost. ed alla clausola generale "giusto processo", dovendosi in essa ricomprendere non soltanto la ragionevole durata e l'uso efficiente di risorse scarse, ma altresì principi-valori quali l'effettività e pienezza della tutela giurisdizionale, oltre che l'imparzialità, la parità delle parti, l'indipendenza e la terzietà del giudice.

Inoltre, nel nostro caso l'abuso non opera come criterio di controllo di un potere, privato o pubblico che sia, né è qui conferente la prospettiva di indagine del sindacato della Cassazione sulle clausole generali.

Quando si parla di abuso del processo si ha a che fare con una clausola generale che opera, invece, in potenziale compressione di diritti fondamentali (artt. 24 e 113 Cost.).

Emblematica di tale differenza è la diversa modalità di inquadramento del principio di proporzionalità, che non viene impiegato tanto come strumento ispirato al rafforzamento delle garanzie a favore degli amministrati innanzi all'esercizio del potere pubblico, ma nella diversa prospettiva "orizzontale" del bilanciamento, fra un diritto fondamentale (diritto d'azione) e un interesse pubblico (giusto processo nella sua declinazione in termini economico/efficientistici).

Il neo-costituzionalismo "irenico" di pur autorevole dottrina, che svaluta il principio di certezza del diritto, in quanto "mitologia giuridica" della modernità statualista (17), sembra, quindi, eccessivamente semplificante, là dove tende a considerare la centralità della creatività giurisprudenziale in modo unidimensionale (a sola tutela del cittadino), trascurando dinamiche invece funzionali alla riduzione delle garanzie, sicché appare ancora attuale — pur nelle nuove coordinate dello Stato costituzionale di diritto — una difesa del suddetto principio (18).

6. Venendo all'abuso del processo, fondamentali sono i lavori di Taruffo di metà anni '90 sul tema.

Trattasi di approfondimenti pionieristici, almeno per il nostro ordinamento, importanti anche per la prospettiva comparatistica spesso adottata.

Qui, ad esempio, è prospettata la distinzione fra abuso *del* e abuso *nel* processo, ovvero l'idea che non può considerarsi abusivo un comportamento obbligatorio, ma solo quando la parte ha margini di discrezionalità, seppure regolata e non assoluta.

Gli allievi della scuola pavese, quindi, valorizzando sempre l'indagine comparata, con particolare attenzione ai Paesi di *common law*, si concentrano soprattutto sull'abuso come problema che dovrebbe gravare sul difensore, più che sulla parte (con idonee sanzioni disciplinari).

Senonché anche su tali aspetti c'è da riflettere. Infatti, come è stato giustamente osservato (19), l'abuso del processo è uno strumento normale là dove la giurisprudenza è tradizionalmente ricompresa tra le fonti del diritto; ma in quei sistemi, dove la fiducia riposta nel giudice vuole che sia quest'ultimo a tracciare le linee del processo *fair* (es. *Contempt of Court*, uso dell'*abuse of process* nell'ambito dei delicati rapporti fra stabilità e contendibilità del provvedimento), si è ben lontani dal pretendere che il processo sia regolato per legge, come avviene da noi con una disposizione costituzionale (art. 111, comma 1), da più parti ultimamente oggetto di ridimensionamento critico. Su quest'ultimo aspetto tornerò fra poco.

L'imponente lavoro, anche di ricostruzione storica, di Cordopatri considera invece l'abuso come problema essenzialmente relativo alle spese processuali, criticando la sistemazione chiovendiana fondata sul principio *victus victori*. Oggi, peraltro, tale critica sembra confermata dal nuovo art. 92 c.p.c.

Il tema torna d'interesse con la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione sul frazionamento del credito n. 23726/2007, *revirement* della precedente sentenza n. 108/2000.

Con essa, alla luce del principio di correttezza e di buona fede (che deve improntare il rapporto fra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento), il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 Cost., nonché in relazione al canone del "giusto processo", di cui all'art. 111 Cost., si è ritenuto precluso al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, il frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo.

Tale sentenza ha riportato l'interesse sul tema, come è testimoniato dal fatto che nel settembre 2011 si è tenuto ad Urbino il Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile dedicato all'abuso del processo (20).

Ma anche tale pronuncia svela talune criticità (21).

Anche in questo caso la motivazione richiama in modo "interscambiabile" buona fede e giusto processo (con enfasi sul profilo della ragionevole durata).

D'altra parte molti hanno ritenuto inconferente il richiamo alla buona fede, stante la genericità di quest'ultima, nonché il dato che, se si ragionasse solo sulla base del principio di buona fede, si troverebbero anche ragioni a favore della frazionabilità, poiché l'azione frazionata potrebbe rispondere nel caso concreto ad un interesse dell'attore meritevole di tutela.

Si è osservato, più in generale, che la questione si sarebbe potuta risolvere richiamando la tesi della preclusione del dedotto e del deducibile, senza scomodare l'insidiosa categoria dell'abuso (22).

Su questo aspetto si devono considerare le recenti importanti sentenze "gemelle" delle Sezioni unite nn. 26242 e 26243 del 2014 in tema di impugnative negoziali, e, più specificamente, di rapporti fra azioni di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e nullità contrattuale.

Si tratta di due pronunce che hanno affermato principi molto rilevanti in tema di impugnative negoziali, e, più specificamente, di rapporti fra azioni di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e nullità contrattuale. In estrema sintesi, le Sezioni unite hanno ritenuto che: *a*) la nullità deve essere sempre oggetto di rilevazione/indicazione da parte del giudice; *b*) la nullità può essere sempre oggetto di dichiarazione/accertamento da parte del giudice; *c*) l'espresso accertamento contenuto nella motivazione della sentenza sarà idoneo a produrre, anche in assenza di domanda di parte (domanda o accertamento incidentale) l'effetto di giudicato sulla nullità del contratto in mancanza di qualsiasi impugnazione sul punto; *d*) la mancanza di qualsivoglia rilevazione/dichiarazione della nullità in sentenza è idonea, in linea generale anche se non assoluta, a costituire giudicato implicito sulla validità del contratto. Ciò sulla base dell'idea che nelle azioni di impugnativa negoziale l'oggetto del giudizio sia costituito dal negozio, nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica, e (con esso) del rapporto giuridico sostanziale che ne scaturisce, scartandosi la tesi che individua l'oggetto del processo in una *Rechtsfrage*, il cui oggetto è rappresentato dal diritto potestativo fondato sul singolo motivo (di annullamento, rescissione, risoluzione, nullità) dedotto in giudizio.

Al di là del dibattito se nel caso di specie di vero e proprio giudicato implicito possa parlarsi (23), o

sia invece più corretto discutere di preclusione (extraprocessuale) che si forma a carico delle sole parti (24), si è osservato che il “vincolo al motivo portante” (sulla scia della teorica Zeuneriana) si fonda sul dovere di correttezza e buona fede ex art. 1175 c.c. (25), evoca l'*exceptio doli* (26), ed è teso ad evitare che la parte che in qualche modo si sia giovata della dichiarazione solo in motivazione della nullità (o non nullità) del contratto, possa poi in futuro agire (o anche resistere in giudizio) al fine di conseguire risultati che appaiano, rispetto al primo giudizio, locupletativi. Una sorta di strumento antiabusivo *ante litteram* (27).

Le sentenze in questione, prima di arrivare a tali conclusioni, effettuano un ampio *excursus* sull'oggetto del processo e sull'oggetto del giudicato (considerate tematiche non pienamente sovrapponibili, stante la facoltà del giudicante di definire il processo celermente, sulla base della ragione più liquida), sulla corretta delimitazione della nozione di giudicato implicito.

È interessante, ai nostri fini, notare come nella ricostruzione dei valori funzionali dell'oggetto del processo (definita un “decidere per valori”) (28), cui fa coerente seguito quella dei profili strutturali (secondo un'inversione espositiva non a caso rivendicata come metodologicamente più congrua), vengano valorizzati soprattutto i principi che fanno da corollario a quello del rispetto della non illimitata risorsa-giustizia (già affermato, come detto, con riguardo alla fattispecie della infrazionabilità del credito in sede giudiziaria), fra i quali: *a*) il principio di corrispettività sostanziale; *b*) di stabilità delle decisioni giudiziarie; *c*) di armonizzazione delle decisioni, così da evitare la scomposizione delle unità della situazione sostanziale in una indefinita molteplicità rappresentata da “minime unità decisorie”; *d*) di concentrazione delle decisioni; *e*) di effettività della tutela, declinata nel senso di rappresentare un ostacolo ad ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi della decisione della causa; *f*) di giustizia delle decisioni (espressione ritenuta non meramente declamatoria, alla luce degli artt. 111 Cost. e 6 Cedu); *g*) di economia (extra)processuale, declinazione del giusto processo inteso (anche) come esigenza di evitare l'eventualità di moltiplicazione seriale dei processi; *h*) di lealtà e probità processuale. Poste tali premesse, si accede all'opzione strutturale che valorizza le esigenze pubblicistiche del processo, e che porta ad una decisione tendenzialmente volta al definitivo consolidamento della situazione sostanziale direttamente o indirettamente dedotta in giudizio. Una decisione tendenzialmente caratterizzata da *stabilità, certezza, affidabilità temporale*, coniugate con valori di sistema della *celerità e giustizia*. Un sistema che eviti di trasformare il processo in un meccanismo potenzialmente destinato ad attivarsi all'infinito.

Un'ulteriore conferma, al di là del giudizio che si possa avere di tale pronunce, anche con riguardo al dibattito sul “diritto giurisprudenziale” che esse giocoforza rinfocolano (29), che il tema dell'abuso del processo, oggi, attraverso i principi e/o valori che più o meno direttamente richiama e che ne fanno da corollario, finisce per toccare questioni di fondo, di teoria generale del processo, dall'oggetto di questo all'estensione del giudicato. Sotto questo profilo, un'importanza notevole ha assunto, come diremo, proprio la nozione — di conio giurisprudenziale — di giudicato implicito, specie con riferimento alla questione di giurisdizione.

Tornando al tema dell'infrazionabilità giudiziale del credito, centrale è comunque il problema delle sanzioni. Ben diverso è il caso in cui l'abuso del processo influisca solo sul regime delle spese processuali.

Si consideri, ad esempio, Cass. n. 10634/2010 (30), in materia di equa riparazione, ai sensi della legge n. 89/2001, la quale censura come abuso del processo la condotta di più soggetti, che dopo aver agito unitariamente nel processo durato eccessivamente, non mostrando alcuna diversificazione delle rispettive posizioni, propongono poi alla Corte d'appello distinte domande di indennizzo, con identico patrocinio legale, dando luogo a cause inevitabilmente destinate alla riunione. Una tale condotta, ad avviso della Cassazione, arreca un danno allo Stato debitore a causa dell'aumento degli oneri processuali. In tal caso ci si è limitati a valutare l'onere delle spese come se unico fosse stato il procedimento sin dall'origine.

Senonché la tendenza pare essere ben diversa, come dimostra una recentissima pronuncia della Terza Sezione della Cassazione, che ha dichiarato inammissibile un'azione esecutiva finalizzata ad ottenere soddisfazione per cifre minime, per di più condannando alla rifusione delle spese il ricorrente. Si trattava di un procedimento avviato per un'esecuzione presso terzi per un debito iniziale di oltre 17 mila euro, poi estinto dal debitore; il ricorrente lamentava il mancato pagamento degli interessi sulla somma (circa 34 euro), maturati nei 15 giorni trascorsi dalla notifica del precetto al saldo. A fronte della tesi della difesa del creditore, il quale sosteneva che «nessuna norma autorizza il giudice ad eliminare un credito qualunque ne sia l'entità», la Cassazione utilizza la nozione di abuso del processo, già affermata come detto in tema di frazionamento del credito relativo ad un unico rapporto, richiama i principi di buona fede e correttezza e i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., il processo giusto di durata ragionevole di cui all'art. 111 Cost., e per questa via finisce per introdurre un inedito ed aleatorio “filtro” alle richieste di tutela, basato sulla non meritevolezza (v. *infra*) di questa in ipotesi di cause “bagatellari” (31).

Ad ogni modo, anche in questo caso bisogna sottolineare la forte capacità pervasiva di tale giurisprudenza, non a caso richiamata da Ad. plen. n. 3/2011: «il principio dell'insindacabilità delle scelte giudiziarie, al di là dei limiti e dei divieti puntualmente stabiliti, è interessato da un graduale ma chiaro superamento da parte della giurisprudenza più recente della Corte di cassazione, propensa a sanzionare le condotte processualmente scorrette con gli strumenti del divieto dell'abuso del diritto, della clausola di buona fede e dell'*exceptio doli generalis*».

7. Di recente si è declinata la nozione di interesse ad agire correlandola al principio di buona fede, e più in generale al divieto di abuso del diritto, *sub specie* di “meritevolezza della tutela richiesta”. Si è sostenuto, da parte di Ghirga (32), che l'art. 100 c.p.c. non solo allude all'esigenza che l'affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice, ma altresì consente — in una lettura di tale norma coordinata con i principi dell'equo processo (art. 6 Cedu e art. 111 Cost.) — di scrutinare la “causa” della domanda giudiziale come concretamente proposta (ossia, appunto, la meritevolezza), sanzionando con l'inammissibilità le ipotesi in cui tale “causa” evidenzia che l'attore sta abusando del diritto d'azione.

Si tratta di una tesi non nuova.

Si deve ad una opera di Schönke (nei cui confronti si ricordi la nota recensione critica di Allorio) il collegamento tra il bisogno di tutela giuridica e lo scopo del processo. Quest'ultimo, collettivamente ricostruito in aperta polemica con la tradizionale concezione liberale, faceva del concetto di “meritevolezza della tutela” una categoria elastica e sfuggente (anche al di là degli estremismi della giurisprudenza nazionalsocialista), attraverso la quale il giudice avrebbe potuto negare tutela a condotte considerate teleologicamente non congrue rispetto allo scopo attribuito al processo (33).

Più di recente, nella dottrina italiana, spunti per una simile concezione dell'interesse a ricorrere sono rinvenibili nella nota monografia di Sassani sull'interesse ad agire.

La tesi di Ghirga ha ricevuto, a mio sommo avviso a ragione, più rilievi critici che consensi.

Intanto, si è ancora evidenziata la difficile intercambiabilità fra buona fede ed abuso del diritto, spesso fonte di fraintendimenti.

Con riguardo a tale profilo, mi è sembrato utile approfondire il tema dell'*exceptio doli generalis*, e mi è parso che tale “istituto” di conio giurisprudenziale sembra attualmente sovrapporsi a quella, discussa, concezione della buona fede come clausola protesa a limitare funzionalmente le pretese del creditore, e in

generale, anche grazie all'art. 2 Cost., l'intero panorama dell'esercizio dei diritti.

In tal senso, peraltro, finiscono per confondersi anche *exceptio doli generalis* e abuso del diritto, che a sua volta incarna in modo sempre più accentuato quest'accezione valutativo/correttiva della buona fede.

Da qui, infine, l'ulteriore passaggio alla categoria dell'abuso del processo: la buona fede penetra *nel* processo, in tal senso, "sfruttando" le potenzialità — spesso eversive — insite nella figura inespressa dell'*exceptio doli generalis*. Si spiega anche così perché una delle "figure sintomatiche" oggi più ricorrenti impiegate dalla giurisprudenza, non solo nostrana, per individuare l'abuso del processo sia rappresentata dal divieto di *venire contra factum proprium*, principio a sua volta tradizionalmente considerato come concreta manifestazione dell'*exceptio doli generalis*.

Tale trasformazione si riflette anche sull'aspetto rimediabile, là dove, come dimostra l'emblematico esempio del recesso *ad nutum*, si è passati da una giurisprudenza che era originariamente ferma nel riconoscere il solo rimedio risarcitorio, escludendo tutele di tipo reale, ad una giurisprudenza che ritiene che dall'esercizio contrario ai doveri di buona fede e correttezza del diritto di recesso *ad nutum* possa anche derivare, per la parte che l'ha esercitato, la possibilità di vedersi dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto.

Poi, si è messo in luce il problema dell'aleatorietà della clausola generale "abuso del processo", e quindi la sostanziale perdita di certezza, ed il rischio di autoritarismo giudiziario e di inammissibile sacrificio del diritto di difesa in nome di esigenze tenuamente connesse all'amministrazione della giustizia (34).

C'è inoltre la questione del *chi* istituzionalmente, nel nostro assetto costituzionale, sia chiamato ad effettuare tali scelte di *policy* che, in quanto "macrogiudiziarie", non possono essere lasciate all'iniziativa del singolo giudice (35).

Un'acuta analisi critica ha altresì messo in luce come la ricostruzione in esame, oltre a fare un uso disinvolto ed inaccettabile dell'interpretazione costituzionalmente orientata, radicalizzi ed esaspera la strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, segnando così un'involuzione nello studio dell'azione e dei suoi rapporti con il processo (36).

Più di recente, poi, la teoria dell'azione ha assunto un "tono" costituzionale (37), a mio avviso del tutto incompatibile con la concezione della "meritevolezza della tutela", nonostante i tentativi di far prevalere, nel "gioco" del bilanciamento, la versione efficientistica del giusto processo.

Quel che è parso utile evidenziare, invece, è che tale ricostruzione ha trovato un riconoscimento costituzionale nel combinato disposto, più che dell'art. 100 c.p.c. e degli artt. 111 Cost. o 6 Cedu, degli artt. 24 e 3 Cost., ovvero degli artt. 24, 1 e 2 Cost., là dove si è sancita la piena funzionalizzazione dell'azione non già ad esigenze "macrogiudiziarie", ma alla tutela delle posizioni soggettive del diritto sostanziale, inserendo peraltro il diritto in questione nel catalogo dei diritti inviolabili esercizio della sovranità.

Nonostante ciò, tale impostazione sembra attecchire anche nella più recente giurisprudenza amministrativa, la quale, indicando gli elementi costitutivi dell'interesse a ricorrere, inizia a richiedere, fra l'altro, che si debba «*escludere che l'utilizzo del processo amministrativo si traduca in un abuso del mezzo giurisdizionale*» (38).

Peraltro, bisogna notare come tale declinazione dell'interesse a ricorrere sembri richiamare la tematica dell'interesse c.d. "illegittimo", che, come vedremo, un certo rilievo ha avuto nel "passaggio" dall'abuso del procedimento all'abuso del processo amministrativo, e che oggi pare echeggiare in talune

impostazioni della giurisprudenza, di stampo oggettivistico, volte alla soluzione di delicate questioni processuali oggetto di intenso dibattito (mi riferisco al tema dell'ordine di esame dei motivi di ricorso).

8. Questa giurisprudenza sembra trasporre, in ambito giuridico, un modo di intendere il concetto di "giurisdizione" proprio di taluni studi di analisi economica del diritto, disciplina che, peraltro, non pare essere univoca sul punto.

L'imporsi di questo approccio marcatamente economicistico fa prevalere la visione "macrogiudiziaria" su quella "microgiudiziaria". Si ritiene, in buona sostanza, che anche l'efficienza nel singolo processo, l'unico rilevante nella visione "microgiudiziaria", sia in definitiva condizionata dall'andamento generale.

L'impostazione meno attenta a una visione d'insieme è coerente con la concezione che considera la giurisdizione esclusivamente come espressione di sovranità e garanzia dei diritti. In questa prospettiva la giurisdizione è funzione che può essere considerata senza costo e senza tempo. Si ritiene che questa concezione "astratta e statica" evochi un contesto sociale ormai superato, poiché oggi l'interesse si sposterebbe dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, che consenta di fare affidabili valutazioni ai fini della produzione (di beni o servizi) destinati allo scambio.

In una raffinata elaborazione (39), premesso che la giurisdizione non è più da concepire solo come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma anche — in primo luogo — come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia, di modo che la congruità della risposta al bisogno di tutela è una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, si individua nel principio di *proporzionalità* lo strumento concettuale in grado di consentire una risposta che unifichi la prospettiva del singolo processo (che chiama in causa il fattore legislativo) e quella dell'insieme dei processi (che riguarda il fattore delle risorse e il fattore culturale).

Si noti che tale principio avrebbe positiva vigenza se venisse codificato l'art. 0.8 (*Efficienza del processo civile*) dei principi fondamentali dei processi giurisdizionali del progetto di nuovo c.p.c. redatto da A. Proto Pisani: «È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi».

In ogni caso, appare evidente il legame fra inquadramento del processo come "servizio pubblico" e accresciuto impiego dell'argomento dell'abuso del processo (40); peraltro, la dottrina più consapevole (41), anche di recente collega talune note vicende che hanno determinato un'obsolescenza di molte norme processuali alle profonde trasformazioni subite dalla nozione di "giurisdizione", in origine legata al mito granitico della sovranità statale.

Si potrebbe richiamare l'ormai diffusa giurisprudenza della Cassazione che, sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata che fa leva su un unico carattere del giusto processo, la "ragionevole durata", disapplica molte regole processuali.

Emblematico, anche per le connessioni con la giurisprudenza amministrativa in tema di abuso e difetto di giurisdizione, il "trittico" del 2008 delle Sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., criticato da gran parte della dottrina civilprocessualistica, se non per l'esito cui porta (la sostanziale abrogazione dell'art. 37), per le poco ortodosse modalità attraverso cui vi perviene.

Si pensi, inoltre, all'attuale tendenza della stessa Cassazione ad utilizzare tali argomentazioni costituzionalmente orientate per estendere il concetto di "questione di giurisdizione" di cui all'art. 111

Cost., e quindi il proprio sindacato, non più esclusivamente sulla “giurisdizione” intesa quale distribuzione fra diversi ordini di giudici del potere di conoscere di date controversie, ma come « quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento ».

Sul punto, al di là della fattispecie attinente alla c.d. pregiudiziale amministrativa (42), può essere interessante notare come una recente sentenza (43), in una vicenda riguardante una serie di ricorsi incrociati proposti da tre imprese, risolta dal Consiglio di Stato applicando le regole derivanti da Ad. plen. n. 4/2011, ha ritenuto tale sentenza affetta da difetto di giurisdizione, in quanto fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di Giustizia. Tale sentenza, che sovverte un precedente (44) a sua volta perplesso, nella parte in cui pronuncia un *obiter dictum* contrario ad Ad. plen. n. 4/2011 pur non avendo dichiaratamente il potere di cassare quest'ultima per difetto di giurisdizione, sembra criticabile, per varie ragioni (45).

Queste rilevanti tendenze sembrano espressione di una “politica” giurisprudenziale della Cassazione che, seppure non sempre percepita nella sua portata rivoluzionaria, finisce per impoverire il contenuto precettivo dell'art. 25 Cost., 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”, poiché l'idea di fondo è che una decisione, quanto più rapida possibile, ci sia, a prescindere dal giudice che la rende (46).

Sennonché, di fronte a tali tendenze, si pongono immani problemi di fondo: la prevalenza di un principio su di una regola, a sua volta espressione di principi; la tendenza della Cassazione a farsi giudice di “terza istanza” anche su questioni che non potrebbero, a rigore, essere catalogate come “attinenti alla giurisdizione”. Il tema rientra nella questione dei limiti dell'interpretazione costituzionalmente orientata, come confermato dalla dinamica giurisprudenziale che ha portato all'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto della *translatio iudicii*: Sezioni unite — Corte costituzionale — legislatore.

Mi è parso che l'abuso del processo, specie in tema di giurisdizione, sia inquadrabile in tale dinamica e che la giurisprudenza amministrativa abbia raccolto dalle mani delle Sezioni unite una sorta di “staffetta manipolativa” della regola processuale (oggi art. 9 c.p.a.).

Peraltro, tale concezione di “giurisdizione” è ormai ben presente nella giurisprudenza amministrativa, anche al di là del tema dell'abuso. Si pensi a Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596 (sentenza “Consob”) che, nell'affermare il necessario condizionamento dell'appello incidentale proposto dalla parte totalmente vittoriosa relativo a questioni pregiudiziali, non esita, sulla base delle suddette evoluzioni della concezione di “giurisdizione”, a reputare ricompresa nel condizionamento anche la questione di giurisdizione sollevata con appello incidentale (47).

9. L'abuso del processo può essere proiezione dell'abuso del procedimento e degli obblighi di collaborazione che gravano non solo sulla p.a., ma anche sui privati.

Evidentemente la questione è stata già oggetto di ampi approfondimenti in dottrina (48), dove il principio di collaborazione procedimentale è stato inquadrato nell'ottica dei principi di correttezza, buona fede oggettiva, solidarietà, ed è stato quindi utilizzato per risolvere varie problematiche applicative, dalla responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione alla patologia del provvedimento amministrativo.

In giurisprudenza, poi, si è ad esempio affermato che sussisterebbe un obbligo di non contraddizione in capo al privato, posto che il principio di autoresponsabilità vige in ogni rapporto comunicativo che il cittadino intrattenga con l'amministrazione, sicché esso può comportare l'inammissibilità del ricorso in sede giurisdizionale per acquiescenza preventiva al provvedimento impugnato.

In base ad una non dissimile impostazione, in dottrina si è ritenuto che, anche in applicazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, il privato non potrebbe, in sede di impugnativa, proporre censure fondate su circostanze conosciute in precedenza e tuttavia mai adeguatamente rappresentate in sede di procedimento, pur essendosene avuta la possibilità.

Si è richiamata, in questi casi, l'antica figura romanistica dell'*exceptio doli generalis*, anch'essa oggetto di una recente riscoperta in giurisprudenza e in ampi settori della letteratura scientifica. Come detto, peraltro, anche questa figura in giurisprudenza viene accostata molto spesso alla buona fede ed all'abuso del diritto, senza approfondimenti dogmatici sul suo reale fondamento normativo.

Si pensi a un caso in cui si è dichiarata l'inammissibilità (per carenza di meritevolezza del sotteso interesse) di un ricorso mediante il quale il ricorrente censurava la legittimità della concessione edilizia rilasciata ai suoi vicini per ragioni sulla cui base il Comune aveva rilasciato analoga concessione allo stesso ricorrente.

A ben guardare esiste un autorevole precedente (Ad. plen. n. 1/1966) di reiezione di una doglianza avente ad oggetto l'affermazione dell'interesse all'annullamento di permessi rilasciati in zona vincolata, in sé fondata, ma sollevata da parte di un ricorrente che risulta egli stesso aver tratto profitto da tale situazione di illegittimità, con conseguente alterazione dell'interesse pubblico alla conservazione del vincolo (49).

Tali argomentazioni vengono quindi riprese dalla giurisprudenza e ricondotte, dal piano originario dei rapporti fra procedimento e processo, alle sole questioni di carattere strettamente processuale. Il riferimento, evidentemente, è al regime del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo, anche alla luce delle intervenute modifiche codicistiche.

La "processualizzazione" dell'abuso, che trova la sua matrice nel processo amministrativo in Adunanza plenaria n. 3 del 2011, alla stregua di quanto accaduto nei rapporti fra diritto e processo civile con la svolta giurisprudenziale in materia di frammentazione del credito, comporta però delle complicazioni ulteriori, ove calata nel solo settore processuale.

Se infatti nel primo caso possono porsi taluni dubbi con riferimento ai limiti di operatività della clausola di buona fede o, ad esempio, con riguardo a figure di incerta consistenza come l'acquiescenza preventiva, penetrato nel territorio del processo l'abuso porta con sé un potenziale destabilizzante specifico, come è avvenuto con riferimento al processo civile e, in parte, al processo penale.

10. Anche in nome di una malintesa istanza di effettività della tutela, oggi il processo amministrativo, nonostante l'impianto codicistico, tende a riassumere, seppure in forma aggiornata, nuove coloriture oggettive.

Tali fermenti, a mio avviso, vanno inquadrati nell'ambito della c.d. "procedimentalizzazione" del processo amministrativo nonché di un uso poco sorvegliato della clausola di "effettività" della tutela (50), che, sovente, portano ad un uso particolarmente disinvolto del principio di conversione delle azioni (art. 32, comma 2, c.p.a.), anche quando esso derivi da una precisa previsione normativa (art. 34, comma 3, c.p.a.).

Tutto ciò determina spesso un potenziale *vulnus* al principio della domanda, violando altresì la

garanzia costituzionale del diritto d'azione e la corrispondenza fra chiesto e pronunciato (51).

A titolo di mero esempio, e senza scendere in questa sede nel merito delle numerose osservazioni critiche che le sono state rivolte, si consideri la nota sentenza Cons. Stato, Sez. VI, n. 2755/2011, sul piano faunistico della Regione Puglia, che ha riconosciuto la potestà del g.a. di fissare una determinata posteriore decorrenza degli effetti della pronuncia di annullamento.

Si pensi, inoltre, a Cons. Stato, Sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, con cui è stata rimessa alla Plenaria la possibilità, in base a principi equitativi (proporzionalità, di cui non a caso si afferma la vigenza anche in sede giurisdizionale, giustizia del caso concreto, effettiva tutela) ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a., di non disporsi l'annullamento (anche se per vizio sostanziale: mancata predeterminazione dei criteri) e disporre in capo al ricorrente (che pure non l'ha chiesto) il solo risarcimento del danno, quando la pronuncia giurisdizionale (in materia di concorsi) sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, e cioè quando questi abbiano consolidato la scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto pregiudizievole sulla loro vite. Qui emerge la dequotazione di un vizio sostanziale (52), surrogata, in questa peculiare logica di “rapporto” da una tutela risarcitoria, peraltro neanche chiesta. Il tutto, si badi, sostenendo il richiamo all'art. 34, comma 3, c.p.a., già debole in sé in quanto officioso, e a maggior ragione perché sussiste un interesse all'annullamento (quantomeno in termini di *chance* e non di diretto conseguimento del bene della vita ci sarebbe) con — ben più rilevanti, e, in questo senso, a mio avviso discutibili — richiami a principi di giustizia del caso concreto, in cui il giudice si fa carico dei costi sociali della decisione, menzionando la sentenza n. 2755/2011: richiamo a sua volta improprio, in quanto essa, già discutibile in sé, rimane comunque nel perimetro della tutela costitutiva, senza riguardare i rapporti tra tutela d'annullamento e tutela risarcitoria, peraltro in caso di vizio sostanziale (53).

A volte la “logica” dell'abuso, pur senza essere direttamente richiamata, finisce per essere centrale nella ricostruzione pretoria di un istituto, specie nel caso in cui esso sia privo di un'espressa disciplina.

È quanto avviene, ad esempio, con riguardo alla presunta natura eccezionale e derogatoria dei ricorsi collettivi, che, come è noto, ha portato la giurisprudenza a individuare due requisiti di ammissibilità del ricorso stesso, uno d'ordine positivo (identità sostanziale e processuale in rapporto a domande giudiziali fondate sulle stesse ragioni difensive), l'altro d'ordine negativo (assenza di conflitto di interesse, anche potenziale). Stessa cosa accade nella giurisprudenza che limita l'ambito di applicazione dei ricorsi cumulativi derivanti da connessione soggettiva. Qui, ancor più chiaramente, si parla di necessità di “impedire l'elusione delle disposizioni fiscali, atteso che con il ricorso cumulativo il ricorrente chiede più pronunce giurisdizionali provvedendo, però, una sola volta al pagamento dei relativi tributi” (54).

Sul punto non sono mancate le critiche di attenta dottrina (55), che ha messo in luce la contraddittorietà di tali assunti rispetto ai principi di economia, efficienza e concentrazione processuale, nonché le confusioni giurisprudenziali tra litisconsorzio necessario e facoltativo, cui si accompagnano, peraltro, più ampie incertezze relative all'oggetto del processo, invocando giustamente sul punto un intervento del legislatore (anche al fine di evitare l'approccio casistico, foriero di ulteriore incertezza), non essendo sufficiente il rinvio esterno di cui all'art. 39 c.p.a. stante la riserva di legge processuale di cui all'art. 111, comma 2, Cost.

Molto interessante appare, poi, l'ultima ordinanza di remissione alla Plenaria in tema di ordine di esame dei motivi di ricorso (56).

La Quinta Sezione, quanto al caso in cui il ricorrente abbia espressamente subordinato i motivi,

aderisce ad una tesi della Quarta Sezione (n. 4827/2012), che, pur restando nell'alveo della impostazione tradizionale, ritiene, valorizzando l'alterità fra *causa petendi* e *petitum*, che la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione tesa alla ripetizione della gara non coincida con la domanda di annullamento dello stesso provvedimento finalizzata all'ottenimento dell'aggiudicazione della gara. Ciò in quanto, nell'ottica del giudizio "di spettanza", queste due domande « palesano una diversa ambizione in relazione alla futura azione dell'amministrazione come vincolata al giudicato ». In questa ipotesi, dunque, andrebbe rispettato l'ordine dei motivi formulato dal ricorrente.

Più complesso il caso in cui il ricorrente non abbia espressamente subordinato i motivi. Secondo la Quinta Sezione sul tema si affacciano due tesi. La prima, ripresa dalle Plenarie nn. 7 e 9 del 2014 in tema di rapporti fra ricorso principale e incidentale, porta a ritenere che, in assenza di un'esplicita graduazione dei motivi di ricorso, prevalga il criterio "cronologico" di manifestazione delle illegittimità in seno all'attività amministrativa. La seconda impostazione, invece, appare diretta manifestazione del principio dispositivo, e « massimizza gli effetti derivanti dall'introduzione nel processo amministrativo del c.d. giudizio di spettanza, poiché è con quest'ultimo che la tematica dell'ordine dei motivi ha assunto il massimo rilievo, mentre all'interno del processo amministrativo, inteso come giudizio meramente caducatorio presentava scarso rilievo ».

Può essere interessante notare come, secondo la Quinta Sezione, in caso di vincolo non esplicitato dal ricorrente, appare preferibile aderire alla tesi tradizionale, ritenendo che le domande siano state poste tutte contemporaneamente dal ricorrente. A tale conclusione si perviene impiegando un'argomentazione, come detto sempre più frequente nella giurisprudenza amministrativa, volta a sindacare la "meritevolezza" della tutela del ricorrente. Secondo i giudici, l'accoglimento della sola censura rivolta alla massimizzazione del risultato, che non sia stata espressamente indicata come pregiudiziale, determinerebbe « squilibri nell'uso del processo, che potrebbe condurre eventualmente a premiare posizioni non meritevoli di protezione e a possibili risultati paradossali ».

Questo per due ragioni: a) il bene della vita verrebbe riconosciuto in capo al concorrente che ha denunciato in primo grado l'irregolarità dell'intera procedura, sì da far ritenere che l'aggiudicazione non possa essere riconosciuta ad alcuno; b) il giudice dovrebbe escludere il risarcimento per equivalente della parte di appalto già eseguita, poiché il giudice valuterebbe che al ricorrente non sarebbe comunque spettata l'aggiudicazione della gara.

Tale modo di argomentare appare discutibile. Da esso traspare un impiego argomentativo, seppure qui non esplicitato, della formula "abuso" del processo, che invero non fa altro che avallare la tesi "oggettivista" che i giudici sposano per il caso in cui non vi sia espressa formulazione dei motivi. Non pare, infatti, che le cose cambino quando il ricorrente abbia espressamente subordinato la censura meno soddisfacente; anche in questo caso, infatti, si correrebbe il rischio di premiare colui nei cui confronti l'aggiudicazione non poteva essere legittimamente disposta.

Non sembra un caso che recente giurisprudenza (57), accedendo alla tesi tradizionale secondo la quale rientra nel potere del g.a., derivante dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico-giuridico, non alterabile dalla richiesta dell'interessato, ritenga, anche nei casi in cui il ricorrente abbia espressamente subordinato i motivi, che il soggetto privato non possa ritrarre dall'accoglimento della domanda utilità che non avrebbe potuto conseguire da un esercizio legittimo del potere amministrativo. Ciò in quanto si ritiene di leggere la tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost. in "armonia" coi principi di cui all'art. 97 Cost. Peraltro, una

ricostruzione in termini sostanzialistici dell'interesse legittimo non potrebbe essere spinta al punto di riconoscere a tale posizione giuridica possibilità di conseguimento di utilità superiori a quelle stesse che deriverebbero dall'esercizio legittimo del potere amministrativo. Secondo i giudici, inoltre, « quanto sin qui affermato non contraddice la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, posto che questa, teleologicamente orientata alla soddisfazione della posizione sostanziale, non può attribuire a chi ha esercitato il proprio diritto alla tutela giurisdizionale più di quanto il corretto (legittimo) esercizio del potere avrebbe potuto riconoscergli ». Può essere interessante notare, inoltre, come in tale impostazione, tutta protesa all'esaltazione dei poteri officiosi del giudice, non ci si preoccupa della possibilità di conciliare tale impostazioni coi poteri processuali delle altre parti del giudizio. In un'ottica tutta protesa a valorizzare la “meritevolezza” della tutela, e l'uso attento delle risorse giurisdizionali, anzi, la possibilità di ammettere il ricorso incidentale del controinteressato sul motivo condizionato appare stigmatizzabile, portando ad un preteso « effetto di moltiplicazione delle azioni ». Più in generale, si ritiene che l'ormai corrente enunciazione, nella giurisprudenza della Cassazione, del principio della ragione più liquida, imponga un nuovo approccio interpretativo con « la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logica-sistematica, con una soluzione pienamente rispondente alle esigenze di economia processuale e di celerità di giudizio ».

Mi pare, questa, un'emblematica dichiarazione di metodo, volta a privilegiare un'idea di effettività della tutela in cui l'interesse sostanziale del cittadino recede a fronte della cura dell'interesse pubblico versato in giudizio, a sua volta sempre più “interno” a quest'ultimo, come attestano i richiami — più o meno espliciti — a “stilemi” quali “meritevolezza della tutela”, “abuso del processo”, esigenze di economia processuale e di celerità di giudizio. Tali assunti appaiono discutibili, finendo tali super-interessi per legittimare un'esaltazione eccessiva dei poteri del giudice, là dove essi potrebbero meglio essere temperati con la valorizzazione di taluni istituti processuali più in linea con un processo soggettivo e di parti (es. ricorso incidentale della p.a. sul motivo condizionato).

Le argomentazioni dell'ord. n. 6204/2014 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato vengono sostanzialmente riprese, e sviluppate con interessanti rilievi, dalla recentissima Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5.

Dalla ordinanza di remissione viene ripresa la distinzione fra casi in cui i motivi di ricorso vengono espressamente graduati e casi in cui tale gradazione non vi sia, anche se (in parte) diversi sono gli argomenti attorno ai quali si fanno ruotare le diverse soluzioni date nelle due fattispecie quanto ai poteri del giudice.

La soluzione conforme all'orientamento espresso dall'ordinanza di remissione, nel caso di espressa graduazione dei motivi, viene tratta dalla vigenza nel processo amministrativo del principio della domanda, della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, e, più in generale, dall'eccezionalità e tassatività in questo sistema di casi di giurisdizione di diritto oggettivo (58). In questo contesto, si sostiene, la graduazione dei motivi vincola il giudice amministrativo sebbene la sua osservanza possa portare, in concreto, ad un risultato non in linea con la tutela piena dell'interesse pubblico o della legalità, fenomeno che si manifesta soprattutto, come noto, nelle controversie aventi ad oggetto procedure competitive o selettive.

Tutt'altro modello di giudizio sembra aversi nel caso di assenza della graduazione.

Si prospetta qui un modello di giudizio volto ad un completo controllo di legalità su tutti gli aspetti dell'azione amministrativa sottoposti al giudice, evocandosi il concetto di “abuso del processo” non tanto — come nella precedente ordinanza di remissione — con riferimento ai rischi della tutela dell'interesse “immeritevole” o “illegittimo”, quanto, in chiave più generale, perché nel processo amministrativo, come e

più che nello stesso giudizio civile, esisterebbe un “convitato di pietra”, rappresentato dall'interesse pubblico, interpretato in un duplice senso: *a*) come interesse generale della collettività ad una corretta gestione della cosa pubblica; *b*) come interesse alla corretta gestione del processo (risorsa scarsa), anche per le ripercussioni finanziarie che ricadono sulla collettività (59).

Il richiamo alla tematica dell'abuso, *sub specie* di non “meritevolezza” di tutela dell'interesse illegittimo, nell'ordinanza di remissione rendeva le cose più chiare, come si è detto, e più in linea con la stessa idea generale di tutela dell'interesse pubblico (anche *interno* al processo) che traspare anche dalla sentenza dell'Adunanza plenaria. Più chiare, si badi, non è detto più condivisibili.

Il punto è che appare fragile il fondamento da cui prende le mosse la Plenaria, peraltro sulla scia dell'ordinanza di remissione. Non è agevole, infatti, ravvisare la base teorica della distinzione fra espressa e non espressa graduazione dei motivi, a fronte di due modelli processuali profondamente diversi che da essa discendono. Pare a chi scrive, peraltro, che il secondo modello (mancata graduazione dei motivi) sia alla fine più “solido” (svelando così i persistenti caratteri oggettivi del processo amministrativo), nella parte in cui viene evocato (invero più nell'ordinanza di remissione che nella sentenza della Plenaria) l'interesse “illegittimo” e la priorità del vizio più grave, che autorizza anche l'assorbimento dei motivi più in linea con la tutela della pretesa sostanziale. In tale contesto, anche considerando quella che appare come un'iperprotezione del vizio di incompetenza, la sentenza della Plenaria pare sovente sottostimare le acquisizioni pluridecennali in tema di effetto conformativo della sentenza.

Si consideri, peraltro, il riferimento alle ragioni di “economia processuale”, le quali legittimerebbero una deroga all'ordine di esame delle censure, ammettendosi il rigetto del ricorso “in base alla ragione più liquida”, fatta salva soltanto la verifica della giurisdizione e della competenza.

Vero è che la Plenaria fa riferimento alle sole pronunce di rigetto e non di annullamento, per cui il problema legato all'effetto conformativo appare ridimensionato. Ma è anche vero che non è detto che questa impostazione restrittiva sarà in futuro rispettata dalla giurisprudenza amministrativa, considerato il rilievo che il “principio della ragione più liquida”, corollario del principio di economia processuale, ha nella più volte richiamata (dalla stessa Adunanza plenaria) sentenza Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242. Come è stato esattamente osservato (60), esso risulta oggi trasformato: da principio a sostegno della funzione giurisdizionale, diretto a garantirla in termini obiettivi e istituzionali (61), si presenta ormai come un corollario “della scarsità della risorsa-giustizia”, e perciò come un sotto-prodotto di esigenze fondamentalmente organizzative (62).

11. Anche nel processo amministrativo, dunque, si prospettano sempre più ampie tendenze in cui l'argomentazione del giudice appare *funzionale* al raggiungimento di un obiettivo più che all'interpretazione di una norma.

Il giudice amministrativo poi, con l'argomento retorico dell'abuso, si fa ulteriormente amministratore. Sicché si potrebbe dire che è proprio nel giudizio amministrativo che il concetto di abuso trova la sua sublimazione, sia per il carattere tipicamente pretorio della sua giurisprudenza, sia perché consente al giudice una sorta di valutazione pregiudiziale su un super-interesse pubblico sempre immanente: quello all'efficiente processo.

Il tutto si accresce, per un solo apparente paradosso, una volta qualificato il giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto; emblematica, sotto questo aspetto, ancora Adunanza plenaria n. 3/2011.

Ciò avviene anche attraverso il richiamo, più o meno espresso, della nuova esegesi della Cassazione sulla “giurisdizione” e il collegamento con la malintesa idea di effettività della tutela che, ancora per apparente paradosso, determina un ritorno alla giurisdizione oggettiva, nel senso che il giudice si fa sempre

più amministratore.

Attenta dottrina (63) ha inquadrato il fenomeno, a mio avviso correttamente, in un più generale potenziamento dei poteri del giudice, il quale, tramite l'abuso del diritto, può modulare la profondità del suo sindacato al fine di garantire l'*interesse generale* all'effettività, affermato dall'art. 1 c.p.a., che si nutre non solo della disponibilità concreta delle azioni e dei relativi rimedi, bensì anche dell'amministrazione di una giustizia rapida, efficace e lineare, in applicazione diffusa dell'art. 111 Cost. e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il tassello mancante di questo intricato mosaico sembra essere rappresentato dalla ricezione anche da parte del giudice amministrativo della giurisprudenza sull'abuso del processo fiorita negli ultimi anni nella giurisprudenza della Cassazione, nel contesto più generale di un uso disinvolto di principi e categorie civilistiche da parte del giudice amministrativo, che se ne appropria spesso *praeter legem*, peraltro per accreditare una soluzione speciale.

L'interesse oggettivo che viene tutelato, in questo caso, non è quello "esterno" della concorrenza e del mercato — che, come si è detto, ha spesso contribuito ad ampliare la legittimazione, oltre che i poteri del giudice (emblematico il rito in materia di appalti), anche se in potenziale contrasto coi caratteri del processo soggettivo e di parti, e che, peraltro, ha comunque modo di esplicitarsi nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di abuso di posizione dominante — ma quello "interno" dell'efficienza del processo in sé e dell'uso proporzionale delle risorse, quasi a titolo di compensazione rispetto all'affermarsi della suddetta complessa idea di effettività ed atipicità della tutela giurisdizionale.

Quanto all'appena richiamata giurisprudenza in tema di abuso di posizione dominante, essa pare inserirsi in quel filone giurisprudenziale della Corte di Giustizia che ha riconosciuto la possibilità che il ricorso al contenzioso da parte di un'impresa in posizione dominante nei confronti dei suoi concorrenti configuri condotta abusiva e sia qualificato come illecito *antitrust*. La Corte, nell'intento di restringere l'applicazione della clausola dell'abuso del processo e di renderla compatibile coi diritti di difesa e di accesso alla giustizia, ha richiesto la presenza di due requisiti: l'evidenza del carattere vessatorio dell'azione, non volta a tutelare i diritti dell'impresa, e l'inquadramento dell'azione in una più ampia strategia anticoncorrenziale.

Il Consiglio di Stato (64), infatti, ha confermato una sentenza del Tar Lazio, circa la legittimità del provvedimento con il quale l'Agcm accertava una situazione di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 TFUE, posto in essere tra il 2005 e l'inizio del 2010 dalla filiale italiana del gruppo industriale francese Saint-Gobain, con pregiudizio di un potenziale concorrente, Fassa s.p.a., nel mercato della produzione e commercializzazione dei pannelli di cartongesso, utilizzati in edilizia.

Il Consiglio di Stato, passati in rassegna i punti salienti del provvedimento impugnato, condivide la posizione dell'Agcm in merito alla sussistenza della situazione di dominanza della ricorrente nell'ambito del mercato in esame, ricavata da una serie di indici, quali la quota di mercato, il volume di vendite, il numero degli stabilimenti, la notorietà del marchio. Indi, viene confermato il carattere illecito e abusivo dei comportamenti contestati, in quanto riconducibili a una strategia escludente nei confronti del nuovo concorrente, anche considerando che la ricorrente, seppure non direttamente ma attraverso agricoltori legati ad essa in vario modo, aveva messo in atto diverse iniziative giudiziarie, sia civili che amministrative (dirette a contestare, rispettivamente, gli acquisti di terreni effettuati da Fassa s.p.a. e a impugnare gli strumenti urbanistici adottati dal Comune per consentirne l'attività).

La dottrina ha ben evidenziato i rischi insiti nel sovrapporre astratte petizioni di principio alle specificità dei singoli casi, soprattutto con riferimento ad un preteso uso distorto e strumentale del diritto di difesa, costituzionalmente tutelato, nel processo (65).

Si pone il problema di un possibile rapporto conflittuale tra disciplina *antitrust* ed altre discipline, anche generali, come il diritto amministrativo *tout court*. In tal senso si è osservato che la possibilità di qualificare la partecipazione al procedimento come illecita sotto il profilo *antitrust* ha bisogno di una specifica dimostrazione e giustificazione, e non può essere oggetto di presunzioni, in quanto ha l'effetto di limitare un diritto generale. Sicché: *a)* il regime della prova dovrebbe essere particolarmente rigoroso; *b)* la centralità dell'effetto anticompetitivo richiede una dimostrazione specifica ed accurata del nesso di causalità (diversamente si violerebbe il principio di colpevolezza), specie nell'ambito di un procedimento che comporti l'esercizio di discrezionalità; *c)* nei casi in cui la condotta dell'impresa sia disciplinata da una norma, generale o speciale, non può configurarsi illecito *antitrust* se non sussiste anche una violazione di quella norma. Il rispetto di quest'ultima condizione appare necessario se si vuole evitare che il diritto *antitrust* operi come una sorta di «superdiritto», in grado di marginalizzare le regole del diritto amministrativo e di eludere, per altro verso, il principio di certezza del diritto (66).

12. Queste sono le ragioni profonde che mi hanno indotto a ritenere che il modo in cui l'abuso del processo amministrativo fosse stato trattato dalla (poca, pur se autorevole) precedente dottrina che ha affrontato il tema andasse sotto certi aspetti aggiornato, sotto altri addirittura rivisitato.

Tradizionalmente, infatti, il taglio dell'indagine ha riguardato per un verso soprattutto i rapporti fra procedimento e processo, ed è stato declinato essenzialmente nel quadro della configurazione delle forme di responsabilità del privato per informazioni incomplete, inesatte o non veritiere, ovvero di casi di acquiescenza "preventiva", per altro verso si è avuta l'analisi critica di alcuni usi *deviati* del processo, consentiti dalla normativa previgente, come noto risalente, disorganica e frammentaria.

Si pensi, paradigmaticamente, all'abuso della tutela cautelare ed alla nuova disciplina, in tema di competenza territoriale, volta a contrastarlo.

È raro, quindi, leggere osservazioni critiche come quelle sinora svolte, che sono debitorie dell'impostazione generale qui adottata, ove non si trascura l'apporto non semplicemente del civilprocessualista, ma anche, e se possibile *prima*, del civilista, del costituzionalista e del teorico del diritto.

Peraltro, non sembra un caso che la dottrina che ha trattato il tema dell'abuso del processo amministrativo prima del c.p.a. (67), ritornata più di recente sulla questione ha impostato il discorso in modo affatto differente, e più vicino all'impostazione qui adottata, relativa alle pratiche discorsive della giurisprudenza (68).

L'idea di fondo, in tal senso, è che mentre l'abuso del diritto ha come riferimento l'autonomia del soggetto, che si esprime nell'attività negoziale (nella quale, peraltro, si è mostrato il progressivo slittamento da forme di tutela risarcitoria a forme di tutela reale, a causa dell'evoluzione della clausola di buona fede), nel processo l'autonomia si esprime con atti che hanno una diversa portata e che si estrinsecano in una richiesta rivolta al giudice per provocare un provvedimento, che a sua volta produrrà effetti nei confronti della controparte.

Inoltre, come si è già osservato, tali impostazioni, oltre a fare un uso disinvolto ed inaccettabile dell'interpretazione costituzionalmente orientata, radicalizzano ed esasperano la strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, segnando così un'involuzione nello studio dell'azione e dei suoi rapporti con il processo.

Ciò pare un dato inconfutabile, almeno in mancanza di disposizioni positive che autorizzino a ciò, come avviene in altri Paesi (di *civil law*), ovvero, in mancanza di una giurisprudenza ricompresa tra le fonti del diritto e di un'organizzazione giudiziaria completamente diversa dalla nostra (come nei Paesi di *common law*).

Al contrario nel nostro ordinamento esiste una riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost., che è riserva anche con riguardo al principio della ragionevole durata del processo, ed inoltre ogni deviazione rispetto ai rigidi limiti in termini di *tipicità* della tutela discendenti dall'art. 113 Cost. è ammissibile solo se effettuata dal nostro legislatore, soggetto peraltro al sindacato della Corte costituzionale.

Peraltro, che il giudice sia soggetto soltanto alla legge (art. 101 Cost.) significa che nessun'altra istanza può pretendere di assoggettarlo; ma significa, prima di tutto, che il giudice è soggetto alla legge. Ciò segna un limite alla libertà dell'interpretazione giudiziale. Osservazione questa, che sembra ovvia, ma che viene giustamente ribadita da chi lucidamente osserva tendenze di segno opposto, volte a svincolare l'interprete — e principalmente il giudice — dalla lettera della legge sul presupposto della relatività di ogni interpretazione, ovvero che assegnano al giudice il compito di giudicare per principi (costituzionali, etico-politici, morali, etc.), con l'effetto di forzare il contenuto delle norme da applicare (69).

Sul punto, sono consapevole di come autorevole dottrina amministrativistica (70) tenda a ridimensionare la portata della suddetta riserva di legge. D'altra parte mi trovo concorde con la più recente dottrina costituzionalistica (71), che ritiene che la riserva di legge in materia processuale, sia pure da non intendersi in modo così rigoroso e pervasivo da soffocare ogni margine di discrezionalità giudiziale, riveli un'opzione decisa a favore della cultura della predeterminazione della regola astratta e non ammetta per la conduzione del processo la soluzione opposta del *case management*, che abilita il giudice a spaziare discrezionalmente e occasionalmente nelle maglie lasciate aperte da una griglia di principi. Il problema, oltre che di teoria dell'interpretazione, è anche organizzativo/istituzionale: la scelta operata dal sistema processuale anglo-americano, che pure è la culla del *due process of law*, deriva dal diverso — e ineluttabilmente maggiore — credito che nelle famiglie giuridiche di *common law* viene tradizionalmente tributato all'operato del giudice.

13. L'abuso del diritto, che “diviene” abuso del processo, penetra nella giurisprudenza amministrativa con la nota Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011, in tema di sindacabilità delle condotte processuali ai fini dell'evitabilità del danno di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.

In quella sede i giudici si sono, fra l'altro, a lungo soffermati sull'istituto in esame, ritenendo di potervi ricondurre la scelta positiva effettuata con l'art. 30, comma 3, c.p.a., ove si stabilisce che il giudice, nel determinare il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Nella motivazione della sentenza il mancato esperimento dell'azione di annullamento (precedentemente o contestualmente all'azione risarcitoria) viene ritenuto condotta processualmente scorretta: «la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (...), oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve anche in abuso dello stesso ed in una violazione del canone del giusto processo».

L'abuso del diritto “si fa” integralmente abuso del processo amministrativo nel recente orientamento giurisprudenziale che, partendo dalla discussa giurisprudenza “creativa” della Cassazione in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione, poi “recepita” per il processo amministrativo all'art. 9 c.p.a., e disattendendo un indirizzo precedente, che aveva ammesso l'appello proposto dal ricorrente in primo grado (rimasto soccombente per motivi di merito) per far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritiene che l'eccezione relativa al difetto di giurisdizione non sia proponibile dalla parte che

in primo grado aveva esperito ricorso davanti al giudice amministrativo.

Tale giurisprudenza si fonda essenzialmente su due argomenti: la disciplina del difetto di giurisdizione introdotta dall'art. 9 c.p.a. e i principi di correttezza e affidamento nell'esercizio del diritto d'azione.

Da notare che tale orientamento giurisprudenziale prende il via in un caso in cui il difetto di giurisdizione in appello veniva eccepito con semplice memoria, seppure notificata, mentre in casi successivi la censura di difetto di giurisdizione veniva proposta con atto di appello.

Non si tratta di un mero tecnicismo ma di una differenza, come si è visto, di non poco momento, posto che da essa emerge come l'argomento dell'abuso, da mero orpello retorico/rafforzativo, tenda a divenire espediente attraverso cui una regola (o un intero istituto) processuale viene re-interpretata.

Infine (ma nel lavoro sono stati fatti tanti altri esempi, a conferma della capacità pervasiva dello "stilema"), ha fatto molto discutere una sentenza breve relativa a un caso di impugnativa del giudizio di non idoneità in un *test* psico-attitudinale in un concorso per il reclutamento di allievi finanziari della Guardia di Finanza.

Quel che qui conta comunque evidenziare è che nelle fattispecie giurisprudenziali considerate vi è limitazione, per via giurisprudenziale, della tutela, non certo ampliamento.

Emblematica la parabola del principio di proporzionalità, da principio che amplia il controllo sul potere dell'amministrazione a principio che, inteso come proporzionalità *nel processo*, determina forti ingerenze del giudice nelle scelte processuali, sin dall'esercizio dell'azione (72). Inoltre, si fanno ancora più critiche questioni come l'indipendenza e la terzietà del giudice; peraltro in questo caso, guardando all'assetto del processo amministrativo, si va a toccare un *nervo scoperto*.

Come detto, in molti casi, il giudice finisce, in applicazione di principi, per disapplicare la regola, a sua volta spesso applicazione di altri principi.

Peraltro ciò viene fatto, come accade anche nella giurisprudenza civile e penale sull'abuso del processo, richiamando, spesso impropriamente, precedenti che poco o punto hanno a che fare con la fattispecie in concreto esaminata.

In tal modo è stato anche favorito il transito dell'abuso dal dato meramente sostanziale a quello strettamente processuale; senonché i due ambienti non si prestano a facili sovrapposizioni, come dimostra il potenziale *vulnus* inferto da questi argomenti alla concezione astratta dell'azione e l'idea di una funzionalizzazione (meritevolezza) della tutela giurisdizionale.

Peraltro, l'abuso viene riscontrato non in modo diretto, ma attraverso il richiamo a "figure sintomatiche", come il divieto di *venire contra factum proprium*, anch'esse di difficile collocazione sistematica e potenzialmente destabilizzanti per la certezza delle regole processuali.

Si tratta di una tendenza probabilmente figlia dell'argomentazione "topica" per *Fallgruppen*, propria dell'applicazione giurisprudenziale delle clausole generali, che però sovente finisce per essere fuorviante, abbinandosi peraltro al richiamo all'abuso del processo, che di per sé — come si è visto — non è istituto (dell'ordine conformativo) ma argomento (dell'ordine valutativo) che agevola la disapplicazione della regola sulla base di principi, se non addirittura di più generici "valori".

14. Ma torniamo per un momento alla casistica sopra indicata.

Non pare che in caso di riproposizione della questione di giurisdizione con atto di appello, la parte vincitrice soccombente nel merito in primo grado violi l'art. 9 c.p.a. (73).

Diverso è il caso, peraltro proprio della prima svolta giurisprudenziale, in cui l'eccezione sia stata presentata con semplice memoria (74).

Qui si mostra plasticamente come il precedente non venga richiamato in modo congruo. In questi casi, inoltre, l'argomento dell'abuso del processo serve ad occultare la differenza del precedente.

Si coglie qui un duplice problema di teoria dell'interpretazione.

Non solo, come si è detto, il richiamo all'abuso non ha niente a che vedere con l'interpretazione analogica, anzi, ne altera i tratti fondamentali.

Di più. In molti casi, e quello in questione appare emblematico, il vincolo al precedente, ormai sempre più radicato anche nella giurisprudenza amministrativa (arg. ex art. 99 c.p.a.) (75), opera come “nemico” (76), per la tipica mancanza di libertà che colui che segue un precedente percepisce nello scegliere quel precedente, specie ove la certezza del diritto sia intesa non già — e non tanto — come fatto (cioè l'uguaglianza), ma come valore che debba coincidere con la correttezza delle decisioni, in modo che venga attuato il programma assiologico dell'ordinamento, connaturato essenzialmente nel principio di legalità (77).

Come è stato evidenziato da un chiaro Autore, peraltro particolarmente sensibile al tema dell'efficienza della giustizia civile, e che aveva in passato espresso chiaramente l'esigenza di superare l'art. 37 c.p.c., l'esperimento dell'impugnazione ordinaria è proprio il *solo* mezzo per impedire la formazione del giudicato interno sulla questione di giurisdizione (78). Sicché non si comprende questa discriminazione rispetto ad un rimedio facoltativo come il regolamento preventivo di giurisdizione, che, per costante orientamento delle Sezioni unite, può essere proposto anche dall'attore, quantunque né il convenuto né il giudice abbiano sollevato la relativa questione, potendovi avere interesse, dimostrando di nutrire un dubbio ragionevole.

Neanche appare risolutiva l'osservazione secondo cui l'appellante non ha mosso alcuna contestazione di merito alla sentenza appellata. Ne sono prova evidente una serie di recenti sentenze che riguardano questioni in cui in appello sono state proposte anche contestazioni in merito e il difetto di giurisdizione è stato prospettato in via subordinata (79).

Semmai tale aspetto avrebbe dovuto, in modo più plausibile, portare al rigetto nel merito dell'impugnazione; invece, l'aver fatto ricorso alla categoria dell'inammissibilità induce il sospetto che il giudice ritenga che il primo giudice malamente abbia trattenuto la causa dinanzi a sé, rientrando la stessa nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario (80).

A me pare, infine, che sia possibile sostenere che l'attore, soccombente nel merito, abbia interesse ad impugnare per ottenere la sostituzione della pronuncia di rigetto con altra dello stesso segno a contenuto meramente processuale.

Il vantaggio è rappresentato, a fronte dell'incertezza e della variabilità della giurisprudenza in materia di giurisdizione, con possibile sopravvenienza — come in talune vicende qui esaminate è avvenuto — in pendenza del giudizio di primo grado, di un nuovo indirizzo giurisprudenziale, dalla possibilità di riproporre la domanda (81). *A fortiori* oggi, in cui l'impugnazione è proprio il modo per evitare la formazione del giudicato interno sulla questione di giurisdizione (82).

Nella richiamata ricostruzione, peraltro, si ammette la configurabilità del principio di

autoresponsabilità, il cui rilievo nella presente fattispecie è invece negato da più recente dottrina (83), ma comunque col limite rappresentato dalla rilevanza d'ufficio della violazione della norma di rito che ha permesso lo svolgimento del giudizio di merito (84).

D'altra parte, bisogna segnalare la recente Cass., Sez. un., 19 giugno 2014, n. 13940, che assume un atteggiamento più prudente e, soprattutto, nega automatismi nell'applicazione della clausola dell'abuso a danno del ricorrente che poi in appello censura il difetto di giurisdizione. Secondo la Cassazione nel caso di specie non sarebbe configurabile abuso del processo per due ragioni: a) l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in primo grado è stata coltivata da una delle parti resistenti, condotta che vale a giustificare il ripensamento e la necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione; b) nel ricorso di primo grado venivano contestati altri aspetti oltre alla questione dell'indennizzo (es. lo stesso affidamento del servizio, deciso dall'amministrazione sul presupposto che ricorressero le condizioni per la gestione *in house*); ma, se è così, l'aver adito il giudice amministrativo, sicuramente competente a conoscere delle altre domande, era ragione sufficiente a ritenere proponibile l'azione cumulativamente, senza che si possa addebitare il successivo ripensamento in sede di appello a una manifestazione di abuso del processo.

Pur apprezzando grandemente lo sforzo dei giudici di limitare nella fattispecie specifica il ricorso all'argomento dell'abuso (che invece era stato impiegato dal Consiglio di Stato per dichiarare inammissibile l'impugnazione, anche se poi, comunque, l'eccezione di difetto di giurisdizione era considerata comunque infondata, così come il merito dell'appello), non posso non obiettare come tale tendenza "casistica" allontani ulteriormente dall'agognato obiettivo della certezza delle regole processuali, a mio avviso perseguibile in forma più corretta attraverso una rigida interpretazione del vigente art. 9 c.p.a. (a meno che, *de iure condendo*, il legislatore non ritenga di dover modificare quanto ivi stabilito; il che, detto qui per inciso, potrebbe essere occasione per una più chiara formulazione della norma).

In ogni caso, la non omogeneità della vicenda processuale non può fare affermare una smentita da parte della Cassazione dell'impostazione seguita dal giudice amministrativo.

A riprova di ciò si consideri Cass., Sez. un., 14 maggio 2014, n. 10414. Nel caso in questione era stato proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica contro un provvedimento di decadenza dall'assegnazione da un alloggio di edilizia residenziale pubblica. Rigettato il ricorso straordinario, il ricorrente propone ricorso per Cassazione deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Le Sezioni unite, dopo aver premesso l'impostazione (85) sulla natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, ed ammesso la possibilità, trattandosi di decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, di sindacato ultimo delle Sezioni unite per motivi di giurisdizione ex art. 111, comma 8, Cost., pur in assenza di una disposizione come l'art. 9 c.p.a., che non riguarda il ricorso straordinario, ritengono, attraverso una discutibile interpretazione costituzionalmente orientata, di affermare la seguente regola: «La parte che abbia proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato allegando, come indefettibile presupposto, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che la parte intimata abbia esercitato l'opposizione ex art. 48 cod. proc. amm. né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo il regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione ex art. 111, comma 8, Cost., e art. 362 cod. proc. civ. avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito (come nella specie) — o esplicito — presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente».

La dinamica è molto interessante. Seppure non venga richiamato espressamente l'abuso del processo e il divieto di *venire contra factum proprium*, qui la logica "manipolativa", basata su un'esegesi

che porta alla prevalenza del principio di ragionevole durata su quello di precostituzione per legge del giudice naturale, prescinde dalla stessa norma — l'art. 9 c.p.a. — considerata inapplicabile nel caso di specie; sicché da quest'ultima se ne trae come la *ratio* di fondo, e nel far ciò si evoca (anche se espressamente non si richiama) la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato su abuso e giurisdizione che invece, come si sta tentando di dimostrare, si pone al di fuori della portata proprio dell'art. 9 c.p.a., alterando il significato del giudicato implicito.

Più corretta, a mio avviso, la soluzione adottata in una situazione simile (contestazione della giurisdizione per la prima volta in Cassazione da parte di ricorrenti in primo e secondo grado al giudice amministrativo) da Cass., Sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097, che ha ritenuto che la condotta processualmente incoerente possa determinare l'applicazione dell'art. 92, comma 1, c.p.c., secondo il quale il giudice, a prescindere dalla soccombenza può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 c.p.c., ha causato all'altra parte.

Anche in caso di pregiudiziale d'annullamento, il richiamo all'abuso del processo è funzionale a dare una lettura rigida, e invero poco condivisibile, dell'art. 30, comma 3, c.p.a.

E ciò, sia che si tratti di mero esercizio di “topica”, che costituisce meta-argomentazione volta a spiegare il superamento della tralaticia opinione giurisprudenziale e dottrinale secondo cui l'art. 1227, comma 2, c.c. non potrebbe mai implicare l'obbligo di esperire un'azione giudiziaria, sia che si tratti di argomentazione non condivisibile nel merito e non legislativamente consentita, nella parte in cui intende la rinuncia all'azione di annullamento come disarticolazione dell'unità sostanziale del rapporto.

Peraltro il richiamo all'abuso del processo, e in particolare alla vicenda dell'infrazionabilità della domanda, nelle pronunce della Cassazione porta ad una statuizione di inammissibilità e non di infondatezza della domanda nel merito, come dovrebbe invece oggi essere alla luce dell'art. 30, comma 3, c.p.a. (86).

Quanto alla vicenda del concorso nella Guardia di Finanza, da un lato bisogna osservare come nel caso di specie l'amministrazione sia stata indotta a tenere quel comportamento processuale da una non perspicua pronuncia cautelare del Consiglio di Stato, dall'altro che non sembra costituire esercizio improprio della difesa la scelta di non eseguire il *remand* cautelare per evitare di trovarsi di fronte ad una cessazione della materia del contendere e vanificare la fase di merito, purché il destinatario curi comunque di conservare la *res adhuc integra*. Diversamente si finirebbe con l'attribuire sempre all'ordinanza cautelare che impone un riesame un valore sostanzialmente definitivo, in contrasto con la nuova logica del c.p.a. (87). Senza considerare che nel caso di specie il ricorrente finisce per beneficiare di un'utilità senza aver superato i test psico-attitudinali.

Dinanzi a tali forzature, si condivide l'idea di chi ritiene che il modo in cui il servizio giudiziario è organizzato e il perseguimento della sua efficienza sia problema che riguarda essenzialmente il legislatore e non possa essere addossato sui singoli giudici: la dottrina classica ha sempre avvertito il tentativo di una lettura delle norme processuali secondo lo scopo o la funzione (88).

La lotta all'abuso è quindi primariamente un compito del legislatore o, al limite, della Corte costituzionale, più che del giudice. Altro discorso è che il legislatore degli ultimi anni, soprattutto con riguardo al processo civile, abbia peccato di eccessivo ed ingenuo “ultrariformismo”, spesso contraddicendo, o comunque rendendo meno efficaci, taluni provvedimenti, peraltro discutibili in sé stessi.

Diversamente il giudice (anche amministrativo) “amministra” un diritto fondamentale bilanciandolo con un interesse pubblico, violando i principi di terzietà e imparzialità, oltre che del giusto processo, rispetto al quale, in un “bilanciamento” con la ragionevole durata, deve prevalere l'aspetto dell'effettività della tutela.

Questo non significa certo che il giudice non debba, ex art. 88 c.p.c., perseguire l'abuso del processo, ma tramite sistemi di tutela risarcitoria o comunque fondati sulla ripartizione delle spese processuali, dunque muovendosi sul piano degli artt. 92 e 96 c.p.c., nonché dell'art. 26 c.p.a., con riguardo al processo amministrativo.

Peraltro, come è stato esattamente osservato (89), proprio il richiamo all'abuso come sanzionato dalle predette norme, implica, al di là della questione della corrispondenza o meno dell'abuso con la lite temeraria, che: *a*) occorre un accertamento del giudice nel merito, in quanto la sentenza di rito non è idonea ad accertare l'elemento oggettivo della fattispecie abusiva; *b*) occorre la prova della mala fede processuale o della colpa; elementi questi, che mancano nella sopra considerata giurisprudenza amministrativa fiorita sull'onda dei nuovi orientamenti della Cassazione.

Beninteso ciò non risolve tutte le questioni, poiché l'approccio panpubblicistico e funzionalista di cui si è dato conto può ripercuotersi sull'esegesi di norme quali l'art. 96, comma 3, c.p.c., come recentemente novellato, di cui a nostro avviso è preferibile, invece, una lettura in termini risarcitori più che sanzionatori, o che comunque "inglobi" nella categoria della responsabilità anche profili di deterrenza, anche se è sempre più ricorrente nella giurisprudenza il richiamo alla categoria nordamericana dei danni punitivi, o, comunque, un inquadramento ibrido e plurioffensivo, sia risarcitorio che, indirettamente, sanzionatorio e deterrente.

Discorso a parte merita l'art. 26 c.p.a. (oggetto, non a caso, di entrambi i correttivi al c.p.a., oltre che di un'ulteriore recentissima modifica): si pensi al richiamo al rispetto dei principi di chiarezza e sinteticità di cui all'art. 3, comma 2, c.p.c. o alla disposizione, di cui al secondo comma dell'art. 26, che prevede che il gettito della sanzione per lite temeraria vada versato al bilancio dello Stato, per essere riassegnato per spese di giustizia amministrativa.

A fronte del carattere fortemente aperto della prima (con rischi sul piano dell'eccessiva discrezionalità del giudice), e certamente oggettivo-sanzionatorio della seconda (con rischi anche sul piano dell'indipendenza del giudice), si sono messe in luce le persistenti criticità di tali norme, le possibili soluzioni, e se ne è invocato un impiego quanto più prudente possibile.

15. Sul delicato fronte delle sanzioni, quindi, si è dell'avviso che per evitare abusi e comportamenti scorretti vi siano già le disposizioni di cui agli artt. 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c., e, per quanto riguarda il processo amministrativo, l'art. 26 c.p.a.

Come ho già detto non mi soffermerò sulla nuova problematica disciplina di cui al novellato art. 26 c.p.a., da taluni considerato costituzionalmente illegittimo (90), né sul recente decreto del Presidente del Consiglio di Stato che disciplina la dimensione dei ricorsi e degli altri difensivi nel rito in materia di appalti, di cui agli artt. 120 ss. c.p.a., nella versione risultante a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 40, comma 1, lett. *a*), d.l. n. 90/2014, di cui pure la dottrina, paventando un'irragionevole prevalenza del principio di sinteticità sul diritto di difesa e sugli altri principi del "giusto processo", ha prospettato l'incostituzionalità (91).

Mi limito ad alcuni esempi, tratti dalla giurisprudenza, che, anche in questo caso, finisce per operare "oltre" il dato normativo, a sua volta in sé e per sé discutibile.

Un'ampia e argomentata pronuncia (92), pur essendo ormai vigente la riforma dell'art. 26, comma 1, c.p.a., e pur ritenendosi sovrabbondanti gli atti processuali, esclude che essi configurino ancora pienamente violazione del dovere di sinteticità, anche alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto.

Si noti, peraltro, come tale decisione sembri ammettere, in un *obiter*, la teorica possibilità di

cumulo sanzionatorio per la violazione dei principi di sinteticità e chiarezza: sia ex art. 26, comma 1, c.p.a., in combinato disposto con l'art. 96, comma 3, c.p.c., che ex art. 26, comma 2, c.p.a.

Ma tale assunto si rivela per più versi discutibile (93).

In tal senso, la sentenza finisce per ampliare la nozione di abuso del processo, rielaborata a fronte dell'esigenza che venga sempre e comunque assicurata l'integrità del sistema-giustizia e onorato il principio di ragionevole durata e del giusto processo. Ne consegue che atti processuali abusivi divengono oggetto di stigmatizzazione sotto due profili: l'autore è assoggettato all'obbligo di risarcimento dei danni in favore dell'altra parte ed è altresì assoggettato ad una vera e propria sanzione-pena pecuniaria in favore dell'erario.

Ciò a dimostrazione di come il rischio di uno "sproporzionato" cumulo non sia affatto scongiurato, nell'ottica di una persistente visione giurisprudenziale di un carattere plurioffensivo dell'abuso del processo, questa volta legato alla violazione dei principi di chiarezza e sinteticità.

Inoltre, sotto un profilo dogmatico, tale impostazione determina lo spostamento della *quaestio* dal piano dell'esercizio della giurisdizione, di cui agli artt. 103 ss. Cost., a quello dell'organizzazione del funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, di cui all'art. 110 Cost.

Anche in questo caso, quindi, la giurisprudenza, nel richiamare l'abuso del processo, e soprattutto la sua declinazione in senso pubblicistico (ragionevole durata/risorsa scarsa), finisce per alterare il dato normativo, ossia la lettera dell'art. 26 c.p.a., che riconduce la violazione dei doveri di sinteticità e chiarezza al solo riparto delle spese di lite, senza alcun riferimento all'art. 26, comma 2, c.p.a. (94).

La stessa sentenza, inoltre, dà un'interpretazione discutibile del carattere temerario della lite, richiesto dal primo correttivo al c.p.a. (art. 26, comma 2, come sostituito dal d. lgs. n. 195/2011).

Con tale modifica, infatti, sarebbe dovuto venir meno il rischio rappresentato dalla impropria "tutela" da parte della giurisprudenza dei propri orientamenti consolidati, posto che oggi la norma fa esclusivo riferimento al carattere temerario dell'azione o della difesa in giudizio.

E tuttavia i dubbi sembrano ineluttabilmente destinati a persistere poiché la giurisprudenza parla di «apparente» modificazione dei presupposti di applicabilità (95). Sicché il richiamo al carattere temerario dell'azione o della difesa finisce per rappresentare a sua volta una clausola generale che dà ampi margini di manovra al giudice, per cui il possibile *vulnus* al principio di legalità rimane fermo.

Non solo. Si ritiene (96) che, proprio al fine di limitare l'incertezza e il rischio di arbitrio, il giudice possa, o forse debba, utilizzare il precedente richiamo alle "ragioni manifeste" ed agli "orientamenti giurisprudenziali consolidati", magari unitamente ad altri elementi, come sintomi del carattere temerario della lite. Riferimenti questi che, scacciati dalla porta, finiscono per rientrare dalla finestra.

Segnalo, poi, che si sta facendo avanti un'interpretazione giurisprudenziale secondo cui la violazione del dovere di sinteticità consente al giudice di disporre l'integrale compensazione delle spese di lite, quando siffatta violazione risulti posta in essere dalla parte vittoriosa nel merito (97).

La questione è stata oggetto di diverse interpretazione da parte della dottrina (98). Certo il rischio è quello di trovarsi di fronte ad un massivo ricorso alla violazione del dovere di sinteticità degli atti per giustificare un "ritorno al passato", ossia per legittimare il ricorso alla compensazione delle spese sulla scorta di una motivazione spesso tautologica, non censurabile in sede di appello. Questo, ovviamente, quando si tratti di ricorsi che non rientrano nel rito appalti, per il quale esiste oggi una determinazione

quantitativa del principio di sinteticità e chiarezza (che, peraltro, a sua volta non esclude poteri discrezionali in capo al giudice).

Quanto a quest'ultimo profilo, e vengo all'ultimo esempio, la giurisprudenza ha anticipato lo stesso decreto del Presidente del Consiglio di Stato, fissando autonomamente l'ampiezza dell'atto processuale. È quanto avvenuto in Cons. giust. Amm. Reg. Sic. (ord. 536/2014) che, accertata la violazione del dovere di sinteticità e chiarezza dell'atto di appello, si premura di indicare alla parte quella che dovrà essere la lunghezza (nonché i criteri di redazione) della memoria da depositare quaranta giorni prima dell'udienza di merito.

16. Quanto ai casi di “abuso” del giudice, essi sono difficilmente sanzionabili con misure che vadano a colpire direttamente il comportamento o la decisione.

Si pensi al caso dell'assorbimento c.d. improprio dei motivi, ovvero di mancato rispetto della norma in tema di chiarezza e sinteticità degli atti per la quale, come si è visto, l'art. 26, comma 1, c.p.a. rinvia alle disposizioni in tema di spese del giudizio, che non riguardano il giudice.

Priva di sanzione appare pure un'eventuale violazione dei doveri di chiarezza e specificità nella stesura del provvedimento giurisdizionale da parte del giudice. La violazione dell'art. 88, comma 1, lett. d), c.p.a., infatti, non integra un'ipotesi di nullità della sentenza, né può definirsi sanzionatorio l'eventuale accoglimento di un'impugnazione proposta quale rimedio rispetto all'assorbimento improprio di alcuni motivi di ricorso.

Certo ci potranno essere margini per responsabilità sul piano disciplinare, come anche nel caso di omesso deposito del dispositivo di decisione ai sensi dell'art. 119 c.p.a. (*ex art. 23-bis* della legge Tar), ovvero di mancata o tardiva produzione degli atti del procedimento amministrativo a causa di omissione del giudice (art. 46 c.p.a.).

Senonché il fronte forse più rilevante appare oggi quello dell'“abuso dell'abuso del processo” da parte del giudice amministrativo.

Si fa riferimento, evidentemente, a rimedi nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato che in questa sede sono state giudicate “abnormi”, in quanto facenti uso improprio dell'argomento dell'abuso.

In tal senso, fermo restando che l'eccesso di potere giurisdizionale delle parti del processo dovrebbe essere sanzionato con misure che riguardano il loro comportamento e non ricadano sull'atto, vi sono invece margini per sanzionare l'eccesso di potere giurisdizionale da parte del giudice.

Ritengo, infatti, la tendenza della Cassazione ad ampliare le maglie dei limiti esterni della giurisdizione, più che nelle forme in cui si sta impropriamente manifestando, potrebbe essere più correttamente impiegata al fine di censurare casi di uso abnorme, e *praeter legem*, di poteri giurisdizionali (99), o che comportino vanificazioni del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale, magari a causa di un utilizzo improprio dell'argomento dell'abuso del processo, ovvero di istituti, quali il nuovo art. 96, comma 3, c.p.c. (e l'art. 26 c.p.a. per il processo amministrativo), impiegati con funzione *lato sensu* intimidatoria (100).

Questa mia idea è suffragata dalla ricostruzione sopra indicata, che vorrebbe un impiego, da parte del giudice, del principio di proporzionalità all'interno del processo. Ma, se questo è vero, la Cassazione dovrebbe avere la competenza di accertare il cattivo uso di questo potere, o addirittura il suo sviamento, comportante violazione dei limiti esterni della giurisdizione (101). Altro discorso per la giurisprudenza in tema di giurisdizione e abuso del processo per violazione del divieto di *venire contra factum proprium*: in tali casi, evidentemente, le Sezioni unite sono *naturaliter* competenti a dire l'ultima parola trattandosi di

questione attinente al riparto di giurisdizione.

Abstract: Il lavoro, riprendendo — in forma sintetica — ed aggiornando una precedente monografia dedicata al tema, è volto ad una verifica critica sulla pervasività, nella giurisprudenza teorica e in quella pratica, oltre che nelle politiche legislative orientate al contenimento dei “costi del processo”, della formula “abuso del processo”. In questo senso, esso non si limita ad esaminare profili più arati (ad es.: la tesi della meritevolezza della tutela; il rapporto fra regole processuali e principi e la progressiva obsolescenza delle prime rispetto alla ragionevole durata del processo; l'idea della giurisdizione come servizio pubblico/risorsa scarsa), ma prova a spaziare in ambiti (solo apparentemente) non toccati dal tema. Si pensi, tanto per fare alcuni esempi, alle sentenze “gemelle” delle Sezioni unite nn. 26242 e 26243 del 2014 in tema di impugnative negoziali, oppure alla recente giurisprudenza amministrativa in tema di abuso di posizione dominante. Lo sforzo è quello di tentare di dare una lettura quanto più possibile sistematica ed unitaria rispetto a tali tendenze (che sistematiche e unitarie non sembrano, pur nella loro progressiva ed impetuosa espansione), adottando un approccio metodologico fondato sulla centralità del diritto fondamentale di azione e difesa (art. 24 Cost.), nonché della riserva di legge processuale (art. 111 Cost.) e della subordinazione del giudice alla legge (art. 101 Cost.).

Le note non le vogliono più giustificate <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Note:

(*) Intervento al Convegno dell'Associazione degli studiosi del processo amministrativo, su Abuso del processo amministrativo?, Roma, 28 maggio 2015.

(1) G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, Napoli, 2015. Le note bibliografiche saranno limitate all'essenziale, e soprattutto a quanto già non indicato in monografia.

(2) Sul punto, ma con pertinenti osservazioni che vanno a toccare pure il discorso giurisprudenziale in tema di abuso del processo, v. F.G. Scoca, Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso, in questa Rivista, 2014, 1414 ss. Come è noto, TRGA, sez. Trento, ord. 29 gennaio 2014, n. 23 (in Giur. it., 2014, 2819, con nota di A. Crismani, I procedimenti giurisdizionali eccessivamente onerosi), ha rimesso all'esame della Corte di giustizia europea la seguente questione pregiudiziale di corretta interpretazione della normativa interna in rapporto a quella comunitaria sovraordinata: se i principi fissati dalla Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE e s.m.i., che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli artt. 13, commi 1-bis, 1-quater e 6-bis, e 14, comma 3-ter, del d.P.R. n. 115 del 2002 (come progressivamente novellato dagli interventi legislativi successivi) che hanno stabilito elevati importi di contributo unificato per l'accesso alla giustizia amministrativa in materia di contratti pubblici. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale, presentate il 7 maggio 2015, si propone alla Corte quanto segue: « La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata, interpretata alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dei principi di equivalenza e di effettività, non osta ad una normativa nazionale che stabilisce un tariffario di contributi unificati applicabile solo ai procedimenti amministrativi in materia di contratti pubblici, purché l'importo del tributo giudiziario non costituisca un ostacolo all'accesso della giustizia né renda l'esercizio del diritto al sindacato giurisdizionale in materia di appalti pubblici eccessivamente difficile. Non è compatibile con la direttiva 89/665, interpretata alla luce dell'art. 47 della Carta, la riscossione di più tributi giudiziari cumulativi in procedimenti giurisdizionali in cui un'impresa impugna la legittimità di un'unica procedura di aggiudicazione di un appalto ai sensi dell'art. 2, par. 1, lett. b) della direttiva 89/665, a meno che ciò possa

essere giustificato ai sensi dell'art. 52, par. 1, della Carta, il che deve essere valutato dal giudice nazionale del rinvio». La recente sentenza della Corte giust., Sez. V, 6 ottobre 2015 (causa C-61/14), non solo ha confermato le suddette conclusioni, ma le ha anche estese alla riscossione dei tributi giudiziali multipli e cumulativi: anch'essa, infatti, non è stata considerata in contrasto, in linea di principio, né con l'art. della direttiva 89/665, letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E, né con i principi di equivalenza e di effettività.

(3) Per una dettagliata rassegna giurisprudenziale, nonché relativa alle applicazioni legislative della formula, cfr. M.F. Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in Riv. dir. proc., 2015, 445 ss., la quale considera l'abuso del processo un istituto del diritto vivente, espressione di valori costituzionali, che si pone — allo stesso modo della ragionevole durata del giudizio — quale canone di interpretazione delle norme processuali, nonché quale formula utilizzata per giustificare la continua opera di riforma delle norme codicistiche.

(4) Non pare un caso che due recenti saggi sul tema si aprano con un inevitabile richiamo al libro di Lopez De Oñate. Entrambi mettono in luce il carattere schiettamente filosofico del lavoro (l'ascendenza dall'idealismo gentiliano), salvo poi assumere posizioni diametralmente opposte quanto all'attualità (e condivisibilità) dello stesso: nettamente critico il primo (con richiamo a un'altra recensione contenuta nella ristampa del 1968 (Milano), quella di F. Carnelutti, *La certezza del diritto* (1943), sostanzialmente adesivo il secondo, con un'attualizzazione volta a collegare la certezza del diritto alla calcolabilità weberiana, ed a mettere in guardia l'interprete dall'adesione incondizionata a un diritto ormai fondato sul solo momento soggettivistico-decisionista, sulla (schmittiana) "tirannia dei valori", sulla indiscriminata prevalenza della c.d. "creatività" giurisprudenziale. Si tratta rispettivamente di: P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*, in Giust. civ., 2014, 921 ss., e di N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, in Riv. dir. civ., 2015, 11 ss., la cui posizione mi appare, per una serie di ragioni che cercherò di evidenziare, maggiormente condivisibile. Per una convincente critica all'importazione di Frossi v. pure F. Corso, *Conclusioni*, in *Annuario Aipda 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 283 ss. Il dibattito è vivissimo anche nella letteratura d'oltreoceano, come testimonia, ad esempio, L. Alexander-K. Kress, *Una critica dei principi del diritto*, Napoli, 2014, ove una serrata critica all'abuso dei principi, che porta ad un eccessivo potere interpretativo del giudice, e quindi ad un basso livello di certezza del diritto e di prevedibilità delle soluzioni giudiziali dei conflitti.

(5) Sul tema degli "universi in disfacimento", nell'ambito di un interessante saggio di Law and Literature, cfr. M. Salazar, *Letteratura e diritto in Philip K. Dick. Note sparse su rapporto di minoranza*, in *Scritti sfaccendati su diritto e letteratura*, Milano, 2011, 127 ss.

(6) S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 120.

(7) Sul punto cfr., da ultimo, L. Rovelli, *Principi, clausole generali, concetti indeterminati nell'applicazione giurisprudenziale*, in www.giustiziacivile.com, editoriale del 16 aprile 2015, 8.

(8) Fondamentale, sul punto, G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, non a caso contenente, fra l'altro, anche uno scritto in tema di abuso del processo.

(9) A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, Pisa, 2012, 176-177.

(10) M. Orlandi, *Abuso del diritto e teoria della fonte*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit., 105 ss.

(11) A. Romano Tassone, *Sul problema dell'analogia nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 1 ss.

(12) Può essere interessante notare come di recente evidenzi tali aspetti un giurista notoriamente

aperto all'influenza dei principi generali nella trasformazione dell'ordinamento. Mi riferisco a G. Alpa, I principi generali. Una lettura giusrealistica, in *Giust. civ.*, 2014, 957 ss., spec. 966.

(13) G. D'Amico, Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva", in *Contratti*, 2014, 927 ss. Evidenza come un uso poco sorvegliato dei principi da parte degli interpreti, in particolare dei giudici, possa incidere sull'ambito di autonomia privata apportando limiti alla libertà contrattuale che il legislatore non aveva previsto, e che neppure il testo costituzionale consentirebbe, A. Cataudella, L'uso abusivo dei principi, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 749 ss.

(14) N. Irti, La crisi della fattispecie, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 ss.; Id., Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.; Id., Un diritto incalcolabile, cit.

(15) Esistono tuttavia altre correnti di pensiero, riconducibili al c.d. costituzionalismo garantista, o, se si vuole, al giuspositivismo moderato, che possono autorizzare conclusioni meno discutibili, in quanto meno eversive del sistema. Per un richiamo a tali impostazioni, condivise da chi scrive, v. M. Libertini, Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 360 ss.

(16) Cfr., sul punto, gli studi di G. Pino, Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.; Id., L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto, in *Ragion pratica*, 2005, 161 ss.; Id., L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso), in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006, 115 ss.

(17) P. Grossi, Sulla odierna "incertezza" del diritto, cit., passim.

(18) Cfr. M. Luciani, Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale, in www.astrid-online.it, specie con riferimento ai rapporti (talora contraddittori) fra l'efficienza, la speditezza processuale, il giusto processo, la certezza del diritto (con un'acuta difesa di quest'ultima, anche all'interno delle nuove coordinate dello Stato costituzionale di diritto, e connessa critica ad un'idea de-formalizzante dell'effettività della tutela).

(19) Da parte di Giovanni Verde, soprattutto nella raccolta di saggi richiamata supra, nota 8.

(20) Cfr. L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011, Bologna, 2012.

(21) Non è questa la sede per soffermarsi funditus sulla questione. Mi permetto di rinviare, ancora, a G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., cap. III, sez. II, § 12. Da ultimo, mette bene in luce i vari profili di criticità (confusione tra abuso del diritto e abuso del processo; visione unilaterale della buona fede e correttezza; inconferente richiamo al "giusto processo" ed al principio di ragionevole durata) insiti nell'idea del frazionamento del credito quale ipotesi paradigmatica di abuso del processo, C. Asprella, Il frazionamento del credito nel processo, Bari, 2015, 99-124. Per un simile approccio critico all'applicabilità, nel caso di specie, della categoria dell'abuso del processo, bollato come «ente sovranumerario», v. anche M. Fornaciari, Oggetto del processo e diritto sostanziale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 829 ss.

(22) Cfr., fra gli altri, G. Scarselli, Sul c.d. abuso del processo, in L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011, cit., 157 ss.

(23) Cfr. I. Pagni, Il "sistema" delle impugnazioni negoziali dopo le Sezioni Unite, in *Giur. it.*, 2015, 71 ss., spec. § 3.

(24) C. Consolo - F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, 225 ss., spec. § 5.

(25) C. Consolo - F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit., 232; V. Carbone, "Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto, in *Corr. giur.*, 2015, 88 ss., spec. 97.

(26) S. Pagliantini, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mò di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, 113 ss., spec. 124, nota 88.

(27) C. Consolo - F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit., 233.

(28) Da S. Pagliantini, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mò di bussola per rivedere Itaca*, cit., 122.

(29) Sul punto si v. le diverse posizioni di S. Pagliantini, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mò di bussola per rivedere Itaca*, cit., più benevola, e di A. Palmieri - R. Pardolesi, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, in *Foro it.*, 2015, I, 916, più critica.

(30) Più di recente, sulla stessa linea, cfr. *Cass. civ.*, 8 ottobre 2014, nn. 21284, 21285.

(31) *Cass.*, Sez. III, 3 marzo 2015, n. 4228. Emblematico il seguente passaggio della decisione: « Per tale ragione neppure appare fondato il sospetto che la lettura dell'art. 100 c.p.c. che la Corte ritiene di condividere si ponga in violazione dell'art. 24 Cost., che, tutelando il diritto d'azione, non esclude certamente che la legge possa richiedere, nelle controversie meramente patrimoniali, che per giustificare l'accesso al giudice il valore economico della pretesa debba superare una soglia minima di rilevanza, innanzi tutto economica e, quindi, anche giuridica. Poiché la giurisdizione è, notoriamente, risorsa statale limitata ben può la legge, esplicitamente o implicitamente [corsivo mio], limitare il ricorso al giudice per far valere pretese di natura meramente patrimoniale, tenendo anche conto che il numero delle azioni giudiziarie non può non influire, stante la limitatezza delle risorse disponibili, sulla durata ragionevole dei giudizi, che è bene protetto dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 della Cedu (...) ».

(32) *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.

(33) Il tema tocca la questione, molto dibattuta nella scienza civilprocessualistica (non solo italiana; oggi soprattutto ispanica), del binomio autorità-libertà nel processo, e più nello specifico dei poteri "direttivi" del giudice, e del loro incremento ai fini e di "moralizzazione" del processo e di "razionalizzazione" pubblicistica degli scopi fondamentali di questo. Ho dato conto di tali aspetti nella monografia richiamata in nota 1. Per un recente denso excursus storico e comparato v. L.P. Comoglio, «Moralizzazione» del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 131 ss.

(34) Ritengo colga nel segno quella filosofia del diritto che sottolinea come il giudice sembra evolvere da «bocca della legge», poi «bocca della società» e della Costituzione, infine a «bocca di se stesso», non più come profeta di un'ideologia di rinnovamento della società (uso alternativo del diritto) ma come mero segretario di una procedura, che si limita a «sistemare le cose»: P. Sommaggio, *La Ragione giuridica tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, Postilla in *Critica della ragion giuridica*, di A. Nieto, Milano, 2012, a cura e con postfazione di F. Cortese, 268.

(35) Si tratta di un profilo più volte rimarcato da Giovanni Verde, nella raccolta di saggi richiamata supra, nota 8, e non solo.

(36) Cfr. M. Marinelli, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, cit., spec. 85-86 (anche in nota 218).

(37) L.R. Perfetti, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004. Fra i costituzionalisti cfr. M. Esposito, *Iurisdictio in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 813 ss. Più di recente, quest'ultimo Autore ripropone tale lettura dell'art. 24 Cost. in critica a una decisione della Consulta in tema di leggi-provvedimento aventi carattere ad personam, così concludendo le sue riflessioni: « In ultimo, può dirsi che le conclusioni alle quali è giunta la Corte costituzionale segnalano l'urgenza di guardare al principio di legalità nella prospettiva del diritto d'azione, il cui sacrificio — che, come si accennava all'inizio, risulta con incalzante evidenza da quelle riforme legislative in forza delle quali lo Stato riduce la domanda di tutela (la vecchia domanda di attuazione della legge) ad una preghiera affinché venga concesso aiuto — va in parallelo, anticipandone forse gli sviluppi, con il generale decadimento dei diritti politici individuali, secondo una relazione di corrispondenza che risale molto addietro nella storia degli ordinamenti giuridici occidentali ». Così: M. Esposito, *Legge ad personam e garanzie giurisdizionali: la Consulta sceglie la via della fuga*, nota a *Corte cost.*, 10 ottobre 2014, n. 231, in *Giur. it.*, 2015, 182 ss., spec. 187, con pertinente richiamo a P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, 3, Tubinga, 1913, rist. 1964, Aalen, 373 ss., circa la rilevanza pubblicistica della disciplina delle condizioni di procedibilità e di ammissibilità della domanda.

(38) *Cons. Stato, Sez. V*, 15 luglio 2013, n. 3829; *Cons. Stato, Ad. plen.*, 25 febbraio 2014, n. 9, in tema di rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale; *Cons. Stato, Sez. V*, 27 marzo 2015, n. 1606, in tema di elezioni regionali in Lombardia, secondo cui « tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento o prolungamento del giudizio al fine di approdare, attraverso la riduzione dei tempi di giustizia, ad un processo che risulti anche giusto ma solo per chi effettivamente necessita della risposta di giustizia ».

(39) R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss.

(40) Cfr. A. Pajno, *Giustizia amministrativa ed economia*, in www.asdtrid-online.it. Più di recente sul tema v. anche S. Licciardello, *La giustizia amministrativa come servizio pubblico*, in questa *Rivista*, 2015, 797 ss.

(41) G. Verde, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss.

(42) *Cass., Sez. un.*, n. 24883/2008.

(43) *Cass., Sez. un.*, 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Giur. it.*, 2015, 939 ss., con nota di F. Dinelli-G. Palazzesi, *La tendenza all'estensione del sindacato per motivi di giurisdizione: una "innovativa conferma"*.

(44) *Cass., Sez. un.*, 21 giugno 2012, n. 10294.

(45) Se già discutibile, in sé, è apparsa a molti la nouvelle vague della Cassazione in tema di

violazione dei limiti esterni della giurisdizione («è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca»), in questo caso si fa un ulteriore passo avanti, là dove, nel dichiarato fine di perseguire l'interesse pubblico ad evitare che il provvedimento giurisdizionale si ponga in contrasto col diritto comunitario, ritiene la vicenda un "caso estremo" in cui l'eccesso di potere giurisdizionale andrebbe individuato nell'errore del g.a. tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia. A quanto consta, è la prima volta che un'errata interpretazione del diritto europeo da parte del Consiglio di Stato viene censurata come vizio di giurisdizione. Molto critico nei confronti di tale sentenza è R. Villata, *Finale di partita?*, in questa Rivista, 2015, spec. 844, il quale peraltro rileva come l'arresto delle Sezioni Unite non sia particolarmente innovativo, riguardando il caso di ricorsi reciprocamente escludenti per ragioni relative alla medesima fase di procedura.

(46) G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it.

(47) In tale pronuncia si statuisce che la disciplina del procedimento sanzionatorio contenuta nel regolamento Consob 21 marzo 2005, n. 15086, sebbene non presenti direttamente profili di contrasto con l'art. 6, par. 1, Cedu (anche alla luce della nota sentenza Grande Stevens), né con gli artt. 24 e 111 Cost., non risulta, tuttavia, conforme ai principi del contraddittorio, della piena conoscenza degli atti e della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie che, con specifico riferimento ai procedimenti di competenza della Consob, sono espressamente richiamati dalla legge nazionale (l. 28 dicembre 2005, n. 262). Ricostruzione ampia e ponderata, ma, si consenta la ruvidezza, inutiliter data (in tal senso, anch'essa censurabile come "spreco" della risorsa scarsa giustizia, a seguire la vulgata corrente, criticabile in generale, e ancor più nello specifico, là dove non pare applicarsi agli atti del giudice). E infatti, nella valutazione successiva dell'appello incidentale condizionato, pur respingendosi l'eccezione di difetto di giurisdizione (essendo oggetto del giudizio non già la sanzione amministrativa ma l'atto di natura regolamentare della Consob), si ritiene fondata l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse (essendo stato impugnato, appunto, il regolamento, là dove la lesione si attualizzerà soltanto se e quando verrà eventualmente inflitta la sanzione).

(48) Cfr. S. Tarullo, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008.

(49) Non pare un caso che tale pronuncia venga menzionata da un autore che prende una posizione favorevole alla tesi della non vincolatività per il giudice amministrativo dell'ordine dei motivi di ricorso formulati dalla parte (questione sulla quale v. infra § 10), nell'ambito di una più ampia descrizione del processo amministrativo compendiata nel seguente passaggio argomentativo: M. Magri, *L'ordine di esame dei motivi nel processo amministrativo*, nota adesiva a Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1068 ss., spec. 1077: «Davanti al giudice può quindi aver luogo, mediante un giudizio di ragionevolezza del sacrificio degli interessi collettivi, quel controllo del rapporto tra l'interesse generale e l'interesse particolare che può aver fatto difetto (anzi, è normale che così sia) in sede di allegazione dei motivi su cui si fonda il ricorso. Vista come attività devoluta alla giurisdizione amministrativa, la tutela degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione (art. 103 Cost.) sembrerebbe perdere i suoi connotati di giudizio su situazioni o posizioni soggettive, per assumere i contorni di una modalità o tecnica di tutela obbiettiva, che si realizza compiutamente solo con la imputazione della sentenza agli interessi della collettività: ossia con la salvaguardia dell'effetto utile (o perlomeno, non dannoso) della sentenza, anche per gli interessi collettivi che risultano lesi dal provvedimento illegittimo, oltre che l'interesse particolare perseguito dal ricorrente».

(50) Tale aspetto, sottolineato da accorta dottrina sia con riguardo al processo civile (G. Verde, Il difficile rapporto tra giudice e legge, cit., 133), che con riguardo a quello amministrativo (R. Villata, Giustizia amministrativa e giurisdizione unica, in Riv. dir. proc., 2014, 285 ss., spec. 292, nota 33), chiama in causa gli attuali rapporti fra giurisprudenza e dottrina, che vedono quest'ultima molto spesso (acriticamente) seguire piuttosto che orientare la prima. Si tratta, peraltro, di consapevolezza propria anche di autorevoli civilisti, i quali, fra l'altro, richiamano proprio il tema dell'abuso del diritto e la sentenza Cass. 18 settembre 2009, n. 20106: F.D. Busnelli, Verso una giurisprudenza che si fa dottrina. Considerazioni in margine al revirement della Cassazione sul danno da c.d. «nascita malformata», in Riv. dir. civ., 2013, 1519 ss., spec. 1527. Fra i costituzionalisti, da ultimo critica apertamente la subalternità della scienza giuridica rispetto alla giurisdizione, nell'ambito di un più ampio discorso a difesa della forma e della certezza del diritto, e contro certe derive sostanzialistiche e soggettivistiche del realismo giuridico e dell'ermeneutica, M. Luciani, Le salmerie della scienza giuridica, in www.rivistaaic.it, n. 2/2015.

(51) Cfr. F. Follieri, Qualificazione e conservazione dell'azione alla prova del principio della domanda, in questa Rivista, 2013, 173 ss.; L.R. Perfetti, Il cumulo di azioni nel processo amministrativo, in questa Rivista, 2014, 1261 ss.

(52) M. Mazzamuto, Dalla dequotazione dei vizi “formali” alla dequotazione dei vizi “sostanziali”, ovvero della dequotazione tout court della tutela costitutiva (a proposito di una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria), in www.giustamm.it.

(53) La recente Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4, ha ribaltato l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, affermando, fra l'altro, quanto segue: «Sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura».

(54) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537; più di recente cfr. Ad. plen. n. 5/2015, che parla espressamente di “abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato”.

(55) M. Ramajoli, Il cumulo soggettivo nel processo amministrativo, in questa Rivista, 2014, 1237 ss.

(56) Cons. Stato, Sez. V, ord. 22 dicembre 2014, n. 6204.

(57) Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 552.

(58) Vengono richiamate le recenti Ad. plen. n. 4/2015 e n. 9/2014. In dottrina cfr., da ultimo, L. Ferrara, Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi, in Dir. pubbl., 2014, 561 ss., spec. 566, il quale sottolinea come il principio di legalità e la sottoposizione del giudice alla legge escludano la possibilità di un giudice mediatore fra interessi, e, a fortiori, di un giudice che abbia come “stella polare” l'interesse pubblico, pur osservando come quest'ultimo venga costantemente richiamato nelle Relazioni dei Presidenti del Consiglio di Stato e dei Tribunali amministrativi regionali in occasione delle cerimonie di inaugurazione degli ultimi anni giudiziari.

(59) Sembra evocarsi qui il pensiero di un compianto Maestro, il quale ha ben descritto il modo in cui la rimodulazione di questo concetto di interesse pubblico “concreto” espliciti i suoi effetti sull'accresciuto ambito dei poteri del giudice amministrativo, con attenuazione del principio della domanda, anche (rectius: a fortiori) nel contesto del “nuovo” c.p.a., che si vorrebbe — in base alla comune

vulgata — improntato ai principi del processo soggettivo e di parti. Mi riferisco ad A. Romano Tassone, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel nuovo processo amministrativo*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, I, 2013, 461 ss.; Id., *Sui rapporti tra giudizio amministrativo ed interesse pubblico*, in *Annuario Aipda 2012*, Napoli, 2013, 243 ss. Su tali aspetti sia consentito il rinvio a G. Tropea, *Il processo amministrativo in trasformazione nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in pubblicazione.

(60) Da A. Travi, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo* (Osservazioni a Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, e 13 aprile 2015, n. 4), in *Foro it.*, 2015, III, 286 ss. Per un più articolato commento di Ad. Plen. n. 5/2015, sia consentito il rinvio a L.R. Perfetti-G. Tropea, *“Heart of darkness”: l’Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in pubblicazione in questa Rivista.

(61) Cfr. L.P. Comoglio, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1981.

(62) Su tale tendenza generale mi permetto di richiamare, ancora, G. Tropea, *L’abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., passim.

(63) F. Cortese, *Il giudice amministrativo e l’abuso del diritto*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 959 ss., spec. 966.

(64) Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2722.

(65) L. Torchia, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, 501 ss.

(66) L. Torchia, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, cit.

(67) N. Paolantonio, *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 1, 2008, 1 ss.

(68) N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell’abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

(69) Cfr. G. Corso, *Principio di legalità e interpretazione della legge*, Napoli, 2014, 63-64. Per un lucido affresco storico-comparato relativo alla progressiva rilevanza dei principi processuali, ma con la piena consapevolezza del rischio di derive illiberali nell’uso spregiudicato di essi, v. A. Panzarola, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 680 ss.

(70) F. Merusi, *Sul giusto processo amministrativo*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1353 ss.

(71) G. Sorrenti, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 807 ss.

(72) Si v. Cons. Stato, Sez. V, ord. n. 284/2015, cit., le cui argomentazioni non sono state accolte da Cons. Stato, Ad. plen., n. 4/2015.

(73) Così, invece, Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656.

(74) Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537.

(75) Sul tema, da ultimo, E. Follieri, *Lo stare decisis nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 17 ss.

(76) Per riprendere l’efficace immagine usata da F. Schauer, *Perché il precedente nel diritto (e altrove) non è interamente (e nemmeno sostanzialmente) questione di analogia*, in *L’analogia e il diritto. Antologia breve*, a cura di L. Pelliccioli e V. Velluzzi, Pisa, 2011, 111 ss.

(77) Cfr. F. Follieri, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo*

della vincolatività del precedente, in *Dir. amm.*, 2014, 265 ss.

(78) C. Consolo, Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile nel processo» e all'«abuso del diritto come argomento», in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1293.

(79) Cons. Stato, Sez. III, n. 1630/2014; Id., n. 1855/2015. Per un commento alla prima sentenza indicata nella presente nota mi permetto di rinviare al mio *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium* in tema di giurisdizione. Note critiche, in questa Rivista, 2015, 681 ss.

(80) G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit.

(81) L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 362.

(82) C. Consolo, Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile nel processo» e all'«abuso del diritto come argomento», cit., 1293.

(83) S. Menchini, Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 979 ss., del quale può essere utile riportare il seguente brano: «Non esiste, invece, un principio di autoresponsabilità, dal quale si possano trarre doveri di comportamento delle parti in giudizio, non stabiliti dalla legge, per ricavarne poi discipline sanzionatorie dei loro interessi; il richiamo ad un non meglio specificato criterio di autoresponsabilità processuale, non è in grado di giustificare l'introduzione di doveri e di obblighi per le parti, cui sono ricongiunte sanzioni, quante volte la sussistenza degli uni e delle altre non possa essere tratta, in modo non equivoco, da disposizioni normative» (1033).

(84) L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, cit., 363.

(85) Ormai consolidata: v. Cass., Sez. un., 6 settembre 2013, n. 20569; Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9.

(86) F.G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 988 ss., spec. § 10.

(87) M.A. Sandulli, *L'abuso di processo*, in *Diritto on line - Treccani*, www.treccani.it, 6.

(88) Di nuovo si allude al pensiero di Giovanni Verde. Si noti, peraltro, come tale caveat emerga anche negli scritti più recenti di quell'autorevole dottrina che, come si è detto, ha per prima elaborato i contorni della figura in Italia. Cfr. M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.

(89) N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, cit., § 4.

(90) Cfr., ad es., N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, cit., § 6.

(91) A. Panzarola, Sulla limitazione «d'autorità» del numero delle pagine degli atti giudiziari (art. 120, comma 6, cod. proc. amm.): l'ostacolo (insormontabile) del rispetto del diritto di difesa, in www.giustiziacivile.com, editoriale del 16 dicembre 2014. Entrando nel merito del Decreto del Presidente del Consiglio di Stato mi limito a due rilievi. Il primo attiene alla mancata menzione del ricorso incidentale fra gli atti assoggettati alla limitazione del numero di pagine (25 pagine) di cui al numero 2 del Decreto stesso. Si dubita che tale estensione possa aversi facendo rientrare il ricorso incidentale fra gli atti "introduttivi" del giudizio, e tantomeno nell'atto di costituzione. In ogni caso sul punto ci si aspetta

un'interpretazione estensiva della disposizione da parte della giurisprudenza, anche in ossequio a uno scontato principio di parità delle parti. Il secondo attiene al fatto che il Decreto non fuga incertezze applicative. Si pensi agli ampi margini decisionali che il giudice ha nel considerare possibile raddoppiare il numero delle pagine nei casi di cui alle lettere b) e c) del punto 10 (rispettivamente: “controversia [che] presenti questioni tecniche, giuridiche o di fatto particolarmente complesse...”, con una successiva esemplificazione di casi; “controversia [che] attenga ad interessi sostanziali perseguiti di particolare rilievo in relazione, esemplificativamente, allo stato economico della parte o a specifici valori morali”). Del resto, tale aspetto svela tutte le insidie sottese alla pretesa di individuare una volta per tutte l'estensione dell'atto processuale. Tale consapevolezza, peraltro, è presente anche nella stessa giurisprudenza, che, con riguardo all'ampiezza della sentenza, ha osservato: «L'essenza della sinteticità, prescritta nel codice di rito, non risiede nel numero delle pagine o delle righe in ogni pagina, ma nella proporzione tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e l'ampiezza dell'atto che le veicola. La sinteticità è, cioè, un concetto di relazione, che esprime una corretta proporzione tra due grandezze, da un lato, delle questioni da esaminare e, dall'altro, la consistenza dell'atto — ricorso, memoria o, infine, sentenza — chiamato ad esaminarle». Così Cons. Stato, Sez. III, 12 giugno 2015, n. 2900.

(92) Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3210, in *Giur. it.*, 2014, 148 ss., con nota di A. Giusti, Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo.

(93) Cfr. F. Cordopatri, La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo, in www.federalismi.it.

(94) Del resto, in alcune recenti sentenze la Cassazione è andata anche oltre, censurando con l'inammissibilità gli atti processuali non chiari o inutilmente prolissi. Cfr. Cass., Sez. lav., 30 settembre 2014, n. 17698; Cass., Sez. lav., 30 settembre 2014, n. 20589, in *Giur. it.*, 2015, 851 ss., con nota di C. Commandatore, Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo.

(95) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 3210/2013, cit.

(96) Così, ancora, Cons. Stato, Sez. V, n. 3210/2013, cit.

(97) Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 marzo 2014, n. 1361, in *Giur. it.*, 2014, con nota di S. Ingegnatti, Dovere di sinteticità e linea di confine tra atto prolisso ed atto esaustivo.

(98) Favorevole: R. De Nictolis, Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo, in www.giustizia-amministrativa.it, § 4; contrario: B. Capponi, Sulla “ragionevole brevità” degli atti processuali civili, in www.judicium.it, 13.

(99) Ed invero, quest'ultimo rimedio è stato del pari richiamato dalla dottrina per stigmatizzare quelle recenti posizioni giurisprudenziali che, in contrasto col principio di legalità/tipicità della tutela, quanto meno con riguardo all'azione di annullamento, hanno ritenuto di poter escludere che all'accertamento dell'illegittimità dell'atto faccia sempre e comunque seguito l'annullamento del medesimo. Cfr. A. Travi, Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e “non annullamento” dell'atto illegittimo, in *Urb. app.*, 2011, 939.

(100) G. Verde, Non disturbare il manovratore (a proposito di sospensione dell'espropriazione e di condanne punitive), in *Corr. giur.*, 2012, 818.

(101) È importante evidenziare come altro sia il discorso riguardante il modo in cui il principio di proporzionalità ha determinato, assieme al principio di effettività della tutela ed al concetto di full jurisdiction presente nella giurisprudenza Cedu, la ridefinizione (ergo: riduzione) del concetto di merito amministrativo e l'ampliamento dei margini di sindacabilità delle valutazioni tecnico-discrezionale dell'amministrazione. In questo contesto si comprendono le critiche della dottrina a quella giurisprudenza

della Cassazione che ha invece ritenuto di configurare un eccesso di potere giurisdizionale (Cass., Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312; contra, più di recente, Cass., Sez. un., 16 gennaio 2014, n. 774). Cfr. sul tema, da ultimo, V. Fanti, *Eccesso di potere giurisdizionale e principio di proporzionalità amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 871 ss. Sennonché in questi casi il principio di proporzionalità rileva nel senso di un ampliamento di tutela a favore del cittadino. Ben diverso il discorso relativo alla categoria della proporzionalità nel processo che, a mio avviso, oltre a comportare restrizione della tutela, attiene non già ai rapporti fra giurisdizione e amministrazione, ma all'eccesso di potere giurisdizionale potenzialmente configurabile in caso di sconfinamento nel campo dei poteri riservati agli organi legislativi, quando il giudice non applica una norma esistente, ma una norma da lui stesso creata, esercitando così un'attività di produzione normativa che non gli compete. Si è consapevoli di come la giurisprudenza ritenga che non vi sia tale tipo di eccesso di potere giurisdizionale qualora il Consiglio di Stato abbia ricercato la *voluntas legis* applicabile al caso concreto, anche se questa non sia stata desunta del tenore letterale delle singole disposizioni (cfr. Cass., Sez. un., 12 dicembre 2012, n. 22784), e tuttavia, per le ragioni esposte, si è dell'avviso che, tramite il ricorso all'argomento dell'abuso, tale travalicamento sovente vi sia, e, peraltro, proprio in danno delle ragioni di effettività e pienezza di tutela del cittadino che la stessa Cassazione, come si è detto, adduce ormai a fondamento dell'ampliamento della nozione di limiti esterni della giurisdizione.

ABUSO DEL PROCESSO E GIURISDIZIONE

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.3, 2015, pag. 1138

Giovanni Verde

Classificazioni: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - In genere

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 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 a 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, giacché 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 febbraio 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. 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. 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 esser conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti — ed i diritti connessi — attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alternarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa 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'irrelevanza 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 opposto 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 com portamenti 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.

È 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.

È, 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. È 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 rilevabilità 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 svicolare, 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 poggia 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 interpretata, 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 antiabortisti, 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.

È 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.

LA QUESTIONE DI GIURISDIZIONE FRA IL DIVIETO DI ABUSO DEL DIRITTO E IL PRINCIPIO DELLA PARITÀ DELLE PARTI NEL PROCESSO

Foro amm. CDS, fasc.7-8, 2012, pag. 1998

Federico Dinelli -

Classificazioni: GIURISDIZIONE CIVILE - Difetto di giurisdizione - - *translatio iudicii*

Sommario: 1. Premessa. — 2. La decisione del Consiglio di Stato alla luce dei precedenti giurisprudenziali. — 3. O a tutti o a nessuno: l'eccezione di giurisdizione e la parità delle parti nel processo. — 4. Considerazioni conclusive: critica del tentativo di risolvere sul piano del diritto processuale il problema del riparto di giurisdizione.

1. *Premessa*

Tra gli argomenti che, attualmente, suscitano notevole interesse sia fra gli studiosi che fra gli operatori, è sicuramente annoverabile quello dell'abuso del diritto.

Si tratta di una figura dai contorni alquanto sfumati, che consente al giudice, ordinario e amministrativo, di censurare — secondo la sua sensibilità più o meno «oggettivizzata» — comportamenti che, pur senza discostarsi dallo schema formale di un diritto, ne alterano la sostanza, proponendosi il titolare uno scopo diverso da quello riconosciuto e protetto dall'ordinamento mediante il conferimento del diritto in questione (1).

In ordine di tempo, una delle ultime e più significative applicazioni giurisprudenziali del divieto di abuso del diritto si rinviene nella sentenza 7 febbraio 2012, n. 656 (2), con la quale la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità del motivo di impugnazione con cui l'appellante, già ricorrente in primo grado ed ivi soccombente nel merito, aveva inteso contestare la sussistenza della giurisdizione amministrativa da esso stesso adita.

In particolare, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la sollevazione in grado d'appello dell'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo da parte di colui che abbia adito tale giudice in primo grado, «per un verso, integra trasgressione del divieto di venire *contra factum proprium* — paralizzabile con l' *exceptio doli generalis seu presentis* [...] — e, per altro verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione, adito secondo le regole in tema di *translatio iudicii* dettate dall'art. 11 del codice del processo amministrativo».

In sostanza, secondo il giudice amministrativo, si pone in contrasto con il principio della buona fede, e dà luogo ad un vero e proprio abuso della tutela processuale, la condotta di chi, per ragioni opportunistiche, solo perché risultato soccombente nel merito in primo grado, impugni la sentenza contestando la sussistenza della relativa giurisdizione in capo al giudice cui si era rivolto; ciò anche in considerazione dell'inevitabile allungamento dei tempi processuali che, in contrasto con l'art. 111 Cost., si verificherebbe laddove venisse accordata tutela ad una siffatta pretesa.

2. *La decisione del Consiglio di Stato alla luce dei precedenti giurisprudenziali*

Come espressamente riconosce il Consiglio di Stato, la problematica in esame era già stata

affrontata più volte, in modo opposto, dallo stesso giudice amministrativo, il quale, fino a poco tempo prima, aveva ritenuto che «la soccombenza che giustifica l'appello sussiste anche quando il ricorrente, soccombente nel merito, abbia visto risolta in suo favore una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio, che, risolta diversamente, gli consentirebbe la riproposizione della domanda. È quanto accade nel caso in cui il ricorrente di primo grado sia risultato vittorioso sulla questione di giurisdizione (sollevata da controparte, o affrontata esplicitamente o implicitamente dal giudice) e soccombente nel merito: si ammette la sua legittimazione a contestare in appello il capo di sentenza esplicito o implicito sulla giurisdizione [...]» (3). Parimenti, anche le Sezioni Unite della Cassazione (4) si sono espresse nel senso che non è preclusa l'eccezione di giurisdizione in appello alla parte che abbia adito il giudice in primo grado, poiché altrimenti si verrebbe a determinare un «contrasto con il fondamentale principio di cui all'art. 25 Cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituito per legge».

Un primo *revirement* della giurisprudenza amministrativa rispetto a questo orientamento si è avuto solo con la sentenza n. 1537 del 2011, nella quale la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha affermato, sia pure in forma di *obiter dictum*, che, in seguito all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo — il cui artt. 9 preclude al giudice d'appello di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, essendo necessario, a tal fine, uno specifico motivo di impugnazione proposto dalla parte (5) —, non può più permettersi l'impugnativa per difetto di giurisdizione ad opera della parte che abbia adito il giudice in primo grado, in quanto «Ritenere il contrario [...] si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione a suo tempo prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia».

La violazione della regola di buona fede viene quindi posta in relazione con il nuovo regime processuale dell'eccezione di giurisdizione, non più rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del processo secondo la formulazione dell'art. 37 del cod. proc. civ. (6), ma rilevabile in grado d'appello soltanto se dedotta dalla parte come specifico motivo di gravame.

Le argomentazioni della sentenza n. 1537 del 2011 sono state riprese e ampiamente sviluppate dalla sentenza in commento, nella quale vengono altresì richiamati i precedenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato sulla vigenza, all'interno del nostro ordinamento, del principio generale che vieta, *anche in sede processuale*, ogni condotta integrante abuso del diritto.

Viene anzitutto in considerazione, così, la sentenza n. 23726 del 2007, con cui le Sezioni Unite hanno statuito che integra condotta abusiva il comportamento del creditore che, frazionando l'esercizio del suo diritto, esperisca una molteplicità di azioni giudiziali contro il debitore, in modo da determinare un ingiusto aggravio per quest'ultimo ed un *vulnus* al principio costituzionale della ragionevole durata del processo (7).

Sulla scorta di tale sentenza, ampiamente citata (8), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella nota pronuncia n. 3 del 2011 (9), ha potuto riconoscere la sussistenza di un concorso di colpa del creditore, ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., nel caso di una domanda risarcitoria proposta in via autonoma senza la preventiva impugnazione del provvedimento amministrativo lesivo, motivando questa decisione con la considerazione per cui anche «la mancata impugnazione di un provvedimento amministrativo [può] essere ritenuta un comportamento contrario a buona fede nell'ipotesi in cui si appuri che una tempestiva reazione avrebbe evitato o mitigato il danno»: ciò in quanto la proposizione del rimedio annullatorio, quale

strumento messo a disposizione dall'ordinamento per la «tutela specifica delle posizioni incise e per la prevenzione del danno possibile, costituisce, in linea di principio, condotta esigibile alla luce del dovere di solidale cooperazione» gravante sul creditore.

Le regole della buona fede e della correttezza giungono, in questo modo, a conformare il contenuto del diritto azionato, espungendo dallo stesso tutti quei comportamenti che, sebbene non vietati, o addirittura espressamente autorizzati dal legislatore, appaiano, in concreto, incompatibili con il dovere di solidarietà che incombe su ogni consociato, imponendogli di esercitare i suoi diritti in guisa tale da non arrecare un ingiustificato sacrificio all'altrui sfera giuridica.

Nel caso di specie, il *proprium* dell'abuso viene ravvisato nella sproporzione tra il sacrificio imposto alla controparte processuale, che sarebbe costretta a difendersi nel nuovo processo incardinato davanti al giudice munito della giurisdizione, e l'interesse della parte che eccepisce il difetto di giurisdizione, in quanto questa, piuttosto che ripudiare il giudice da essa stessa originariamente evocato, ben potrebbe difendersi gravando nel merito la sentenza oggetto di impugnazione.

3. *O a tutti o a nessuno: l'eccezione di giurisdizione e la parità delle parti nel processo*

La sentenza in commento è tra quelle che suscitano un immediato sentimento di approvazione e di adesione: questo perché chiunque troverebbe *prima facie* ingiusto che la stessa parte che abbia «scelto» il giudice davanti al quale promuovere l'azione possa successivamente, solo perché ha avuto torto nel merito, contestare la giurisdizione in capo al medesimo giudice.

Tuttavia, se appena il «sentimento» cede il passo alla «ragione» o, quantomeno, ci si sforza di temperare il primo con la seconda, ci si avvede che, forse, la questione si pone in termini almeno in parte diversi.

In particolare, per meglio valutare la soluzione offerta dal Consiglio di Stato alla problematica sottoposta al suo esame, sembra opportuno uno sforzo di contestualizzazione che tenga conto della complessiva posizione del ricorrente all'interno del processo amministrativo. Così facendo, si potrà verificare in che modo una soluzione che, isolatamente considerata, può apparire condivisibile, potrebbe non esserlo più, almeno negli stessi termini e con lo stesso convincimento, laddove la si rapporti alla generalità degli altri aspetti che connotano la vicenda nella sua unitarietà.

Si cominci, allora, col rilevare che il ricorrente — il quale, nell'ambito del processo amministrativo, è prevalentemente il soggetto privato (10) —, nel momento in cui intende proporre l'azione, non solo è tenuto a sobbarcarsi il costo, in alcuni casi elevatissimo (11), del contributo unificato, ma assume su di sé anche il rischio, tutt'altro che trascurabile, che la sua scelta si riveli fallace, altro essendo il giudice deputato alla tutela della situazione soggettiva azionata in giudizio.

È così che il ricorrente si trova esposto alla possibilità che il giudice adito si dichiari d'ufficio, ovvero su eccezione di controparte, privo della giurisdizione.

Si badi che una simile evenienza, tutt'altro che di infrequente verifica, può produrre, talvolta, delle conseguenze gravissime, soprattutto quando il giudice amministrativo omette, per difetto della giurisdizione in capo a lui, di pronunciarsi sulla domanda cautelare (12).

In ciò risiede, a ben vedere, un primo elemento che, seppur sarebbe certamente esagerato definire di «ingiustizia», può almeno definirsi di «incongruità»: mentre il privato ricorrente si sobbarca l'alea — il più delle volte non certo imputabile all'imperizia del suo difensore — di una non corretta individuazione

della giurisdizione competente, non può, al contrario, pretendere di sfruttare a proprio vantaggio le innumerevoli perplessità che circondano il complicato e incerto riparto della giurisdizione all'interno del nostro ordinamento.

Dal canto loro, invece, sia la parte resistente, cioè l'amministrazione, sia il controinteressato, si trovano a beneficiare di una ben più comoda posizione processuale: essi, infatti, possono scegliere fra eccepire in primo grado il difetto di giurisdizione, ovvero riservarsi l'esercizio di tale facoltà, ai sensi dell'art. 9 del cod. proc. amm., nell'ambito del giudizio d'appello, impugnando per questo motivo la sentenza di primo grado (13) che abbia definito il giudizio, in tutto o in parte, a loro sfavore (14).

Se ne deduce una evidente alterazione del principio — anch'esso, al pari della ragionevole durata del processo, di portata costituzionale — della parità delle parti nel processo (15), in quanto si consente alla parte che non abbia eccepito il difetto di giurisdizione in primo grado, e che così abbia implicitamente accettato la scelta operata dal ricorrente, di porre tale eccezione ad oggetto di uno specifico motivo di appello, per giunta reiterabile dinanzi alla Corte di Cassazione.

Per porre rimedio ad una simile sperequazione tra le parti esistono due sole strade: o si riconosce anche al ricorrente in primo grado, in conformità con un dettato normativo che non lo esclude — e diversamente da quanto deciso dalla sentenza in esame —, di potere eccepire il difetto di giurisdizione in grado d'appello, oppure si privano anche le altre parti del giudizio della facoltà di far valere il difetto di giurisdizione come motivo di impugnazione, laddove non lo abbiano tempestivamente eccepito dinanzi al giudice di prime cure.

A sostegno di questa seconda opzione, va osservato che le argomentazioni che hanno consentito al Consiglio di Stato di pervenire alla soluzione qui esaminata risultano pienamente trasponibili anche alla condotta processuale della parte resistente e degli eventuali controinteressati. Questo perché, se è vero che integra un abuso delle facoltà processuali il comportamento della parte che eccepisca in appello il difetto di giurisdizione del giudice da essa stessa adito, non meno abusiva e lesiva del principio di correttezza si presenta la condotta della controparte che, non avendo eccepito in primo grado il difetto di giurisdizione, opportunisticamente, solo dopo essere risultata soccombente nel merito, pretenda di far valere tale eccezione in grado di appello. Anzi, in tal caso la sproporzione fra il danno che subisce il ricorrente e l'interesse che si propone di perseguire la controparte si presenta addirittura maggiore, giacché è soprattutto il soggetto che ha invocato la tutela, il più delle volte, a coltivare l'aspettativa di una celere definizione del giudizio.

In un'ottica «solidaristica» che tenga conto anche della fondamentale parità delle parti nel processo, quindi, si dovrebbe disconoscere non solo in capo al ricorrente, ma anche in capo alla controparte, il potere di introdurre per la prima volta in appello la questione di giurisdizione.

È tuttavia evidente che si finirebbe, in tal modo, per fornire un'interpretazione largamente abrogante dell'art. 9 del codice del processo amministrativo, con l'aggravante per cui entrambe le parti del processo, in virtù di un obbligo reciproco di lealtà e correttezza, si ritroverebbero a dover confliggere con le armi «spuntate».

Al riguardo, poi, non si può proprio ignorare che l'attuale disciplina normativa dell'eccezione di giurisdizione è già essa il risultato di un delicato compromesso fra contrapposte esigenze costituzionali, in quanto è chiaro che la «ragionevole» — e non *breve* — durata del processo deve essere armonizzata, da un lato, con il principio fondamentale del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.), e, dall'altro, con il diritto, anch'esso fondamentale, alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.).

Ne discende che l'equilibrio così raggiunto dal legislatore non dovrebbe, tanto facilmente, poter formare oggetto di rivisitazione ad opera della giurisprudenza, soprattutto se, a tal fine, essa pretenda di fare ricorso a clausole generali quali la buona fede e la correttezza (sia pure sotto l'usbergo di un enfatico richiamo ai doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.) (16).

Se non si vuole arrivare a tanto, dunque, una alternativa percorribile potrebbe essere quella indicata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nella sentenza 29 marzo 2011, n. 7097, ove si è affermato il principio secondo cui « il comportamento della parte la quale soltanto all'esito del giudizio di appello solleva la questione di difetto di giurisdizione del giudice da lei stesso adito (dopo avere contrastato la stessa eccezione formulata dalla controparte) costituisce violazione del dovere di lealtà e probità delle parti, di cui all'art. 88 cod. proc. civ.. Trattasi di un comportamento processuale idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte ad una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost.. Pertanto tale condotta può determinare l'applicazione dell'art. 92 cod. proc. civ., comma 1, ultima parte secondo il quale, il giudice, a prescindere dalla soccombenza può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., ha causato all'altra parte ».

Si tratterebbe, in altre parole, di valutare il comportamento della parte, in conformità all'art. 92 cod. proc. civ., soltanto sotto il profilo della responsabilità per il pagamento delle spese di lite, senza giungere fino all'estremo di considerare addirittura inammissibile l'eccezione (*rectius*: il motivo d'appello) dalla stessa proposta (17).

Questa soluzione avrebbe il pregio di riuscire a coniugare adeguatamente le seguenti esigenze: *a*) il rispetto della lettera della legge, in particolare dell'art. 9 cod. proc. amm., senza la necessità di ricorrere ad interpretazioni adeguatrici o abroganti di tale norma; *b*) il rispetto del fondamentale diritto alla tutela giurisdizionale, in quanto si evita la sanzione della inammissibilità del mezzo di gravame proposto; *c*) il rispetto del principio del giudice naturale precostituito per legge; *d*) il rispetto della parità delle parti nel processo, poiché entrambe sarebbero sempre legittimate a proporre in appello, per la prima volta, l'eccezione di giurisdizione; *e*) il rispetto della ragionevole durata del processo, attraverso l'effetto deterrente che la minaccia di una condanna al pagamento delle spese processuali è in grado di produrre sulla parte che intenda sollevare, in modo abusivo e sleale, l'eccezione di giurisdizione.

4. *Considerazioni conclusive: critica del tentativo di risolvere sul piano del diritto processuale il problema del riparto di giurisdizione*

La sentenza sin qui analizzata fornisce lo spunto per qualche più generale considerazione.

Il problema del riparto di giurisdizione, sebbene depauperato dei suoi aspetti di maggiore criticità (18), continua ancora oggi a porsi in modo grave all'interno del nostro ordinamento.

I settori nei quali si registrano le principali incertezze sono quelli dell'impiego pubblico (19), della tutela degli stranieri (20), della contrattualistica pubblica (21), della responsabilità (22), dei cc.dd. diritti indegradabili (23).

In questi come in altri casi, la parte sa bene che la scelta del giudice non è affatto neutra per le sorti della sua domanda: di fronte ad un atto dall'incerta natura giuridica, essa troverà spesso conveniente — anche se potrebbe sembrare paradossale — sostenerne la natura provvedimentoale, e ciò non solo per ragioni connesse alla maggiore efficienza e celerità del giudizio amministrativo, ma anche perché gli strumenti di controllo di cui dispone il giudice amministrativo con riferimento agli atti di esercizio del pubblico potere sono notoriamente più efficaci di quelli di cui dispone il giudice ordinario con riferimento

agli atti che costituiscono esercizio dell'autonomia privata della pubblica amministrazione (24).

Il problema della giurisdizione, quindi, non può essere affrontato, oggi come ieri, alla stregua di una questione meramente «logistica»; esso, al contrario, si presenta carico di implicazioni sostanziali (25), che dipendono, da un lato, dalla profonda diversità fra la logica del diritto amministrativo e la logica del diritto privato (26), e, dall'altro, dalla corrispondente maturazione di una diversa *forma mentis* in capo ai giudici dell'uno e dell'altro plesso giurisdizionale.

A questa diversità, di carattere sostanziale, fra le due giurisdizioni ha sempre corrisposto una assai rigida disciplina processuale della questione di giurisdizione: l'art. 37 cod. proc. civ. prevede ancora la rilevanza d'ufficio, in ogni stato e grado del processo, del difetto di giurisdizione, anche se la Corte di Cassazione, in omaggio ad una visione della giustizia intesa come servizio da erogarsi rapidamente, ha ormai esaurito la portata precettiva di tale disposizione.

La sentenza del Consiglio di Stato che si è commentata in questa sede sembra alimentata dalla stessa idea di fondo, e cioè che è prioritario che qualcuno decida purché lo faccia rapidamente, mentre è secondario che la decisione provenga «dal giudice che, nella sovrana valutazione del legislatore, è idoneo ad emettere la “migliore decisione”» (27).

Così si vorrebbe impedire al cittadino di «pentirsi» della giurisdizione adita, magari dopo aver constatato che la stessa non era quella idonea — e, soprattutto, quella *costituzionalmente deputata* — a tutelare la sua pretesa. La tendenza è quella volta a valorizzare massimamente l'importanza del principio della durata ragionevole del processo, come se chi si rivolge alla giustizia preferisse una decisione ingiusta, purché celere, ad una giusta, ma lenta. Tanto si vuole giustificare chiamando in causa le esigenze della moderna economia, le quali — avida, come sono, di risposte immediate — non tollererebbero situazioni di incertezza (28).

La soluzione ai problemi del riparto di giurisdizione, dunque, si vuol far passare per la limitazione del potere processuale delle parti — *ed in particolare proprio di quella che si rivolge alla giustizia* — di mettere in discussione la sussistenza della giurisdizione adita.

La qual cosa, a ben vedere, probabilmente finirà — come per un'eterogeneità dei fini — per implementare le incertezze sul riparto, in quanto saranno verosimilmente più frequenti i casi in cui su questioni analoghe si registreranno, con valore di precedente, sia pronunce passate in giudicato del giudice amministrativo, sia pronunce passate in giudicato del giudice ordinario.

Questo dovrebbe servire a dimostrare, in conclusione, che il tentativo di affrontare (essenzialmente) sul piano processuale il problema del riparto di giurisdizione non solo non è risolutivo, ma rischia di rivelarsi addirittura dannoso in rapporto all'obiettivo che ci si deve proporre: quello della facile individuazione del giudice al quale rivolgere la domanda (29), nel rispetto del «principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici (30), ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia» (31). Il tutto nella consapevolezza per cui «le disposizioni processuali non sono fini a se stesse, ma funzionali alla miglior qualità della decisione di merito» (32).

Le note non le vogliono più giustificate <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Note:

(1) Per questa definizione, cfr., ex multis, Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in Giur. it.,

2010, con nota di F. Salerno, Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di ius dicere “per principi”, 809 ss. Sul tema dell'abuso del diritto, in generale, v. i contributi di: S. Romano, Abuso del diritto (dir. attuale), in Enc. dir., Milano, 1958, 166 ss.; V. Giorgianni, L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, 1963, 63 ss.; P. Rescigno, L'abuso del diritto, Bologna, 1998, il quale ultimo pone anche in evidenza il carattere ossimorico della formula lessicale. Certamente fondate sono le osservazioni di chi assimila l'abuso del diritto all'eccesso di potere: evidenti sono infatti le similitudini tra le due figure sia sotto il profilo dell'indeterminatezza e della elasticità del loro meccanismo operativo, sia sotto il profilo della attinenza all'aspetto “funzionale” della fattispecie. Su tali aspetti, oltre al contributo di C. Cudia, Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto, Milano, 2008, v., da ultimo, la monografia di G. Sigismondi, Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sul potere privato a confronto, Napoli, 2012.

(2) Pubblicata in Il nuovo diritto amministrativo, 2012, 15 ss., con commento adesivo di V. Carbone, 17 ss. Cfr. anche le successive sentenze conformi: Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, nn. 1308, 1309, 1310, 1311, 1312, 1313, 1314, 1315; Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2653.

(3) Così Cons. Stato, sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5454, che ha confermato l'orientamento di Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, e di Cons. Stato, sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 999.

(4) V. Cass., sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26129.

(5) Per l'analisi della disciplina codicistica v. G. Giovannini e R. Caponigro, Giurisdizione amministrativa, in Il processo amministrativo, a cura di A. Quaranta e V. Lopilato, Milano, 2011, 120 ss.

(6) L'art. 37 cod. proc. civ. stabilisce che «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo». Questa disposizione, tuttavia, non può più essere interpretata letteralmente dopo la celebre pronuncia del 9 ottobre 2008, n. 24883, con la quale la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che l'interpretazione dell'art. 37 cod. proc. civ. deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo costituzionalizzati nell'art. 111 Cost., della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, in quanto tale «insensibile ai comportamenti e alla volontà degli utenti della giustizia», essendo essa, invece, un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. In base a questa nuova interpretazione, in senso restrittivo e residuale, della disposizione di cui all'art. 37 cod. proc. civ., si ottiene che il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado e che la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; al contrario, le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, e il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito. In particolare, il giudicato implicito sulla giurisdizione si forma tutte le volte che la causa sia stata decisa nel merito, con esclusione per le sole decisioni che non contengano statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione, come nel caso in cui l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito “per saltum”, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito. Commenti di questa sentenza, ad opera di M.A. Sandulli, A. Lamorgese e R. Vaccarella (quest'ultimo, come si vedrà infra, particolarmente critico), si rinvengono in www.federalismi.it, 23/2008.

(7) Con questa importante sentenza, la Cassazione ha finalmente ribaltato il proprio precedente orientamento, per il quale v. Cass., sez. un., 10 aprile 2000, n. 108.

(8) In particolare, tale sentenza assume rilievo, per i fini che interessano il Consiglio di Stato, in relazione alla circostanza, sottolineata dalle Sezioni Unite, per cui il divieto di abuso del diritto concerne, oltre che la fase fisiologica del rapporto, anche quella patologica, sicché il creditore deve cooperare col debitore non solo per agevolarne l'adempimento, ma anche per non aggravare la sua posizione una volta che si sia verificata la violazione dell'impegno obbligatorio, e quindi anche nella fase processuale.

(9) Rinvenibile in www.giustamm.it, con commenti di N. Paolantonio, L'interesse legittimo come (nuovo) diritto soggettivo, e di M.A. Sandulli, Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni. V. anche il commento, sostanzialmente adesivo, di D. Pappano, Il superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa tra vecchi e nuovi problemi, in *Giur. it.*, 2011, 443 ss., il quale opportunamente si interroga sull'idoneità di strumenti alternativi al ricorso giurisdizionale, quali sono il ricorso gerarchico e le istanze di autotutela, ad integrare il dovere di diligenza e di buona fede gravante sul privato danneggiato dal provvedimento. Sulla sentenza in questione, inoltre, si sofferma, nell'ambito di un contributo più ampio, R. Caponigro, Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo, in *Foro amm. CdS*, 2011, 1705 ss.

(10) Fanno eccezione soltanto i casi, invero tutt'altro che rari, di contenzioso fra amministrazioni pubbliche, nonché quelli — nelle materie di giurisdizione esclusiva — in cui anche l'amministrazione può assumere la veste di parte ricorrente contro il privato.

(11) Si pensi alle controversie in materia di appalti, per le quali il contributo unificato corrisponde addirittura alla somma di 4.000 euro.

(12) L'art. 10 cod. proc. amm. stabilisce che «1. Nel giudizio davanti ai tribunali amministrativi regionali è ammesso il ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione previsto dall'articolo 41 del codice di procedura civile. Si applica il primo comma dell'articolo 367 dello stesso codice. 2. Nel giudizio sospeso possono essere chieste misure cautelari, ma il giudice non può disporle se non ritiene sussistente la propria giurisdizione». In generale, sul tema della tutela cautelare nel processo amministrativo, v. il saggio di R. Cavallo Perin, La tutela cautelare nel processo avanti al giudice amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1165 ss.

(13) Cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2012, n. 1415, ove si afferma che «a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 9 del cod. proc. amm. è venuta meno la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione in grado di appello, addossandosi l'onere alla parte interessata di sollevare la questione con apposito motivo di appello e sancendo, quindi, l'irrilevanza della semplice eccezione formulata in memoria».

(14) Una simile evenienza si è recentemente verificata, ad esempio, nell'ambito del giudizio definito da Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2012, n. 872.

(15) Nella bozza di codice del processo amministrativo elaborata dalla Commissione incaricata della sua redazione, la parità delle parti veniva qualificata come «effettiva», ma questa parola è stata poi eliminata in sede governativa. Secondo L. Torchia, Il nuovo codice del processo amministrativo. I principi generali, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1119, «Si tratta di una modifica che non dovrebbe avere conseguenze significative, dato che l'effettiva parità delle parti può essere agevolmente desunta dal principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), ma l'introduzione dell'aggettivo "effettiva" era simbolico di una raggiunta parità fra due soggetti — l'amministrazione e il ricorrente — che nel processo, per lungo tempo, non hanno, per così dire, "giocato" alla pari». Cfr. anche le parole di F. Merusi, Sul giusto processo

amministrativo, in Foro amm. CdS, 2011, 1353 ss.: « I corollari che discendono dal diritto fondamentale di pretendere un giusto processo hanno bisogno necessariamente di una legge per essere attuati? Non necessariamente. Se una legge li esplicita tanto meglio. Se non li esplicita il giudice può applicarli direttamente. Né c'è il problema di difendere il processo da altre fonti che potrebbero incidere sull'esercizio del diritto al giusto processo ».

(16) L'indiscusso e positivo ruolo creativo del diritto sostanziale svolto in passato dal giudice amministrativo è servito soprattutto a colmare le lacune imputabili ad un legislatore spesso reticente (cfr. M.S. Giannini, Discorso generale sulla giustizia amministrativa, in Riv. dir. proc., 1963, 523 ss.); tuttavia, un conto è ricorrere ai principi generali per colmare le lacune dell'ordinamento (come stabilisce, del resto, l'art. 12, comma 2, delle cc.dd. preleggi), altro è trattare con disinvoltura disposizioni normative che, come nel caso dell'art. 9 cod. proc. amm., presentano un contenuto non equivoco.

(17) L'abuso del processo verrebbe così ricondotto, secondo una concettualizzazione ancora in uso all'interno del nostro ordinamento, alla violazione di una regola di condotta — quale è, per l'appunto, l'art. 92 cod. proc. civ. —, anziché alla violazione di una regola di validità. Su questa distinzione, elaborata dalla dottrina civilistica in relazione al contratto, v., ex multis, F. Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1983, 171. In giurisprudenza, cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 6724 e 6725.

(18) Grazie all'introduzione, prima per via giurisprudenziale (Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77) e poi per via legislativa (art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69 e art. 11, comma 2, cod. proc. amm.), della c.d. *translatio iudicii*.

(19) Si pensi, ad esempio, al caso delle graduatorie per l'accesso alla docenza scolastica, dove solo di recente è stato superato a vantaggio del giudice ordinario il conflitto fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sulla natura delle graduatorie e degli atti di gestione delle medesime da parte della pubblica amministrazione. Cfr., al riguardo, le sentenze Cass., sez. un., 12 ottobre 2010, n. 22805 e Cons. Stato, ad. plen., 12 luglio 2011, n. 11.

(20) Osserva R. De Nictolis, *Del cittadino spaesato nel gran suk normativo*. Note a margine di un convegno sul dialogo tra le giurisdizioni, in www.giustamm.it, che nel caso delle misure nei confronti dei cittadini extracomunitari (dinieghi di permesso di soggiorno, espulsioni, dinieghi di asilo) si va dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo « a seconda dell'estro del legislatore, che interviene in materia mediamente un paio di volte all'anno ».

(21) La stessa R. De Nictolis, op. cit., richiama la recente sentenza della Corte di Cassazione (sez. un., n. 30167 del 2011) con la quale è stata affermata la giurisdizione ordinaria sugli effetti derivanti dall'annullamento di una gara per la scelta del socio privato sul contratto di società.

(22) Si pensi alle tre pronunce della Corte di Cassazione (sez. un., 23 marzo 2011, nn. 6594, 6595, 6596) che hanno attribuito al giudice ordinario la competenza a conoscere delle conseguenze risarcitorie derivanti da un provvedimento amministrativo, quando la parte che avanza la pretesa risarcitoria non ne contesti la legittimità. Per una dura critica di questo orientamento, cfr. M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto della giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in Dir. proc. amm., 2011, 896 ss.

(23) Cfr., da ultimo, Cass., sez. un., 27 febbraio 2012, n. 2923, sulla spettanza al giudice ordinario della controversia promossa da un privato nei confronti di una Asl per ottenere il rimborso delle spese terapeutiche sostenute presso una struttura privata nazionale, senza la preventiva autorizzazione, per prestazioni sanitarie di alta specialità che offrano anche solo l'opportunità di migliorare le proprie condizioni di integrità psico-fisica e, quindi, di vita, in quanto avente ad oggetto la tutela di un diritto primario e fondamentale della persona — ossia il diritto alla salute — per sua natura incompressibile e non

suscettibile di affievolimento. Cfr. anche, sempre con riferimento al diritto alla salute, Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2011, n. 4156, ove si afferma che «in presenza di una situazione d'urgenza [...], la posizione giuridica soggettiva dell'assistito in ordine al rimborso delle spese mediche sostenute all'estero ha natura di diritto soggettivo perfetto, trattandosi di diritto assoluto della persona, nella specie del diritto primario e fondamentale alla salute garantito dall'art. 32 cost., in quanto tale non suscettibile di essere degradato da eventuali provvedimenti negativi dell'autorità amministrativa. Pertanto le relative controversie spettano alla cognizione del giudice ordinario; e ciò ancorché detti provvedimenti siano frutto del necessario contemperamento di detto diritto con altri interessi anch'essi costituzionalmente garantiti, come le risorse disponibili del servizio sanitario nazionale, nei limiti fissati da leggi, regolamenti ed atti amministrativi generali». In dottrina, sul tema dei diritti indegradabili v., tra gli altri, L. Coraggio, *La teoria dei diritti indegradabili: origini ed attuali tendenze*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 483 ss.

(24) Questo malgrado le condivisibili opinioni di quella autorevole dottrina che pure ha sostenuto la nullità, per violazione di norme imperative, dell'atto di diritto privato adottato dalla pubblica amministrazione in contrasto con il vincolo di scopo su di essa gravante. Il riferimento è a C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 186. Il tema è stato recentemente riaffrontato, con ricchezza di riferimenti bibliografici e di osservazioni critiche, da G. Grüner, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in www.giustamm.it. Osserva significativamente G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 22, che «In linea generale il grado di giuridicizzazione dei poteri privati è inferiore a quello che si è realizzato per i pubblici poteri». Ciò trova autorevole conferma nelle parole di A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss., il quale rileva che «chi domanda tutela giurisdizionale contro le lesioni di interessi che [la pubblica amministrazione] provoca con l'esercizio dei suoi poteri, tende a privilegiare soprattutto l'accesso alla giurisdizione amministrativa». Su tali profili si sofferma ampiamente M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.: «Nel sistema civilistico, la violazione di legge dà luogo ad annullabilità soltanto quando vi sia in tal senso un'espressa previsione, la sanzione giuridica risponde cioè ad un principio di tipicità [...]. [D]i segno opposto è il dato sistematico del diritto amministrativo, dove, salvo eccezioni, ogni violazione di legge (o di regolamento) dà luogo ad annullabilità. Ovviamente, la ratio garantista è sempre la stessa: il cittadino, a differenza dei rapporti interprivati, potrà far valere ogni minima deviazione dell'atto amministrativo dalle prescrizioni di legge»; cfr., anche B.G. Mattarella, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 16, secondo il quale «La pubblica amministrazione può essere forte, ma il potere amministrativo è debole. L'amministrazione ha ovviamente poteri di decisione e di esecuzione che mancano ai privati, ma questi poteri sono soggetti a regole e controlli [...] che mancano in altri poteri pubblici e privati».

(25) Ciò, del resto, non potrebbe essere diversamente, se è vero che, come osserva F. Merusi, Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1222 ss., il diritto amministrativo fu inventato da Romagnosi proprio per definire cosa fosse di competenza del contenzioso amministrativo, sulla base dell'idea, disattesa dall'evoluzione successiva e quindi non ancora sperimentata, secondo la quale «la distinzione fra il contenzioso amministrativo e il potere giudiziario va fatta secondo un criterio oggettivo, attribuendo al contenzioso amministrativo tutte le questioni di diritto amministrativo. Il problema è dunque di stabilire l'oggetto e il contenuto del diritto amministrativo, di quel particolare diritto

che deve usare il potere esecutivo in quanto esecutore della legge, cui corrisponde il diritto del cittadino alla legalità dell'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione, entità organizzativa del potere esecutivo. Diritto alla legalità ben distinto e non confondibile coi diritti riconosciuti al cittadino dal codice civile e dei quali conosce nel caso di contenzioso, anche con la pubblica amministrazione, un altro giudice, espressione di un altro potere costituzionale, il potere giudiziario ».

(26) Sulle specificità del diritto amministrativo e del suo processo si sofferma ampiamente G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, relazione introduttiva al Convegno del Gruppo San Martino tenutosi a Venezia in data 8 aprile 2011, pubblicata in www.giustizia-amministrativa.it, il quale osserva che « La pienezza della tutela e la diminuzione del carattere essenzialmente impugnatorio e di annullamento del processo amministrativo può indurre nell'errore di dare per superato il principio del processo amministrativo che è e resta, salvo che per la giurisdizione esclusiva e per alcuni profili marginali, quello di verificare che l'esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione risponda alla norma che lo contempla. Anzi, è proprio da questa caratteristica che va ricercata la specialità del processo amministrativo e di alcuni profili che lo reggono ». Su tali aspetti, v. ancora M. Mazzamuto, op. ult. cit.: « La legalità di diritto privato, proprio perché volta kantianamente a consentire, secondo un tendenziale principio di eguaglianza, la reciproca coesistenza di sfere di libertà private, ha un grado ridotto di intensità, poiché diversamente un eccesso di regolazione finirebbe per sacrificare quelle stesse libertà che si vogliono tutelare. La legalità di diritto pubblico parte invece da un presupposto di tendenziale disuguaglianza tra poteri pubblici e soggetti privati, sicché, sempre per garantire quella stessa sfera di libertà dei cittadini, impone al potere pubblico una legalità di gran lunga più stringente. Per usare ancora le parole di Santi Romano: vi è “una differenza sostanziale fra la posizione dell'amministrazione e quella dei privati. La prima è, di regola, più vincolata di questi” ».

(27) Con queste parole, R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in www.federalismi.it, 23/2008, 5, critica con veemenza la sentenza della Corte di Cassazione n. 24883 del 2008, aggiungendo sarcasticamente che quello della ragionevole durata del processo è « un principio che — avrebbe detto Salvatore Satta — per sua natura sembra fare in chi lo maneggia l'effetto che i libri di cavalleria facevano su don Chisciotte... ».

(28) Cfr. V. Carbone, op. cit., 27, il quale, secondo un punto di vista condivisibile in astratto, ma assai pericoloso nella sua applicazione in concreto, sostiene che « In un tempo di globalizzazione e di giuseconomia, di tutele oltre lo Stato, di superamento del principio Schmittiano tra giurisdizione e territorio, la funzione coerente della giurisdizione come affidabile e tempestivo servizio-justitia per il cittadino è un fine che tutti devono perseguire nell'interesse del Paese ».

(29) Appaiono sempre più condivisibili, in tal senso, le voci favorevoli all'istituzione di un tribunale dei conflitti, a composizione mista o neutra, sul modello francese, che sottragga alla Corte di Cassazione, in quanto “parte in gioco”, il potere di dirimere i conflitti di giurisdizione. Così, per tutti, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di A. Nigro e E. Cardi, Bologna, 2002, 176. Sulle proposte che, in passato, vennero formulate al riguardo, v. l'interessante ricostruzione di A. Romano, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417 ss.

(30) Uno degli autori più critici nei confronti del pluralismo di giurisdizione sancito dalla Carta costituzionale è stato A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*. Per una giustizia “non amministrativa”, Milano, 2005, 35, secondo il quale « la pluralità di organi giurisdizionali non ha alcuna giustificazione valida, ma riflette soltanto un insuperabile assetto di potere nell'organizzazione dello

Stato». Molto tempo prima, già F. Cammeo, Corso di diritto amministrativo, vol. III, Padova, 1914, rist. 1992, 1493, aveva osservato che: «Se la teoria della divisione dei poteri fosse attuata in tutto il suo rigore la giurisdizione dovrebbe essere unica. Cioè la funzione giurisdizionale dovrebbe essere esercitata per intero da un unico complesso di organi separati, e indipendenti da quelli che esercitano la funzione legislativa e quella amministrativa [...]. Ma in nessuno stato e tanto meno nel nostro questo si verifica. [...] Ma l'unità della giurisdizione è praticamente inattuabile, e in ogni modo non è attuata per diverse ragioni. Alle volte sono ragioni meno giuste, come, ad es., il timore che la giurisdizione ordinaria sia troppo indipendente e non abbia i debiti riguardi a persone o subbietti che si vogliono favorire. Altre volte sono ragioni giuste: cioè quella che i giudici ordinari non abbiano la esperienza e la conoscenza necessaria per decidere bene dati gruppi di cause e altri sieno in grado di far meglio». A. de Tocqueville, L'antico regime e la rivoluzione, ed. italiana a cura di G. Candeloro, Milano, 1994, 95 ss., spiega la nascita della giustizia amministrativa in Francia con la necessità di sottrarre ai tribunali ordinari le questioni che potessero coinvolgere gli interessi dell'amministrazione: «In Europa non v'era paese in cui i tribunali ordinari dipendessero meno dal governo che in Francia; ma non ve ne era neanche in cui fossero più in uso i tribunali straordinari. Poiché il re non poteva quasi niente sulla sorte dei giudici [...] si era ben presto urtato di questa indipendenza. E ciò l'aveva indotto, più che in qualsiasi altro luogo, a sottrarre loro la conoscenza degli interessi che riguardavano direttamente il suo potere e a creare [...] una specie di tribunale più dipendente, che presentasse ai suoi sudditi qualche apparenza di giustizia, senza farne temere a lui la realtà. In alcuni paesi [...] dove i tribunali ordinari non erano mai stati così indipendenti dal governo come i tribunali francesi di allora, simile precauzione non fu presa e la giustizia amministrativa non esisté mai». Ancorché queste parole si riferiscano al sistema della giustizia nell' Ancien régime, lo scopo dell'Autore è quello di evidenziarne la piena continuità con il periodo post-rivoluzionario: «La sola differenza fondamentale fra le due epoche è questa: prima della Rivoluzione, il governo poteva coprire i propri agenti solo ricorrendo a mezzi illegali e arbitrari, mentre in seguito ha potuto legalmente lasciare che violassero le leggi» (98-99). Senz'altro più nobili sono le ragioni alla base della nascita della giustizia amministrativa in Italia, se si considera che, come è noto, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato venne istituita nel 1889 per colmare il vuoto di tutela che, in seguito alla legge abolitiva del contenzioso amministrativo e per effetto dell'interpretazione restrittiva che ne diedero i giudici ordinari, si era venuto a creare nei riguardi del potere amministrativo. In questo senso v., ex multis, F.G. Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, IV ed., 2011, 9 ss.

(31) Così la Corte costituzionale, nella sentenza 12 marzo 2007, n. 77.

(32)

Ibidem.

LA CONTESTAZIONE IN APPELLO DELLA GIURISDIZIONE INCARDINATA IN PRIMO GRADO INTEGRA ABUSO DEL PROCESSO?

Foro amm. CDS, fasc.7-8, 2012, pag. 2011

Emanuela Lo Presti -

Classificazioni: GIURISDIZIONE CIVILE - Difetto di giurisdizione - - translatio iudicii

Il sommario non lo vogliono più giustificato <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Sommario: 1. Prefazione. Il casus decisis: la decisione del Consiglio di Stato. — 2. Il difetto di giurisdizione e la sua rilevanza nel processo amministrativo alla luce dei mutamenti normativi (art. 9, 10 c.p.a). Comparazione parallela con le tecniche processuali note al processo civile. — 3. Precedenti orientamenti giurisprudenziali sulla questione de qua: l'innovatività del ricorso al principio dell'abuso del diritto sub specie di abuso del processo. — 4. Disamina della questione. Tra presupposti dell'azione e l'eco di un principio risalente nel diritto sostanziale e processuale: l'autoresponsabilità. — 4.1. I presupposti dell'azione. — 4.2. Il principio di autoresponsabilità. — 5. Dalla buona fede all'abuso del diritto e del processo. — 6. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Prefazione. Il casus decisis: la decisione del Consiglio di Stato.*

Con la sentenza n. 656/2012 la quinta sezione del Consiglio di Stato affronta la complessa questione inerente alla sussistenza della legittimazione a ricorrere in appello in capo all'originario ricorrente in primo grado qualora contesti il difetto di giurisdizione, sul cui capo risulti vittorioso, a fronte, invece, di una soccombenza nel merito.

Il Collegio censura tale condotta mutuando la giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di abuso del diritto, azionato sotto forma di abuso del processo.

Questo l' *iter* logico argomentativo.

Il Consiglio di Stato espone, preliminarmente, la disciplina in materia di rilievo del difetto di giurisdizione sancita dall'art. 9 c.p.a..

Con l'introduzione del codice del processo, difatti, il legislatore limita il potere del giudice di rilievo *ex officio* del difetto di giurisdizione al solo giudizio di primo grado: nei gradi successivi la rilevazione è riservata, invece, alle sole parti processuali e salvo la formazione sul punto del giudicato implicito o esplicito.

Riscontrato ai sensi dell'art. 9 c.p.a. l'insussistenza del potere in capo al giudice d'appello di pronunciarsi d'ufficio sul difetto della *potestas iudicandi*, il Collegio procede alla verifica del riconoscimento o meno di tale *potestas* in capo alla parte che abbia essa stessa incardinato la giurisdizione.

Ebbene, sul punto il Consiglio ne afferma il difetto di legittimazione argomentando sotto due distinti profili.

In primo luogo, aderisce ad una recente pronuncia della sesta sezione (1) che, in contrasto con gli orientamenti precedenti, nega la sussistenza in capo alla parte del potere di contestare la giurisdizione dalla

stessa incardinata.

In tale occasione, difatti, il Collegio affermava, seppur tramite un mero *obiter dictum*, che tale potere si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione, traducendosi in una strumentalizzazione della facoltà di ricusare la giurisdizione, in ragione dell'esito negativo della controversia.

Sotto altro profilo, inoltre, sancisce tale diniego in virtù del principio generale che vieta anche in sede processuale ogni condotta integrante abuso del diritto.

In conclusione, ed in estrema sintesi dei passaggi motivazionali della pronuncia, una tale condotta deve considerarsi integrante la trasgressione del divieto di *venire contra factum proprium* paralizzabile con *l'exceptio doli generalis seu presentis* ed idonea ad arrecare un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare dinanzi ad un nuovo giudice in ipotesi provvisto di giurisdizione: la parte, dunque, secondo le conclusioni cui approda il Consiglio di Stato, non è legittimata ad impugnare il capo sul difetto di giurisdizione.

2. *Il difetto di giurisdizione e la sua rilevanza nel processo amministrativo alla luce dei mutamenti normativi (art. 9, 10 c.p.a.). Comparazione parallela con le tecniche processuali note al processo civile.*

Prima di affrontare *funditus* la questione risolta in sentenza, occorre esporre sinteticamente la disciplina del rilievo del difetto di giurisdizione nel processo amministrativo.

Ai sensi dell'art. 9 c. p.a., il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio; nei giudizi di impugnazione, invece, tale potere appartiene solo alle parti e solo se dedotto con specifico motivo (2).

Il legislatore positivizza, così, la necessità dell'esperimento del mezzo di gravame per il riesame della questione di giurisdizione, pena la formazione del giudicato implicito.

È evidente, dunque, la scelta legislativa di confermare e normativizzare quell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel processo civile, già in nuce con la sentenza Cass. sez. un., n. 411/1987, ed ad oggi corroborato da giurisprudenza granitica pronunciata più volte anche a Sezioni Unite.

L'art. 37 del c. p. c. prevede, difatti, che «*Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo* ».

Come sostengono i più, le Sezioni Unite hanno sostanzialmente riscritto l'art. 37 c. p. c. espungendo dal testo le parole «*e grado*» (3).

Secondo i fautori di questa interpretazione giurisprudenziale, mentre il giudice di primo grado può d'ufficio rilevare e dichiarare la sua carenza di giurisdizione, il giudice d'appello può occuparsi della questione solo se sollecitato da espresso motivo di impugnazione proposto dalla parte.

La soluzione offerta dalla Sezioni Unite, quindi, si fonda sull'assunto secondo il quale l'impugnazione parziale importa l'acquiescenza alle parti della sentenza non impugnata.

È evidente, allora, come la particolarità della norma di cui all'art. 9 c.p.a. risiede nel fatto che, mentre nel processo civile il c.d. giudicato implicito sulla giurisdizione costituisce espressione di un principio giurisprudenziale, nel processo amministrativo, invece, vige al riguardo una specifica disposizione legislativa.

Il legislatore, inoltre, ha apprestato alle parti sia del processo civile (art. 41 c. p. c.) che del processo amministrativo (art. 10 c. p. c.), quale ulteriore mezzo per sollevare il difetto di giurisdizione nel corso del solo giudizio di primo grado, il regolamento di giurisdizione: strumento di verifica (4) ove nutrano dubbi sulla stessa.

Esso è finalizzato a risolvere i conflitti virtuali, è di carattere preventivo, deve proporsi prima che la causa sia decisa anche parzialmente nel merito in primo grado.

La disciplina, più precisamente, è quella di cui all'art. 41 c. p. c. che sancisce che ciascuna parte del giudizio con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione può richiedere una pronuncia che risolva anticipatamente la questione di giurisdizione.

3. *Precedenti orientamenti giurisprudenziali sulla questione: l'innovatività del ricorso al principio dell'abuso del diritto sub specie di abuso del processo.*

a pronuncia in argomento si staglia prepotentemente in un panorama di precedenti noti alla giurisprudenza sia amministrativa che civile sino ad oggi consolidatisi su soluzioni differenti.

Una breve rassegna, di tipo cronologico e comparatistico, può far apprezzare, a parere di chi scrive, la portata innovativa della pronuncia e la notevole *vis expansiva* dei principi sottesi, ove accolti, anche nel processo civile.

Il problema è stato già affrontato più volte dal Consiglio di Stato (5) e risolto nel senso della sussistenza dell'interesse del ricorrente in appello, vittorioso in punto di giurisdizione ma soccombente nel merito.

Il giudice amministrativo ha sostenuto che la soccombenza in tali ipotesi sussiste ove il ricorrente abbia visto risolta in suo favore una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio, che statuita diversamente gli consentirebbe la riproposizione della domanda.

Il fulcro argomentativo del citato orientamento giurisprudenziale risiede essenzialmente nel riconoscimento di un interesse strumentale all'impugnazione idoneo ad evitare la soccombenza (6).

La tesi tradizionale del giudice amministrativo è stata però oggetto di recentissimo e profondo *revirement*, operato appunto dalla sesta sezione, con la sentenza n. 1537/2011: in tale occasione, il Giudice adito ha rigettato l'appello del ricorrente che soccombente in primo grado aveva proposto l'eccezione di giurisdizione.

Occorre, comunque, precisare che la questione oggetto di tale pronuncia è lievemente diversa da quella in commento.

Infatti, il ricorrente aveva contestato la giurisdizione non con l'appello ma con una memoria successiva, da considerarsi pertanto eccezione in senso tecnico e, dunque, tardiva, alla luce di quanto disposto all'art. 9 c. p. a..

Tuttavia, è lo stesso Consiglio che, sebbene appresti la soluzione sotto tale profilo squisitamente tecnico, corrobora la propria decisione invocando i principi di correttezza e affidamento, definendo la facoltà della parte di ricusare il giudice dalla stessa prescelto contraria a tali principi che devono modulare il diritto all'azione.

È sotto tale profilo, difatti, che tale pronuncia viene richiamata da quella in commento.

La sentenza 656/2012 si pone in contrasto ancora più netto rispetto alla giurisprudenza civile maturata in argomento.

Più volte la suprema Corte, pronunciandosi sul punto anche a Sezioni Unite, seppur succintamente motivando, ha affermato l'ammissibilità dell'impugnazione del capo relativo al difetto di giurisdizione, anche se proposta dall'attore in primo grado, ancorando tale statuizione ai principi del giudice naturale precostituito per legge (7) e a quello dell'indisponibilità della materia giurisdizione (8).

Si comprende così l'innovatività della sentenza là dove si ancora a principi di carattere generale che ove condivisi, sarebbero assolutamente traslabili nel processo civile da cui d'altronde mutuano le coordinate interpretative.

4. *Disamina della questione de qua. Tra presupposti dell'azione e l'eco di un principio risalente nel diritto sostanziale e processuale: l'autoresponsabilità.*

4.1. *I presupposti dell'azione.*

Richiamati in estrema sintesi gli orientamenti della giurisprudenza, è dato ora accertare, dal punto di vista squisitamente processuale, la sussistenza o meno del potere in capo alla parte ricorrente in primo grado di contestare, in appello, la giurisdizione dallo stesso incardinata.

In altri termini, prima ancora di censurare o meno la condotta di abusività deve vagliarsi la stessa possibilità in astratto di sollevare in appello il difetto di giurisdizione disconoscendo la *potestas iudicandi* di quello stesso giudice cui si è affidata la risoluzione della controversia.

Si tratta, quindi, di verificare la ricorrenza delle condizioni dell'azione sotto forma di impugnazione.

L'impugnazione, difatti, in quanto atto di ulteriore esercizio dell'azione, introduttiva di una nuova fase di giudizio, ha anch'essa le sue condizioni che assumono connotati peculiari rispetto al primo grado proprio in ragione del fatto che si è già verificata una precedente fase di giudizio.

Dottrina tradizionale e le giurisprudenza prevalente individuano, quali requisiti indefettibili dell'impugnazione, la legittimazione, l'interesse all'impugnazione e la soccombenza.

Tale ricostruzione deriva, evidentemente, dall'accoglimento dell'elaborazione della dottrina processual-civilista, seppur con taluni aspetti difformi conseguenti all'innesto degli stessi in un processo, quale quello amministrativo, contraddistinto da evidenti peculiarità (9).

La legittimazione va genericamente collegata all' essere stati parte del processo.

La giurisprudenza amministrativa, discostandosi sul punto dalle coordinate del processo civile, tuttavia, ammette anche parti nuove pervenendo così ad una nozione ampia di legittimazione (10).

I più recenti studi sul processo civile dimostrano che l'interesse all'impugnazione è requisito dotato di piena autonomia rispetto alla legittimazione all'impugnazione: mentre l'interesse all'impugnazione è, difatti, lo svolgimento dell'interesse ad agire, la legittimazione ad impugnare inerisce, invece, al diverso tema delle parti processuali in appello (11).

Tuttavia, nessuna specifica disposizione è stata emanata al fine di delineare l'interesse ad impugnare che, dunque, manca di una norma di riferimento come quella dettata per l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.).

Viene così affidato all'interprete il compito di colmare le lacune definitorie (12) ricavando la nozione dalla comparazione con l'interesse ad agire.

L'interesse ad agire sorge dalla necessità di utilizzare lo strumento processuale per la realizzazione giudiziale del diritto, che, in termini di utilità, si traduce in una maggiorazione della sfera giuridica del soggetto.

L'interesse ad impugnare trae origine, invece, dalla menomazione giuridica subita da un soggetto (anche terzo rispetto al processo che si è svolto) ad opera della pronuncia giudiziale e consiste, pertanto, nella modificazione di un provvedimento del quale ci si dichiara insoddisfatti.

Tale insoddisfazione si manifesta, di regola, con la soccombenza (13) la cui fenomenologia si presta a molteplici graduazioni quantitative e qualitative (14).

Così intendendo l'interesse e relegandolo in secondo piano rispetto alla nozione di soccombenza (15), in relazione al caso di specie, solo la parte soccombente in punto di giurisdizione potrebbe appellare il relativo capo di sentenza.

Una tale impostazione è, però, dovuta ad uno studio dell'impugnazione « calibrato » prevalentemente sulla nozione di soccombenza e ad una conseguente frequente sovrapposizione dei concetti di soccombenza e interesse ad impugnare (16).

Ed invero, una tale assimilazione è ormai stata definitivamente superata nel processo civile (17).

A favore della reciproca autonomia dei due concetti, un illustre Autore, partendo dalla contrapposizione fra soccombenza formale e sostanziale, nonché dal criterio utilitaristico che sta alla base dell'interesse ad impugnare nel processo penale, offre un'ampia spiegazione sistematica al superamento dell'aggancio dell'interesse ad impugnare alla soccombenza formale (18).

In quest'ultima, secondo l'elaborazione dell'Autore, deve ravvisarsi semplicemente un indizio dell'interesse a impugnare riferito al vantaggio che ciascuna delle parti, ancorché formalmente vittoriosa, può attendersi dalla riforma della sentenza (19).

Un approccio sostanzialmente simile è stato adottato con riferimento al processo amministrativo. La dottrina e la giurisprudenza così opinando sostengono che il fenomeno dell'impugnazione può comprendersi maggiormente avendo riguardo all'interesse ad appellare, piuttosto che alla soccombenza.

A ciò consegue, poi, il notevole vantaggio di riuscire a superare i problemi di una nozione cui venivano assegnati valori e contenuti diversi.

L'interesse ad impugnare, rivendica dunque, anche nel processo amministrativo, una sua autonomia rispetto al concetto di soccombenza.

Presupposto indefettibile di tale impostazione è, però, il previo accoglimento di una nozione lata di utilità giuridica.

Se, infatti, si ritenesse che l'utilità conseguibile attraverso il processo amministrativo si identifichi esclusivamente con l'eliminazione dell'atto impugnato e perciò si individuasse la soccombenza sulla scorta del

raffronto tra *petitum* e dispositivo della sentenza, non si potrebbe mai ammettere l'appello da parte di chi ha ottenuto l'annullamento del provvedimento. Deve ritenersi difatti, così opinando, che il processo abbia conferito a tale soggetto tutte le utilità che poteva conseguire (20).

Ed invero, questa soluzione è apparsa inadeguata in considerazione delle varie utilità che si possono conseguire dall'annullamento di un provvedimento, in relazione alla molteplicità dei vincoli che ne posso derivare rispetto alla rinnovazione dell'attività amministrativa.

Tale elaborazione ermeneutica sembra ormai essere stata pacificamente accolta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che difatti ammette l'appello del ricorrente vittorioso in primo grado, per ottenere l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento per profili non riconosciuti dal giudice di prime cure quando ciò possa incidere sulla rinnovazione del procedimento più favorevole per l'appellante stesso.

Dunque, nel processo amministrativo, l'interesse ad appellare non si misura solo in base al fatto dell'eliminazione del provvedimento impugnato, ma anche alla luce dei motivi dell'annullamento.

In conclusione, appare ancora oggi valida la proposta di Nigro (21) di tipizzare i diversi ordini di utilità conseguibili attraverso una sentenza di annullamento con particolare riferimento alla rinnovazione successiva del procedimento amministrativo.

Tesi che così si pone al centro del dibattito sull'interesse al gravame e sulla relativa elaborazione anche giurisprudenziale.

Sebbene elaborata al fine di pervenire alla nozione di capo e sentenza e per cercare di definire i contenuti dell'effetto devolutivo nel processo amministrativo, risulta fondamentale, infatti, al fine di enucleare un catalogo di utilità funzionale a valutare l'interesse ad appellare e soprattutto ad ancorarlo a criteri oggettivi.

Alla luce delle coordinate ermeneutiche delineate, e traslandole nel caso oggetto della sentenza che si commenta, può senza dubbio affermarsi la positiva ricorrenza delle condizioni dell'azione sotto forma di impugnazione.

Il ricorrente in primo grado, che in appello impugni la sentenza censurando la carenza di *potestas iudicandi* in capo al giudice dalla stessa individuato, è certamente legittimato ed ha interesse all'impugnazione. Tale azione è, difatti, idonea ad impedire la formazione del giudicato implicito sul capo relativo alla giurisdizione, nonché, funzionale alla *translatio* del giudizio dinanzi al giudice in ipotesi avente *potestas iudicandi* con la relativa riproposizione della domanda.

Per cui, sebbene il ricorrente non sia in astratto soccombente in punto di giurisdizione, ha un interesse inteso in senso pratico al conseguimento della concreta utilità giuridica di cui si è detto (22).

4.2. *Il principio di autoresponsabilità.*

A fronte della riscontrata sussistenza delle condizioni dell'impugnazione, invero, c'è chi già prima escludeva il potere in capo all'attore o ricorrente in primo grado di contestare in appello la giurisdizione dallo stesso incardinata in omaggio al principio di autoresponsabilità (23).

Seppur tale impostazione sia minoritaria in dottrina, appare utile esaminarla proprio al fine di evidenziare la problematicità della condotta censurata dalla sentenza in commento e completare, anche avendo riguardo (oltre che alla giurisprudenza già esaminata) ad autorevole dottrina, le tecniche ed i rimedi

proposti per arginare il rischio di una strumentalizzazione dell'impugnazione per difetto di giurisdizione.

L'autore (24), difatti, sostiene fermamente che, in applicazione del principio di autoresponsabilità, l'attore che con l'atto introduttivo abbia incardinato la causa, e dunque individuato il giudice avente *potestas iudicandi*, non possa poi in appello rilevare il difetto di giurisdizione, in quanto egli stesso ha dato causa all'errore. L'attore può solo segnalare l'opportunità di controllare la giurisdizione, sempre che la questione sia rilevabile d'ufficio.

In altri termini, secondo tale ricostruzione l'attore, soccombente nel merito ma vittorioso in punto di giurisdizione, non sarebbe titolare di alcuna situazione processuale protetta che gli consenta di lamentarsi dei vizi processuali derivanti dalla sua attività.

In aderenza a tale tesi, quando l'art. 37 c.p.c. stabilisce che il difetto di giurisdizione è rilevabile anche d'ufficio, intenderebbe comunque escludere la legittimazione del soggetto che vi ha dato causa.

Tale impostazione, invero, non sembra censurabile sotto il profilo dell'interpretazione « restrittiva » che così si opera circa la legittimazione delle parti a sollevare il difetto di giurisdizione (25).

Piuttosto, affermare l'inammissibilità dell'impugnazione significa verificare preliminarmente la « solidità » dell'aggancio della questione *de qua* al principio di autoresponsabilità (26), sul quale sembra opportuno soffermarsi brevemente.

Come è noto, la responsabilità è il rapporto tra soggetto e atto comprensivo delle sue conseguenze che discendono dal comportamento stesso e che assumono rilevanza sul piano giuridico (27) (28).

Nell'ambito di tale macro categoria, il concetto e la nozione di autoresponsabilità sono ontologicamente autonomi da quello di responsabilità verso terzi, ovvero c.d. etero responsabilità, appunto per evidenziarne la profonda differenza tra gli istituti *de quibus*.

La comprensione della nozione di autoresponsabilità transita, dunque, per la determinazione del *fil rouge* che consente di emancipare la stessa dalla responsabilità verso terzi.

Il *discrimen* risiede e si concretizza nel comportamento.

Presupposto indefettibile affinché ricorra l'autoresponsabilità, piuttosto che l'etero- responsabilità, è che il comportamento non incida nella tutela di un interesse alieno o di un interesse generale (29).

Si comprende allora come alla base del concetto di autoresponsabilità stia quello di libertà, quale possibilità di prendere una data iniziativa e assumere un dato contegno rispetto ad un interesse proprio, e di conseguente responsabilità (30).

Ciò presuppone che per aversi libertà non debba sussistere un obbligo giuridico determinato in relazione al quale si identifichi una situazione soggettiva di altri: il che implicherebbe responsabilità diretta verso terzi.

La nozione di autoresponsabilità si sostanzia, allora, nel rapporto tra libertà di iniziativa e responsabilità relativa.

In altri termini, si concretizza nella nozione di onere, che non implica l'idea di un *vinculum iuris* verso

altri, ma se mai, quella di valutazione in senso lato economica dell'opportunità di tenere un determinato comportamento per il conseguimento di un dato risultato (31).

Ne consegue che, perché si riscontri un onere piuttosto che un obbligo, secondo le coordinate ricostruttive del diritto civile, è essenziale che l'ordinamento appresti protezione immediata al soggetto titolare del potere di iniziativa, restando irrilevante invece che l'adempimento o inadempimento dello stesso arrechi o meno un vantaggio o uno svantaggio riflesso alla controparte.

L'onere assurge ad una doppia funzione: tecnica di tutela dell'interesse del soggetto agente e limite al contempo della stessa, superato il quale riemerge l'attenzione agli interessi dei soggetti con i quali proprio l'agente è entrato in relazione.

L'inadempimento dell'onere condurrà a conseguenze che graveranno sul soggetto titolare dello stesso.

In conclusione, perché si possa parlare di autoresponsabilità è necessaria « *una deviazione dalla norma, sia pure con riferimento ad un determinato onere, e che correlativamente si possa prospettare un determinato tipo di conseguenza che costituisca essa medesima una deviazione dalla norma* » (32).

Non è dubitabile che i principi in materia di autoresponsabilità noti al diritto sostanziale sono traslabili in ambito processuale.

La legge processuale, in particolare civile è certamente fondata sul principio di autoresponsabilità sintetizzabile nell'efficace brocardo « *chi nel processo civile non agisce come deve ha da sopportarne le conseguenze* » (33).

Nel processo civile, tipicamente caratterizzato dall'impulso di parte, si ha libertà di iniziativa collegata ad una serie di oneri, l'inosservanza dei quali si risolve in danno del soggetto a cui spetta l'adempimento. Ciò consegue alla struttura del processo medesimo che presuppone correlatività stretta tra la posizione giuridica dell'attore e quella del convenuto.

Paradigmatiche espressioni del principio di autoresponsabilità nel processo civile sono certamente le preclusioni processuali, l'istituto della *facta confessio*, delle nullità, ed ad oggi anche il principio di non contestazione.

Proprio la sussistenza di norme precipue recanti l'essenza di un principio di autoresponsabilità inducono ad affermare che lo stesso possa assumere valore generale che prescinde le singole ipotesi specifiche.

Ebbene, in relazione alla fattispecie oggetto della sentenza che si commenta, non appare convincente la tesi della citata dottrina che suggerisce la lettura attraverso la lente del principio di autoresponsabilità.

L'attore, difatti, ha un duplice potere: l'individuazione del giudice avente *postestas iudicandi* e successivamente la possibilità, ove paventi dubbi sulla scelta operata, di esperire il regolamento di giurisdizione sino all'assunzione in decisione in primo grado.

In relazione ad entrambe le suddette azioni non sembra riscontrabile un onere giuridicamente inteso.

E difatti, l'incardinamento della giurisdizione presiede ad interessi di carattere generale, persegue il superiore principio del giudice naturale precostituito per legge e consiste pertanto in materia indisponibile.

Né sembra si possa argomentare muovendo dal mancato esperimento del regolamento di giurisdizione. Tale strumento, lungi dal consistere in un onere, appare al più una facoltà.

Altro è che il mancato esercizio di tale facoltà sia poi liberamente valutabile dal giudice in grado d'appello insieme con l'operata ricusazione della giurisdizione prescelta.

Rebus sic stantibus appare utile, allora, seppur in estrema sintesi, esplicitare le peculiarità del principio del divieto di abuso del diritto, chiave di volta secondo le argomentazioni addotte dal Consiglio di Stato, nonché la *ratio* introduttiva dello stesso, ciò al fine di verificare se questo possa rappresentare una nuova lente giuridica attraverso la quale risolvere la questione.

5. *Dalla buona fede all'abuso del diritto e del processo.*

In astratto il titolare di una posizione giuridica può esercitare il diritto attribuitogli nel modo che ritiene più opportuno per la realizzazione dei propri interessi, purché nei limiti dettati dalla legge.

Gli autori che hanno approfondito la tematica ritengono che l'ammissibilità del divieto generale dell'abuso del diritto e l'introduzione del principio è, fondamentalmente e preminentemente, una scelta tra un ordinamento che offre una tutela anche estrema del diritto, pur se esercitato in modo contrastante con alcuni principi che lo governano, e un ordinamento che ammette l'introduzione di correttivi ispirati da ragioni di giustizia sostanziale, da modularsi in relazione al caso concreto (34) (35).

Il legislatore italiano non ha previsto una norma che specificamente vieti l'abuso della propria posizione soggettiva: ciò probabilmente al fine di non inficiare ragioni di certezza del diritto, o perché ritenuti sufficienti gli altri principi generali espressamente previsti nel codice (36).

L'assenza di una norma che espressamente enunciasse tale principio ha indotto pertanto, per lungo tempo, la dottrina prima e la giurisprudenza poi, a dubitare della consistenza giuridica del principio in esame riconosciuto soltanto sul piano etico-morale (37).

L'orientamento più moderno tende ad elaborare il principio di abuso del diritto forgiandolo dalla tematica della buona fede (38), intesa come criterio per stabilire un limite alle pretese ed ai poteri del creditore, ed in generale del titolare del diritto.

Più precisamente assolve, prevalentemente, alla funzione di criterio idoneo a rilevare la violazione dei canoni di buona fede oggettiva: esso discende e consiste nella buona fede quale limite funzionale o modale al potere conferito dal diritto.

E difatti, l'applicazione del criterio di buona fede cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. comporta che la condotta del creditore, che persegue uno scopo diverso da quello che il legislatore intende conseguire attraverso il riconoscimento di quel diritto, esorbita dal perimetro delle facoltà che l'ordinamento riconosce e tutela.

Secondo l'architettura codicistica il canone della buona fede assumerebbe rilievo esclusivamente bilaterale incidendo nei rapporti tra debitore e creditore.

Ed invero, alla luce del parametro di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. nonché dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si concepisce la buona fede non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e poteri del titolare del

diritto stesso.

Ne consegue che si considera abusiva ogni condotta che, pur consistendo apparentemente e formalmente nell'esercizio di un diritto lecito, è in realtà effettuato con modalità o finalità estranee rispetto alla norma ed idonee a determinare una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare ed il sacrificio patito dalla controparte.

Inteso in termini oggettivi, cioè prescindendo dall'intenzione dell'autore dell'atto di esercizio, il principio dell'abuso diviene strumento di bilanciamento dei contrapposti interessi, consentendo al giudice di decidere in modo «equo» una serie infinita di ipotesi, come tale non suscettibile di una specifica regolamentazione preventiva (39).

Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, così come enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza sono allora i seguenti: titolarità di un diritto; possibilità di un esercizio dello stesso secondo una pluralità di modalità non rigidamente determinate; esercizio in concreto svolto con modalità o finalità censurabili tali da determinare la suddetta sproporzione (40).

Da tempo parte della dottrina processualista si pone il problema del c.d. abuso del processo, ovvero si interroga sulla possibilità di ritenere abusive talune condotte processuali seppur lecite ma compiute per attività di comodo o comunque per il raggiungimento di obiettivi diversi da quelli della giustizia.

L'abuso del diritto nella forma peculiare dell' «abuso del processo» è essenzialmente frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e dogmatica.

Si ritiene difatti che il principio di buona fede, in quanto assurge a rango generale e costituzionale discendendo proprio dal principio di solidarietà, trova applicazione anche in campo processuale.

Si giunge, così, all'elaborazione della figura dell'abuso del processo quale esercizio improprio del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa.

Ne consegue, pertanto, la necessità e la difficoltà di identificare una nozione di abuso del processo che, invero, sta divenendo una formula sempre più ricorrente quale predicato dell'attività delle parti.

In effetti, l'idea stessa di abuso del processo è a lungo apparsa estranea ed anzi intimamente confliggente con una concezione liberale classica del processo civile, fondata sul dispiegamento del tutto libero dell'attività di difesa tecnica realizzabile ad opera degli avvocati (41).

Nella giurisprudenza di legittimità la locuzione «abuso del processo» è utilizzata per designare, con formule di vario stile, il comportamento di colui che promuova una lite temeraria o resista artatamente in giudizio per soli fini tattici o extra-processuali, la condotta processuale di chi denoti consapevolezza dell'infondatezza o inammissibilità delle proprie pretese (42), ed in genere di un uso anomalo (43) del diritto alla tutela giurisdizionale, ovvero del potere o del singolo atto processuale, per uno scopo individuale del soggetto che pone quell'atto in modo non corrispondente alla funzione che l'atto stesso è destinato ad assolvere.

Un effetto certamente propulsivo a codesta elaborazione è conferito dalla costituzionalizzazione, nel nostro ordinamento, dei principi in materia di giusto processo dai quali si sono così enucleati doveri di buona

fede delle parti proprio finalizzati alla leale e sollecita speditezza del processo.

Appare evidente come siffatti doveri, così interpretati e teleologicamente intesi, abbiano un'intensità assai superiore rispetto a quelli sino ad ora desumibili dalla formula di cui all'art. 88 c.p.c. (44).

Un tentativo di rendere meno evanescente la nozione di abuso del processo ed in particolare la sua indagine si è registrato nell'ambito di quella dottrina, e di qualche arresto giurisprudenziale, che hanno sostenuto la valutabilità della condotta abusiva anche alla luce del vaglio della meritevolezza o meno dell'interesse codificato dall'art. 100 c.p.c..

Più precisamente, tale impostazione ermeneutica approda ad una nozione di interesse ad agire quale misura dell'azione da intendersi, non solo quale interesse oggettivo, indispensabilità dell'azione, ma anche soggettivo, meritevolezza della tutela richiesta (45).

Come noto, tuttavia, l'impostazione dottrinale prevalente ha ripudiato tale approccio ermeneutico, che pretende di piegare l'interesse ad agire al perseguimento di interessi superindividuali.

Nel tentativo di ricondurre la tematica nell'ambito di una maggiore chiarezza e sistematicità, una parte della dottrina, di recente, ha cercato di individuare delle macro categorie nell'ambito delle quali sussumere le ipotesi di abuso del processo (46).

Secondo tale pregevole ricostruzione, una prima ipotesi si avrebbe nel c.d. frazionamento del credito.

In omaggio al più recente approdo giurisprudenziale, infatti, dovrebbe considerarsi abusiva ogni condotta processuale tesa ad azionare molteplici processi per la riscossione di crediti derivanti da un unico rapporto giuridico e per i quali, dunque, la buona fede e la clausola di solidarietà imporrebbero l'azionamento di un'unica iniziativa giudiziale.

Una seconda ipotesi viene rintracciata qualora la parte utilizzi uno strumento processuale per raggiungere non già l'effetto naturale, ma un effetto deviato, che con l'applicazione di quello strumento processuale si riesce a perseguire (47).

Una terza ipotesi, sempre secondo la predetta impostazione, dovrebbe rinvenirsi nel comportamento non certo, menzognero, reticente, dilatorio o comunque in contrasto « allo standard della diligenza propria del professionista » (48). Da ultimo si propone di considerare, quale quarta categoria di abuso del processo, quei casi, diversi dai precedenti, in cui il giudice discrezionalmente ravvisi un comportamento da considerare tale.

Si tratterebbe di un'ipotesi di chiusura in grado di consentire al giudice, in casi non predeterminati, di ritenere abusivo per ulteriori ragioni il comportamento della parte.

Il dibattito, invero, è stato altrettanto fervido in merito all'individuazione degli strumenti punitivi più idonei in relazione alle riscontrate fattispecie di abuso del processo (49).

Tradizionalmente la risoluzione è stata apprestata ricorrendo alle sanzioni note al sistema processual-civilista in tema di spese, ed in particolare applicando le norme di cui agli artt. 88, 91, 92,96 (50).

Alla luce delle predette disposizioni, difatti, se è vero che l'art. 96 c.p.c. può applicarsi solo alla parte soccombente in giudizio, mostrandosi inidonea a sanzionare la condotta abusiva di colui il quale è vincitore, per

quest'ultimo l'abuso può rilevare ai fini della condanna alle spese per violazione dell'art. 88 o ancora quale giusto motivo di compensazione ex art. 92 c.p.c..

In tale ottica lo strumento della condanna alle spese viene ritenuto deterrente idoneo a sanzionare le diverse forme di abuso del processo.

La sanzione nei confronti di chi abusa è individuata inoltre ed *ad abundantiam* in istituti extra-processuali, quali le sanzioni disciplinari irrogate dal consiglio dell'ordine degli avvocati (51).

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza anche più recente propongono, invece, di censurare la condotta abusiva dichiarando l'inammissibilità dell'azione.

In particolare una parte della dottrina recente, ma invero minoritaria come visto, e della più risalente giurisprudenza, pervengono a tale conclusione adottando una nozione ampia di interesse ad agire ed estendendo i caratteri propri di questa condizione dell'azione, che così si apre alla sindacabilità della meritevolezza dell'interesse.

Il mancato riscontro di tale meritevolezza condurrebbe, in quest'ottica, alla dichiarazione di inammissibilità.

Altra parte della dottrina e della più recente giurisprudenza, invece, prescindendo della disamina della sussistenza o meno di un interesse, pervengono alla dichiarazione di inammissibilità dell'azione *tout court* quale strumento paralizzante l'abusività.

Tale approccio ermeneutico è stato adottato, ad esempio, in materia di frazionabilità del credito (52).

6. *Brevi considerazioni conclusive.*

La trattazione sin qui effettuata degli istituti coinvolti nella questione consente di operare una disamina, forse maggiormente consapevole, della pronuncia adottata dal Consiglio di Stato, ed invero, di sollevare qualche dubbio sulla stessa.

In omaggio alle conclusioni espresse dal Collegio, difatti, l'impugnazione del capo relativo alla giurisdizione, in quanto esperita dal ricorrente in primo grado e poiché meramente ripropositiva delle censure nel merito già espresse nel giudizio precedente, dovrebbe considerarsi contraria ai principi in materia di buona fede e abuso del processo nonché del divieto di *venire contra factum proprium*.

Lungi dal censurare la bontà del *decisum*, si vuole esprimere piuttosto qualche perplessità sull'*iter* argomentativo, nonché sull'agevole automaticità di tale approdo ermeneutico.

Ciò anche e soprattutto al fine di proporre una certa cautela nella traslabilità *tout court* dei principi espressi dal Consiglio ad ipotesi simili. Non appaiono, infatti, così lapalissiane, almeno a chi scrive, le conclusioni cui si addiène circa l'abusività della condotta *de qua*.

È evidente, d'altronde che, in omaggio a quanto esposto nei paragrafi precedenti, non si perverrebbe ad un giudizio di abusività se ad esempio ai fini della risoluzione della questione si adottasse l'impostazione ermeneutica che predilige il sindacato sulla sussistenza o meno di un interesse meritevole sotteso all'impugnazione.

Deve rilevarsi, per vero, che le condivisibili critiche mosse a siffatta impostazione suggeriscono di non ricorrere a tale metodo.

Tuttavia, pur elidendo il requisito dell'interesse, così adottando l'approccio della più recente giurisprudenza, non sembra, a chi scrive, che la condotta in oggetto possa ritenersi abusiva o comunque manifestamente tale.

Il Consiglio di Stato considera indice di abusività il ricorrere ad uno strumento processuale lecito ma che rispetto ad altre modalità consista in quello che maggiormente sacrifica la sfera del controinteressato rispetto al beneficio arrecato al titolare.

Secondo la ricostruzione elaborata dal Consiglio di Stato, difatti, il ricorrente potrebbe difendersi nel merito piuttosto che sollevare in secondo grado il difetto di giurisdizione.

Ed invero, una tale impostazione sembra incidere, erodendolo, sul diritto di difesa e con esso sul principio di « parità delle armi » (53) che come tale richiede eguaglianza di poteri all'interno del processo.

Infatti, un'eccezione astrattamente proponibile da entrambe le parti sarebbe sostanzialmente preclusa ad una di esse.

Inoltre, appare difficile ritenere che le difese in rito rappresentino una mera modalità alternativa e siano, dunque, equipollenti rispetto a quelle nel merito.

D'altronde, lo stesso carattere preliminare del difetto di giurisdizione fa assumere alla contestazione in rito un ruolo non già di mera alternatività rispetto agli ulteriori strumenti di difesa, ma di precipua opzione difensiva di carattere preminente, antecedente ed invero assorbente.

Né tanto meno, alla luce degli altri indici di abusività passati in rassegna nei paragrafi precedenti, può agevolmente concludersi nel senso di rilevare una resistenza artata per soli fini tattici, quale potrebbe essere nel caso di specie quello di sottrarsi il più a lungo possibile ad una condanna nel merito.

Inoltre, così opinando, si rischierebbe di ledere i superiori principi del giudice naturale precostituito per legge e dell'indisponibilità della giurisdizione, motivi per i quali rileva difatti la priorità logica della trattazione delle questioni di giurisdizione.

Non sembra ancora, che possa ritenersi sufficiente al fine di ritenere abusiva la condotta *de qua* la mera violazione del divieto di *venire contra factum proprium*.

Come osservato da attenta dottrina, tale divieto sarebbe incapace di ricevere immediata applicazione e di esprimere un giudizio di valore produttivo di effetti giuridici (54).

Piuttosto, sarebbe funzionale ad un utilizzo giustificato del principio di buona fede, consistendo in una mera argomentazione giuridica, e rimanendo quindi assorbito nella clausola della buona fede stessa.

In estrema sintesi, dunque, l'analisi si qui compiuta conduce ad affermare la positiva ricorrenza nel caso di specie delle condizioni dell'azione; sembra, invece, non potersi accogliere quella parte della dottrina che perviene ad una pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione del difetto di giurisdizione muovendo dal principio di autoresponsabilità, atteso che non si rinvergono i presupposti applicativi dello stesso.

Sotto altro profilo, non sembra opportuno, infine, per le ragioni si qui espresse, il ricorso al principio di abuso del diritto sotto forma di abuso del processo, come inteso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Ciò osservato, tuttavia, esaminando la questione sotto altra prospettiva, non può di contro ignorarsi l'immanenza del principio del giusto processo che tra le sue molteplici sfaccettature invoca un'attenzione verso

la celerità e la speditezza del processo.

Sotto tale angolo di visuale sembra allora poter essere utile un approccio fondato sui principi noti in materia di analisi economica del diritto, in particolare circa lo studio del processo e più in generale della giustizia.

Secondo le conclusioni cui pervengono gli studiosi della materia, la considerazione della giustizia come bene economicamente « scarso » imporrebbe alle parti un uso utile della stessa: utilità da intendersi non già, o comunque non direttamente finalizzata alla tutela della controparte, bensì di un più generale corretto andamento della giustizia (55).

Tale assunto deriva dalla preliminare constatazione di una netta divergenza tra i costi sociali e privati delle controversie che può condurre ad un livello socialmente eccessivo delle cause (56).

L'attore, difatti, al momento dell'incardinamento della controversia non tiene conto dei costi che la causa genererà allo Stato o alla controparte.

Inoltre c'è una differenza ontologica tra benefici sociali e privati delle cause che potrebbe portare ad un livello socialmente inadeguato delle controversie, conducendo alla tendenza di cause eccessive.

In ragione delle argomentazioni suesposte, gli studiosi di analisi economica del diritto pervengono alla conclusione che l'ideale ammontare delle controversie, proprio ai fini di un uso utile della giustizia, dovrebbe rinvenirsi in quello che minimizza i costi sociali: da qui l'elaborazione di strumenti atti alla riduzione dei processi seppur compatibilmente con le altrettanto importanti esigenze di efficacia deterrente che le controversie stesse producono.

Ciò chiarito, appare opportuno procedere ad una valutazione della condotta in argomento e alla qualificazione di abusività o meno della stessa proprio trasladando al caso *de quo* i superiori principi propri dei fondamenti di analisi economica del diritto.

Ebbene, l'approccio ermeneutico di tipo economico consente così di censurare la messa in moto della macchina giudiziaria « a vuoto » almeno per quel grado di giudizio dinanzi al giudice carente di *potestas iudicandi* e di considerare la condotta abusiva: un abuso dello strumento processuale alla cui qualificazione si perverrebbe tramite considerazioni di carattere oggettivo e non meramente « epidermico » che rischierebbero di condurre ad un giudizio eccessivamente discrezionale, quasi arbitrario.

Sembra allora, a parere di chi scrive, che l'adozione di tale impostazione consentirebbe forse con maggiore tranquillità di considerare la condotta *de qua* come abusiva.

Essa inoltre sembrerebbe idonea a coniugare al contempo istanze di giustizia del processo, sua utilità nei termini espressi e oggettività del sindacato circa l'abusività della condotta.

Se, dunque, la condotta può ritenersi « abusiva », sotto il diverso angolo visuale adottato, non resta che procedere alla valutazione ponderata degli strumenti punitivi a disposizione del giudicante.

Un'impostazione metodologica tesa ad una rigorosa tutela del bene giustizia potrebbe condurre a condividere la dichiarazione di inammissibilità adotta dal Consiglio di Stato.

Ed invero, sembra difficile pensare che a fronte di un simile abuso si possa ritenere il giudice

dispensato dal dovere di pronunciare. (57)

La soccombenza nel merito e la ricsuzione del giudice, quale indice di abusività, non appaiono inidonei a *bypassare* una questione preliminare che avrebbe quale effetto la formazione del giudicato implicito sulla giurisdizione.

Tale opzione inciderebbe, come già osservato, sul diritto di difesa conducendo alla paralizzazione della tecnica difensiva (58). Inoltre, così opinando, si rischierebbe di ledere il principio del giudice naturale preconstituito per legge e dell'indisponibilità della giurisdizione, motivo per il quale rileva la priorità logica della trattazione delle questioni di giurisdizione.

Più opportuno appare, allora, procedere in termini di condanna alle spese: strumento che, sebbene nel caso di specie agisca all'esito di un processo già espletato, non si ha dubbi che fungerebbe da deterrente per il futuro.

La condanna alle spese, infatti, ancorché non sia in grado di ristorare il danno patito dalla macchina giudiziaria in termini di costi e di tempo speso inutilmente, mostra la sua funzione quale « *moral suasion* » nei confronti dei « fruitori » del « bene giustizia ».

Sembra allora utile una rilettura da parte degli interpreti degli artt. 88, 91, 92 e 96 c.p.c., proprio alla luce di una funzionalità delle norme citate alla repressione della condotta abusiva.

Tesi sostenuta da numerosi processul-civili che, inoltre, rinvergono, appunto, la *ratio* di talune modifiche apportate alle norme in materia di condanna alle spese nell'esigenza di sopprimere condotte abusive e favorire la celerità del processo.

Una tale impostazione, avendo riguardo ad altro profilo, consentirebbe, inoltre, al Consiglio di Stato, pronunciandosi sulla questione di giurisdizione, di assolvere alla sua rilevante funzione nomofilattica.

Le note non le vogliono più giustificate <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Note:

(1) Sez. VI n. 1537/2011 in Foro amm. Cds, 2011, 3, 957.

(2) Per un maggiore approfondimento delle tappe evolutive registrate in argomento si veda B. R. Polito, Commento artt. 9, 10, in A.A.V.V. Codice del nuovo processo amministrativo, Caringella F., Polito M. (a cura di), Roma, 2010, 175 ss..

(3) R. Vaccarella, Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii, in www.federalismi.it, n. 24/2008. In argomento si veda pure, A. Lamorgese, Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008, in www.federalismi.it, n. 24/2008.

(4) F. Cipriani, Regolamento di giurisdizione, in Enc. Giur., vol. XXVI; E. Cannada Bartoli, giurisdizione e (regolamento di), in Enc. Giur., vol. XIX, Milano, 1970.

(5) Per una panoramica giurisprudenziale in argomento si veda., B. R. Polito, Commento art. 9, op. cit., 175 ss..

(6) Il riferimento è alle pronunce, Cons. St. 5454/2009; Cons. St. 6049/2008.

(7) Cass. Sez. Un. 26129/2010 « L' unico caso in cui la questione di giurisdizione può ritenersi preclusa e' il caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato implicito o esplicito. Pertanto qualora chi agisce in giudizio, dopo avere adito un giudice, ne eccepisca in appello il difetto di giurisdizione, e' legittimato a farlo; infatti, tale eccezione non può ritenersi preclusa per carenza di interesse per il solo fatto di avere adito un giudice, che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione, atteso che una simile decisione si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio di cui all' art. 25 Cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge ».

(8) Per una panoramica dettagliata e completa degli arresti giurisprudenziali in argomento si veda C. Onniboni, Commento all'art. 37, Codice di procedura civile commentato, a cura di, C. C. Onniboni, F.P. L. Uiso, II edizione, Ipsoa, 2000, 220.

(9) Così P. Oroschnig U.- T. Ravi A., Appello (diritto amministrativo), in Enc. Dir., Aggiornamento, III, 1999, 158 ss.

(10) Analogamente alle regole proprie del processo civile la legittimazione ad appellare nel processo amministrativo era tradizionalmente riconosciuta alle parti necessarie del giudizio di primo grado, intime o meno, costituite o meno. La disciplina normativa oggi è desumibile nel secondo comma dell'art. 102 c.p.a. che riconosce espressamente la legittimazione ad appellare oltre che alle parti tra le quali è stata pronunciata la sentenza di primo grado, anche in capo all' interventore titolare di una posizione giuridica autonoma. La disposizione conferma così l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza in merito al mancato riconoscimento di una legittimazione dell'interventore adesivo dipendente, che invero può impugnare la sentenza solo per profili di rito che abbiano dichiarato inammissibile il suo intervento. Ciò in analogia con il processo civile nell'ambito del quale la legittimazione presuppone un'autonoma posizione. Nel tempo, il profilo di maggiore divergenza dell'appello al Consiglio di Stato rispetto agli schemi processual-civili è stato invece rappresentato proprio dalla possibilità di ammettere nel secondo grado del processo amministrativo parti nuove. Accanto alla tradizionale legittimazione ad impugnare difatti, recentemente, il Consiglio di Stato ha ammesso la legittimazione a proporre appello anche in capo all'interventore ad opponendum nel giudizio di primo grado quando risulti titolare di una posizione giuridicamente autonoma rispetto alle parti. In proposito la giurisprudenza identifica l'interventore ad opponendum non solo nel controinteressato in senso sostanziale pretermesso (ovvero che doveva essere evocato in giudizio e non lo è stato) ma anche nel controinteressato successivo alla proposizione del giudizio di primo grado. In tal modo la giurisprudenza ha mostrato aperture ad una lettura in senso sostanziale della posizione del controinteressato circa la legittimazione ad appellare. Devono ritenersi così legittimati coloro che pur se non sono stati controinteressati formali nel giudizio di primo grado abbiano un apprezzabile interesse al mantenimento dell'atto impugnato, così F. G. S. Coca, Giustizia amministrativa, Torino, 2009, 215.

(11) In proposito, occorre rilevare che la distinzione tra legittimazione ed interesse ad impugnare, nonostante l'apparente netta autonomia, non è sempre avvertita con chiarezza, tanto da comportare l'adozione di una nozione ampia di legittimazione. Così M. F. Ratini, L'appello al Consiglio di Stato, in Trattato di giustizia amministrativa, a cura di F. C. Aringella, R. G. Arofoli, Milano, 2008, 340 ss; si veda anche S. P. Erongini, Le impugnazioni nel processo amministrativo, Milano, 2011, 30 e ss.

(12) Funditus si veda E. G. Rasso, Impugnazioni (dir. proc. civ.), in Enc. dir., Agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, 528.

(13) Si è infatti osservato che « se si tiene presente la finalità propria dell'impugnazione, che è quella

di ottenere la modificazione, in tutto o in parte di n provvedimento, del quale ci si dichiara del tutto o in parte insoddisfatti appare chiaro che l'interesse ad impugnare si concreta proprio nella suddetta insoddisfazione », così C. M andrioli, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, 2002, II, 395.

(14) Gli studiosi della materia hanno rinvenuto, infatti, accanto alle ipotesi di soccombenza totale, che si verifica qualora la domanda sia stata totalmente respinta, casi di soccombenza reciproca o parziale, qualora la pronuncia accolga solo alcune domande o eccezioni sollevate, così che tutte le parti sono interessate, per ragioni opposte a contestare le statuizioni. Non rare sono poi le ipotesi di soccombenza c.d. teorica o virtuale, che si rinviene in ipotesi di sentenze non definitive o impugnazioni incidentali non autonome: soccombe difatti solo virtualmente la parte che si sia vista respingere una più radicale eccezione di carattere pregiudiziale o preliminare. Da ultimo la dottrina ricorda la soccombenza pratica, che sebbene non consista in una soccombenza formale, è ugualmente idonea a conferire alla parte vittoriosa tutte le utilità avute di mira: sono le ipotesi di accoglimento della domanda per un motivo logicamente assorbente ma non soddisfacente dell'interesse sostanziale dedotto dalla parte, l'accoglimento di una domanda formulata solo in via subordinata, accoglimento ancora della domanda ma in misura inferiore alle richieste avanzate. La giurisprudenza (v. in particolare, Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2003, n. 7725; Cons. St. sez. V. 18 settembre 1998, n. 1305; Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 1991, n. 622) ha riconosciuto in proposito la sussistenza della legittimazione ad impugnare in caso di soccombenza pratica, qualora dalla motivazione della sentenza possa desumersi « un'implicita statuizione contraria all'interesse della parte medesima, nel senso che a questo possa derivare pregiudizio da motivi che, quale premessa necessaria della decisione, siano suscettibili di formare giudicato ».

(15) D'altronde la discrasia tra la nozione di soccombenza e quella di interesse ad appellare è notevole nelle ipotesi sopra citate di soccombenza pratica, in cui la parte pur formalmente vittoriosa conserva l'interesse a vedere accolti alcuni motivi respinti dal Tar o alcuni di quelli dichiarati assorbiti.

(16) In ragione della centralità della soccombenza nello studio dell'impugnazione è parimenti frequente la sovrapposizione dei concetti di legittimazione e soccombenza, che invero, non appaiono ai più soddisfacenti. D'altronde la differenza ontologica tra le due categorie diviene macroscopicamente evidente, nelle ipotesi dell'appello promosso dal controinteressato pretermesso o da quello sopravvenuto. E difatti a tali soggetti che non sono stati parti del processo di primo grado non può certamente riferirsi il concetto di soccombenza.

(17) E. G rasso, *Interesse ad impugnare*, op. cit.; C. M andrioli, op.cit, 377.

(18) Così C. M andrioli, op. cit., 377, nota (2).

(19) Con queste premesse vengono considerate non più eccezioni ma manifestazioni di una regola diverse ipotesi già acquisite dalla giurisprudenza. Il riferimento è alle ipotesi di soccombenza teorica, quale quella della parte vittoriosa nel merito ma soccombente in punto di giurisdizione (cfr. Cass. 1 aprile 1999 n. 3102; Cass. 23 dicembre 1991 n. 13862, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 1733); così nel caso in cui dal passaggio in giudicato della sentenza possa derivare un pregiudizio pratico per la parte vittoriosa (Cass. 22 febbraio 200 n. 2022; Cass. 24 marzo 1987 n. 2847; Cass. 18 marzo 1999 n. 2494, in *giuri t.*, 2000, 1407); si riscontra ancora l'interesse ad impugnare nei casi in cui, come quello ad oggetto della sentenza che si commenta, l'attore, soccombente nel merito, abbia visto risolta in suo favore, una questione preliminare di rito rilevabile d'ufficio che, ove risolta diversamente, gli consentirebbe la riproposizione della domanda (L. S alvaneschi, in *Riv. Dir. Proc.*, 1983, p. 570 e ss.).

(20) Così P otoschnig U.- T ravi A., Appello(diritto amministrativo), op. cit, 160.

(21) Fondamentale ai fini di tale ricostruzione M. N igro, L'appello nel processo amministrativo, Milano, 1960, in particolare, 431 ss..

(22) In giurisprudenza, sulla medesima questione si cfr. Cons. St. 5454/2009. Ha, inoltre, egregiamente chiarito il rapporto tra soccombenza, interesse e legittimazione Cons. St. 6049/2008

(23) L uiso, Diritto processuale civile, Principi generali, I, Giuffrè, 78.

(24) L uiso, op. loc. cit..

(25) Vedi supra par. 2

(26) Per un egregio approfondimento del principio si veda. S. P ugliatti, Autoresponsabilità, in Enc.dir., vol. IV, 452.

(27) Sulla nozione generica di responsabilità cfr. P ellegrini, Responsabilità, in Nuovo dig. it., XI, Torino, 1939, 438 ss.

(28) Il processo di imputazione consiste nella risultante di un duplice giudizio: quello fenomenologico, rispetto al comportamento, consistente nell'accertamento del vincolo genetico; quello deontologico, rispetto alle conseguenze, sulla scorta del quale affermare la necessità che il soggetto sopporti le conseguenze del fatto posto in essere. L'imputazione è dunque il fulcro della responsabilità giuridica e, conseguentemente, presuppone l'individuazione e, la strenua applicazione, di criteri che individuino specificamente i presupposti di operatività della stessa. Quella della responsabilità giuridica, è una nozione rispetto alla quale si pongono immediatamente i seguenti elementi specificativi: a) comportamento giuridico, cioè azione od omissione giuridicamente rilevante; b) conseguenze giuridiche, cioè tali che possano influire sulla realtà giuridica in modo da potersi qualificare effetti giuridici. Avendo riguardo al giudizio fenomenologico, particolare rilevanza assume quella responsabilità verso terzi, ovvero da illecito che si caratterizza per la «violazione di un precetto giuridico proibitivo o imperativo posto a tutela dell'interesse altrui» e nella successiva applicazione dei relativi rimedi.

(29) Più specificamente tale incidenza deve verificarsi avendo riguardo al rapporto tra comportamento e interesse tutelato direttamente dalla norma e non già avendo riguardo al diverso rapporto comportamento conseguenze.

(30) Il significato e il contenuto di tale rapporto non è facilmente determinabile.

(31) Il fenomeno si appalesa in tutte quelle situazioni nelle quali il soggetto a causa del proprio comportamento incorre nella perdita di un diritto, azione, facoltà. Emblematiche in tal senso sono le disposizioni di cui agli artt. 1287, 1952, 1957 c.c.. Paradigmatico poi è senza dubbio il secondo comma dell'art. 1227 c.c., concorso del danneggiato nella causazione del fatto, in applicazione del quale colui che concorre col proprio comportamento alla causazione del danno subito, senza recidere il nesso di causalità, deve sopportare le conseguenze in termini di esclusione del risarcimento per i danni che lo stesso avrebbe potuto evitare.

(32) Così S. P ugliatti, op.cit, 456.

(33) Così S. P ugliatti, Autoresponsabilità, op. cit., nota (74).

(34) S. P atti, Abuso del diritto, in Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1987, 1. L'autore,

facendo riferimento all'evoluzione degli ordinamenti moderni, osserva come il principio in esame sia di origine giurisprudenziale, e che poi alcune legislazioni lo abbiano recepito, mostrando in tal modo di preferire un'espressa attribuzione al giudice del potere di sindacare l'esercizio del diritto soggettivo.

(35) G. P ino, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. M aniaci, Milano, 2006,115, osserva come nonostante l'apparente tecnicismo della questione, la figura dell'abuso del diritto ha suscitato (specialmente in quegli ordinamenti in cui il relativo divieto non è stato codificato) accese querelle ed entusiastiche adesioni, che hanno visto contrapposti due opposti orientamenti: da una parte quanti, in omaggio alla certezza del diritto, rifiutavano la possibilità di subordinare l'esercizio di diritti soggettivi riconosciuti dalla legge ad un principio così evanescente da dare luogo a decisioni giudiziali variabili caso per caso, e dall'altra, quanti accoglievano con favore questa figura in ragione del fatto che essa favorisce un'opera di moralizzazione, da parte del giurista, dell'arida lettera del diritto positivo. Sotto altro profilo la discussione dogmatica sull'abuso del diritto ha involto considerazioni di tipo filosofico-politico sull'organizzazione giuridica. “ Così, i sostenitori di una visione individualista e liberale, sul presupposto che compito dell'ordinamento è di assicurare il libero godimento dei diritti individuali”... “hanno stigmatizzato la figura come una pericolosa intrusione nell'ambito di libertà che l'ordinamento garantisce ai singoli tramite la legge generale e astratta, mentre i fautori di concezioni maggiormente orientate in senso « comunitarista »”... “hanno sottolineato come l'esercizio dei diritti soggettivi non si possa risolvere nella sfera egoistica del titolare, ma debba inserirsi nella rete degli interessi perseguiti dalla comunità politica nel suo complesso, ed emergenti dalla « coscienza sociale »”.

(36) Tale divieto, invero, era previsto nel progetto del Codice italo-francese delle obbligazioni e nel progetto definitivo del codice civile del 1942, il cui artt. 7 prevedeva che « nessuno può esercitare il suo diritto in contrasto con lo scopo con il quale il diritto gli fu riconosciuto ». S. R omano ha rilevato, in merito, che il mancato inserimento di una norma di carattere generale sull'abuso del diritto possa ritenersi giustificato. Si tratta, infatti, secondo l'Autore, di un problema di teoria generale che si lascerebbe difficilmente tradurre in termini precettivi. Secondo tale ricostruzione, è concepibile, piuttosto, una varietà di formule entro l'ambito dei singoli istituti: la legge, difatti, abbonda di richiami all'abuso. Così opinando, i caratteri degli abusi sarebbero, dunque, inscindibilmente connessi alla configurazione dei limiti degli istituti stessi. L'autore, più precisamente, effettua un'accurata disamina delle correnti positive e negative all'ammissibilità della figura dell'abuso. Respingendo, poi, l'impostazione di coloro i quali sostengono che ove c'è diritto non c'è abuso, approda alla conclusione di un necessario esercizio dei diritti in funzione della cura di determinati interessi. Ne consegue che, il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere. Accogliendo, dunque, il principio di abuso del diritto, sia pur nei limiti e termini suesposti, e prescindendo da formule esatte, soprattutto in relazione alla varietà degli aspetti pratici che la legge disciplina caso per caso, un concetto generale di abuso può, così, riscontrarsi in tutti quei casi in cui si verifichi « un'alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso ». Ciò, più precisamente, si verifica: a) in ogni ipotesi di alterazione del fattore causale che si ripercuote in un'alterazione della struttura dell'atto stesso, assimilabile alla figura nota al diritto amministrativo dello sviamento del potere; b) qualora la condotta sia contraria a buona fede o lesiva della buona fede altrui. Per un approfondimento della tematica si veda, dunque, S. R omano, *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 168 ss..

(37) Un primo e superato orientamento al fine di conferire consistenza giuridica al principio ne

rinveniva il fondamento nell'art. 833 c.c. ovvero dalla norma in materia di divieto di atti emulativi quale limite esterno all'esercizio del diritto di proprietà. Si proponeva così di considerare l'illecito l'esercizio del diritto che perseguisse scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento riconosceva e conferiva il diritto stesso (così Cassazione, 15 novembre 1960, n. 3040, in Foro it., 1961, I, 256). Si osservava contrariamente, però che il legislatore, invero aveva previsto un'apposita norma, l'art. 1175 c.c., per la disciplina del corretto esercizio del diritto in materia di diritti relativi, sul punto cfr. R. Scigno, *Abuso del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988, 53. Secondo alcuni autori altre norme sarebbero espressive del divieto di abuso del diritto (art. 330, 1015, 2793 c.c.), tanto che in dottrina ci si è chiesto se possano rappresentare ipotesi espressive di un più generale principio o piuttosto costituiscano discipline settoriali e circoscritte.

(38) Il riferimento è, evidentemente, alla buona fede intesa in senso oggettivo. Per un approfondimento della tematica, ed in particolare della distinzione tra buona fede in senso soggettivo ed oggettivo si veda S. Romano, *Buona fede (dir. priv.)*, in Enc. Dir., Milano, V, 1959, 677 ss.. L'autore spiega, attentamente, come mentre la buona fede in senso soggettivo identifica uno stato soggettivo della coscienza, consistendo in particolare in una conoscenza o in una ignoranza, la buona fede in senso oggettivo si innesta nel quadro delle norme di comportamento, pone regole di condotta che le parti sono tenute ad eseguire.

(39) Così S. Patti, *op.cit.*, 1.

(40) Si comprende come la figura dell'abuso del diritto si differenzia dall'ipotesi di eccesso del diritto. E difatti nel primo caso l'atto rientra formalmente nei limiti del diritto seppur devii dai principi e scopi sottesi allo stesso; nel secondo caso la condotta fuoriesce dal novero dei diritti attribuiti al titolare.

(41) Così A. Dondi, *Abuso del processo*, in Digesto Civ., 2011, III, 1 ss.

(42) Cfr. ex pluribus, 5 settembre 2003, n. 12935; 7 marzo 2003, n. 3410.

(43) Una lite introdotta nella consapevole certezza dell'infondatezza della pretesa o un'attività tattica e dilatoria secondo Cass. Sez. I, sentt. 14 settembre 2007 nn. 19187 e 19189.

(44) Così M. D'Amico e C. Ristofaro, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto processo civile*, 4/09, 993

(45) Per un interessante approfondimento della tematica si cfr. M. D'Amico e C. Ristofaro, *op.loc. cit.*, 1006. L'autore evidenzia attentamente come la questione in relazione alla quale si è prospettata l'utilizzabilità della nozione di interesse ad agire in funzione di repressione di comportamenti processuali abusivi è quella della frazionabilità del credito. Come si approfondirà, l'orientamento sulla questione, risolto per lungo tempo dalla giurisprudenza anche a Sezioni Unite nell'ottica della valutazione della sussistenza o meno di un interesse meritevole (ossia Cass., n. 108/2000/S u), è stato recentemente ribaltato da una pronuncia resa dalla suprema Corte, sempre a Sezioni Unite, nel cui iter ermeneutico il requisito dell'interesse così inteso è stato totalmente espunto tra i criteri di disamina.

(46) G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo, Rielaborazione, con l'aggiunta delle note e la modifica del titolo, della relazione tenuta in Urbino, il 23 settembre 2011, in occasione del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, in www.judicium.it.

(47) Basti pensare all'ipotesi, spesso verificatasi in passato nella vigenza della precedente disciplina, di regolamento preventivo di giurisdizione, al fine esclusivo o prevalente di ottenere la sospensione del processo di merito piuttosto che una decisione giurisdizionale. In tali ipotesi la giurisprudenza, rilevata la strumentalità dell'espedito, ha sanzionato ai sensi dell'art. 96 c.p.c. il comportamento sul piano delle spese e

del risarcimento del danno. Più propriamente nell'ambito del processo amministrativo, emblematica è l'ipotesi dell'introduzione della controversia presso giudice incompetente per l'ottenimento di una misura cautelare verso la quale si sa che il giudice così adito è maggiormente incline rispetto a quello che sarebbe invero competente. È il fenomeno del c.d. forum shopping, nel linguaggio della dottrina angloamericana, tipico esempio di abuso della norma sulla derogabilità della competenza per finalità strumentali. Consapevole di tale anomalia la giurisprudenza in ipotesi di esperimento del regolamento di competenza, e rilevata fondatezza dell'eccezione di incompetenza, ha osservato che è prioritario deliberare sulla questione di incompetenza, prima ancora di pronunciarsi sull'istanza cautelare, e precluderla con conseguente condanna alle spese ove ritenuta non manifestamente infondata. Così N. P. Aolantonio, *Abuso del processo* (dir. Proc. Amm.), in *Enc. Dir.*, Annali II, t.1, 2008, 1 ss.

(48) Così Dondi-Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 ss.

(49) Per una panoramica degli strumenti punitivi cfr G. Nicotina, *L'abuso nel processo civile*, Aracne, Roma, 2005.

(50) Sotto tale profilo taluno rinnega la valenza innovativa del principio di abuso del diritto, sub specie di abuso del processo, potendosi risolvere le questioni in oggetto con principi endocodificistici. Altri autori, invece, non vedono come possa ragionarsi diversamente, sostenendo l'inidoneità della buona fede e dell'abuso di proiettare i propri riflessi su altri snodi del processo civile. Definiscono così tranquillizzante la riduzione della tematica dell'abuso sul versante delle spese. Così D. e C. Ristofaro-Doveri di buona fede, op. cit.; Funditus sulla riconduzione della tematica dell'abuso nell'ambito della disciplina delle spese si veda F. C. Ordopatri, *L'abuso del processo*, I, *Profili storici*, II, *Diritto positivo*, Padova, 2000. Ad abundantiam secondo autorevole dottrina e la più recente giurisprudenza, le modifiche legislative apportate in materia di condanna alle spese rinverrebbero la loro ratio introduttiva proprio nel tentativo di sanzionare condotte abusive. In tale ottica l'introduzione di un danno, secondo i più, tipicamente punitivo quale quello di cui all'art. 96 comma III c.p.c., dovrebbe intendersi finalizzato a scoraggiare l'abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia.

(51) Così C. E. G. allo, *Abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 4/08, 1005.

(52) L'approccio sulla questione nel tempo è certamente mutato sulla scorta della prospettiva e dei presupposti ermeneutici adottati. Con il primo importante intervento della suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite la parcellizzazione della pretesa creditizia, seppur derivante dalla medesima ed unica fonte di obbligazione, è stata ritenuta legittima e non già abusiva stante la rilevanza del sotteso interesse meritevole di tutela. Come già anticipato è evidente come il presupposto logico giuridico di siffatta impostazione sia stato la preliminare adozione di una nozione di interesse ad agire lata comprensiva della sindacabilità circa la meritevolezza della tutela e della relativa tecnica perseguita. Le Sezioni Unite in particolare rilevavano l'impossibilità di riscontrare il difetto di interesse nella proposizione di una domanda frazionata, essendo invero sufficienti anche minimi vantaggi tecnico-processuali che risultino apprestati dall'ordinamento. È con la nota sentenza n. 23726/2007 che le Sezioni Unite sovvertono l'impostazione precedente espungendo dai criteri idonei a rilevare l'abusività l'elemento dell'interesse. La condotta in oggetto viene così considerata abusiva tout court nonché violativa dei canoni del giusto processo e paralizzata con la dichiarazione di inammissibilità. Si tratta, infatti, secondo le conclusioni della Corte, di un comportamento che ingenera una disarticolazione dell'unità sostanziale del rapporto che, attuata tramite il processo, si risolve in abuso dello stesso, violando il principio della necessaria unicità della verifica processuale circa l'esistenza e ammontare di una situazione giuridica sostanziale intrinsecamente unitaria, arrecando peraltro un sacrificio sulla controparte sproporzionato

rispetto al beneficio perseguito. A superare l'impostazione precedente concorre la convergenza dei principi in materia di abuso del processo con i valori del giusto processo oggi presidiato al massimo livello normativo dall'art. 111 Cost., ossia con considerazioni ancora non maturate ai tempi dei precedenti arresti giurisprudenziali. Ed invero, l'impostazione cui da ultimo è approdata in argomento la giurisprudenza civile è certamente apprezzabile almeno circa l'elisione dell'elemento interesse meritevole. Appare evidente d'altronde come, così opinando, si addivene ad un sindacato dalla ridotta e circoscritta discrezionalità. Procedendo con la disamina del merito della questione, la sentenza di inammissibilità pronunciata dalla Corte ha il pregio, come acutamente osservato in dottrina, di consentire la riproposizione della domanda (nel caso di specie, difatti, i decreti ingiuntivi erano stati revocati ed il convenuto non aveva chiesto con ricorso incidentale la caducazione delle molteplici domande frutto dell'inammissibile frazionamento). La dichiarazione di inammissibilità, rebus sic stantibus non precludeva l'accesso al perseguimento, per l'intero del credito. Ed invero, taluni processul-civilisti (M. D e C ristofaro, op. loc. cit, 1014) hanno ritenuto che la questione potesse più agevolmente risolversi sul piano della formazione del giudicato e dei limiti oggettivi e soggettivi dello stesso, senza dover scomodare in alcun modo principi evanescenti quali quelli dell'abuso del processo. Una parte della dottrina in particolare sostiene che la decisione n. 23726/2007 sarebbe corretta quanto al decisum ma non già quanto alla motivazione. Il frazionamento difatti, secondo le critiche sollevate, andrebbe impedito opinando in omaggio ai limiti oggettivi del giudicato, essendo notorio che non è deducibile in un successivo processo una parte di un rapporto giuridico già dedotto in giudizio e già deciso con autorità di cosa giudicata.

(53) R. Villata, In tema di ricorso incidentale e di procedura di gara con due soli concorrenti, in Dir. Proc. Amm., 2008, 947

(54) Per un approfondimento del principio di Venire contra factum proprium si rinvia a F. A stone, Venire contra factum proprium, Jovene editore, Napoli, 2006.

(55) Così, L. A. Franzoni, Introduzione all'economia del diritto, Il Mulino, Bologna, 2003, 209 ss.

(56) S.S havell, Fondamenti dell'analisi economica del diritto, Giappichelli, 2004, 353 ss.

(57) Si vedano, ad esempio, le ipotesi di regolamento di competenza abusivo in relazione alle quali la giurisprudenza non ha mai concluso con sentenza di rito. Nei medesimi termini esposti si è, anche di recente, pronunciata la Cassazione con sentenza 10488/2011 chiarendo che al cospetto di un abuso del diritto di azione, il giudice non deve pronunciare sentenza declinatoria di rito, giacché gli effetti dell'abuso sono ritenuti collocabili sul solo piano della valutazione delle spese e deve escludersi che l'abuso possa ritenersi elemento ostativo ad un esame nel merito.

(58) Ciò evidentemente con effetti profondamente differenti, nella sostanza, rispetto a quelli prodotti nella vicenda già esaminata relativa alla frazionabilità del credito.

ABUSO DEL PROCESSO NELLA FORMA DEL VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM IN TEMA DI GIURISDIZIONE. NOTE CRITICHE.

Diritto Processuale Amministrativo, fasc.2, 2015, pag. 685

Giuseppe Tropea -

Classificazioni: ABUSO DEL PROCESSO

Il sommario non lo vogliono più giustificato <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Sommario: 1. Premessa. — 2. Dall'abuso del diritto all'abuso del processo (cenni). — 3. La penetrazione dell'argomento dell'abuso nella giurisprudenza amministrativa. — 4. Il caso giurisprudenziale in esame. — 5. Gli scenari di fondo: il processo come servizio pubblico e l'applicazione del principio di proporzionalità nel processo. — 6. Segue: sulla dequotazione della questione di giurisdizione come questione di ordine pubblico processuale. Implicazioni giurisprudenziali e scenari sistematici. — 7. La giurisprudenza amministrativa in tema di eccezione di difetto di giurisdizione ed abuso del processo (nella forma del venire contra factum proprium) — 8. Criticità: la figura del giudicato implicito in presenza di impugnazione ad hoc e la rilevanza “disapplicativa” della regola insita nel richiamo all'abuso del processo. — 9. Segue: perplessità ulteriori: il fronte dell'interesse ad impugnare la sentenza e l'individuazione della corretta sanzione nei riguardi del comportamento contraddittorio della parte.

1. La giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni, assecondando istanze già presenti in altri rami dell'ordinamento, impiega in modo sempre più ricorrente l'*argomento* dell'abuso del processo.

Il tema potrebbe essere affrontato sotto due punti di vista: quello delle politiche pubbliche messe in campo per fronteggiare i “costi del processo”, e quello, appunto, della progressiva penetrazione nel discorso giurisprudenziale della nozione di “abuso del processo”.

La sentenza che qui si commenta consente di saggiare criticamente soprattutto questo secondo profilo, più interessante ad avviso di chi scrive, anche se, come si vedrà, non può escludersi la rilevanza sul tema delle disposizioni che il legislatore, anche di recente, ha approntato per combattere il fenomeno dell'abuso.

Ci si riferisce, evidentemente, soprattutto alle molteplici modifiche subite dall'art. 26 c.p.a. (1).

2. Comunemente si afferma che la teoria dell'abuso del diritto, nella sua accezione moderna, nasce in Francia alla fine del secolo diciannovesimo, in materia di proprietà, senza alcuna base legislativa, ma come istituto di matrice giurisprudenziale volto ad avvalorare una concezione relativistica della proprietà, specie nel campo sempre più problematico — per l'epoca — dei rapporti fra quest'ultima e la nascente industria.

Nella dottrina italiana, dopo un certo scetticismo iniziale (2), tra la fine degli anni '50 e gli anni '60 il tema viene ripreso con lavori di grande importanza (che tendono in vario modo a dare cittadinanza alla figura), come il saggio di Ugo Natoli (3) e la voce enciclopedica di Salvatore Romano (4), le monografie di Giorgianni (5) e di Rescigno (6). Non è questa la sede per effettuare particolari approfondimenti (7); ci limitiamo, quindi, a

mere indicazioni di larga massima, considerando soprattutto il dibattito degli ultimi anni.

In questo senso, può essere opportuno qui notare che, di recente, c'è stato un ritorno di interesse per la questione, nel contesto di una più generale ripresa della tematica — senza tempo — delle clausole generali, specialmente la buona fede (8).

Contestualmente il tema, anche attraverso il detto dibattito sulle clausole generali, cattura l'interesse dei filosofi del diritto, anche perché esso tradizionalmente chiama in causa il c.d. diritto giurisprudenziale (9) e il “difficile rapporto fra giudice e legge” (10).

Significativi i contributi di Giorgio Pino (11), di Celano (12), di Comanducci (13) e di Aurelio Gentili (14).

Sul piano giurisprudenziale il ritorno d'interesse per il tema dell'abuso del diritto è certamente riconnesso al notissimo caso *Renault*, in tema di abusività di diritto di recesso *ad nutum*, vero e proprio “blockbuster” giurisprudenziale sul tema, oltre che “capo delle tempeste” della nutrita schiera di civilisti che si è misurata sulla questione (15).

Quanto all'abuso del processo civile, centrali appaiono i lavori sul tema di Taruffo, a far data dalla metà degli anni '90 (16). In essi, ad esempio, si imposta la fondamentale la distinzione fra abuso *del* e abuso *nel* processo, ovvero l'idea che non possa considerarsi abusivo un comportamento obbligatorio, ma solo quando la parte ha margini di discrezionalità, seppure regolata e non assoluta.

Gli allievi del maestro pavese si concentrano, quindi, soprattutto sull'abuso come problema che dovrebbe gravare sul difensore, più che sulla parte (con idonee sanzioni disciplinari) (17). Tale approccio è ascrivibile soprattutto al taglio comparato dell'analisi.

L'imponente lavoro, anche di ricostruzione storica, di Cordopatri (18) considera invece l'abuso come problema essenzialmente relativo alle spese processuali, criticando la sistemazione chiovendiana fondata sul principio *victus victori* (oggi tale critica sembra trovare conferma nel novellato art. 92 c.p.c.).

Il tema torna d'interesse con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione sul frazionamento del credito: *revirement* del 2007 di un precedente del 2000 (19).

Con essa, alla luce del principio di correttezza e di buona fede (che deve improntare il rapporto fra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento), il cui adempimento è richiesto dall'art. 2 Cost., nonché in relazione al canone del “giusto processo”, di cui all'art. 111 Cost., si è ritenuto precluso al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, il frazionamento del credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo.

Tale sentenza ha riportato l'interesse sul tema, come è testimoniato dal fatto che ad Urbino, nel settembre 2011, si è tenuto il Convegno dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile dedicato proprio all'abuso del processo (20).

Di recente, poi, si è declinata la nozione di interesse ad agire correlandola al principio di buona fede, e più in generale al divieto di abuso del diritto, *sub specie* di “meritevolezza della tutela richiesta”. Si è sostenuto,

quindi, che l'art. 100 c.p.c. non solo alluda all'esigenza che l'affermazione della lesione del diritto trovi soddisfazione nel provvedimento richiesto al giudice, ma altresì che consenta — in una lettura di tale norma coordinata con i principi dell'equo processo (art. 6 Cedu e art. 111 Cost.) — di scrutinare la “causa” della domanda giudiziale come concretamente proposta (ossia, appunto, la meritevolezza), sanzionando con l'inammissibilità le ipotesi in cui tale “causa” evidenzi che l'attore sta abusando del diritto d'azione (21).

Si tratta di una tesi non del tutto nuova, anche se originale nel richiamo ai principi che dovrebbero porsi a fondamento della stessa.

Si deve ad una nota opera di Schönke (22) il collegamento tra il bisogno di tutela giuridica e lo scopo del processo. Lo scopo del processo, collettivisticamente ricostruito in aperta polemica con la tradizionale concezione liberale, faceva del concetto di “meritevolezza della tutela” una categoria elastica e sfuggente (anche al di là degli estremismi della giurisprudenza nazionalsocialista), attraverso la quale il giudice avrebbe potuto negare tutela a condotte considerate teleologicamente non congrue.

Più di recente, nella dottrina italiana, spunti per una simile concezione dell'interesse a ricorrere sono rinvenibili nella nota monografia di Sassani (23).

La tesi di Ghirga, comunque, ha ricevuto più critiche che consensi.

Intanto, si è evidenziata la non sovrapponibilità fra buona fede ed abuso del diritto. Poi, si è messo in luce il problema dell'aleatorietà della clausola generale “abuso del processo”, e quindi la sostanziale perdita di certezza, ed il rischio di autoritarismo giudiziario e di inammissibile sacrificio del diritto di difesa in nome di esigenze tenuamente connesse all'amministrazione della giustizia. C'è, inoltre, la questione del *chi*, nel nostro assetto istituzionale, sia chiamato ad effettuare tali scelte di *policy* che, in quanto “macrogiudiziarie”, non possono essere lasciate all'iniziativa del singolo giudice (24).

Un'acuta analisi critica ha altresì evidenziato come la ricostruzione in esame, oltre a fare un uso disinvolto ed inaccettabile dell'interpretazione costituzionalmente orientata (25), radicalizzi ed esaspera la strumentalità del processo rispetto al diritto privato sostanziale, segnando così un'involuzione nello studio dell'azione e dei suoi rapporti con il processo (26).

Più di recente, poi, la teoria dell'azione ha assunto un “tono” costituzionale, a nostro giudizio del tutto incompatibile con la concezione della “meritevolezza della tutela”, nonostante i tentativi di far prevalere, nel “gioco” del bilanciamento, la versione efficientistica del giusto processo.

Quel che per il momento conta maggiormente evidenziare, invece, è che tale ricostruzione ha trovato un riconoscimento costituzionale nel combinato disposto, più che dell'art. 100 c.p.c. e 111 Cost. o 6 Cedu, degli artt. 24 e 3 Cost., ovvero 24, 1 e 2 Cost., là dove si è sancita la piena funzionalizzazione dell'azione non già ad esigenze “macrogiudiziarie”, ma alla tutela delle posizioni soggettive del diritto sostanziale, inserendo peraltro il diritto in questione nel catalogo dei diritti inviolabili esercizio della sovranità (27).

Nonostante ciò, tale impostazione sembra attecchire anche nella giurisprudenza amministrativa.

In tema di interesse a ricorrere, ad esempio, si è ritenuto che la verifica sulla sussistenza di esso nel processo amministrativo si snodi in diversi momenti, occorrendo: « a) delimitare il quadro fattuale emergente

dagli atti del giudizio e sulla sua scorta verificare se la posizione azionata presenti un elemento che, rispetto all'azione amministrativa contestata, la ponga in una situazione differente dall'aspirazione alla mera illegittimità che anima tutti i consociati; b) accertare la presenza di una potenziale lesione della posizione giuridica la cui tutela viene prospettata; c) individuare l'utilità, sia pure potenziale o strumentale, di cui in concreto il ricorrente fruirebbe in caso di rimozione del provvedimento; d) *escludere che l'utilizzo del processo amministrativo si traduca in un abuso del mezzo giurisdizionale* » (28).

3. La sentenza che si annota, uniformandosi a una massima che inizia ormai a consolidarsi, parla di « principio del divieto di abuso del processo, precipitato del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede ».

L'abuso del diritto, che “diviene” abuso del processo, fa il suo “ingresso ufficiale” (29) nella giurisprudenza amministrativa con la nota Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011, che affronta, fra l'altro, anche il tema della sindacabilità delle condotte processuali ai fini dell'evitabilità del danno di cui all'art. 1227, comma 2, c.c.

In quella sede i giudici si sono a lungo soffermati sull'istituto in esame, ritenendo di potervi ricondurre la scelta positiva effettuata con l'art. 30, comma 3, del c.p.a., ove si stabilisce che il giudice, nel determinare il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

Nella motivazione della sentenza il mancato esperimento dell'azione di annullamento (precedentemente o contestualmente all'azione risarcitoria) viene ritenuto condotta processualmente scorretta: « la disarticolazione, da parte del creditore, dell'unità sostanziale del rapporto (...), oltre a violare il generale dovere di correttezza e buona fede, in quanto attuata nel processo e tramite il processo, si risolve anche in abuso dello stesso ed in una violazione del canone del giusto processo » (30).

L'abuso del diritto “si fa” integralmente abuso del processo amministrativo nel recente orientamento giurisprudenziale che, partendo dalla discussa giurisprudenza “creativa” della Cassazione in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione (31), poi recepita per il processo amministrativo all'art. 9 c.p.a., e disattendendo un indirizzo precedente (32), che aveva ammesso l'appello proposto da ricorrente in primo grado (rimasto soccombente per motivi di merito) per far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritiene che l'eccezione relativa al difetto di giurisdizione non sia proponibile dalla parte che in primo grado aveva esperito ricorso davanti al giudice amministrativo.

Da notare che tale orientamento giurisprudenziale prende il via in un caso in cui il difetto di giurisdizione in appello veniva eccepito con semplice memoria (33), seppure notificata, mentre in casi successivi la censura di difetto di giurisdizione veniva proposta con atto di appello (34). Si tratta di una differenza, come vedremo, di non poco momento.

In ogni caso tale giurisprudenza si fonda essenzialmente su due argomenti: la disciplina del difetto di giurisdizione introdotta dall'art. 9 c.p.a. e i principi di correttezza e affidamento nell'esercizio del diritto d'azione.

Infine (ma potrebbero ormai farsi tanti altri esempi, a conferma della intensa capacità pervasiva dello “stilema”) (35), ha fatto molto discutere una sentenza breve relativa a un caso di impugnativa del giudizio di non idoneità in un test psico-attitudinale in un concorso per il reclutamento di allievi finanziari della Guardia di Finanza (36).

La pronuncia che si annota in questa sede rientra nel novero della giurisprudenza appena richiamata sul c.d. divieto di *venire contra factum proprium* in tema di giurisdizione; essa rivela, come si tenterà di dimostrare, uno scenario in cui in applicazione di principi e/o valori generali, quali la “ragionevole durata del processo”, di cui all'art. 111 Cost., o dei principi di solidarietà e di buona fede, di cui all'art. 2 Cost., si finisce per disapplicare una o più regole processuali, a loro volta espressione di altri principi costituzionali, come, ad esempio, quello di precostituzione per legge del giudice naturale (art. 25 Cost.).

Se è così, i problemi generali da essa disvelati appaiono enormi, e possono riassumersi nella felice espressione, da sempre abbinata al discorso sull'abuso del diritto (prima che del processo), dei “difficili rapporti fra giudice e legge”.

In tal senso bisognerebbe intendersi sull'attuale senso e portata della riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost., notandosi altresì come il dato costituzionale induca a ritenere che è “la legge”, non già “il giudice”, ad assicurare la ragionevole durata del processo, almeno nel nostro ordinamento (37).

Si tocca qui l'altro tema della (in)certezza sempre più diffusa del diritto e delle regole, che merita particolare attenzione e cura soprattutto in ambito processuale.

Sotto questo profilo, come si dirà meglio in seguito, si condivide l'idea di chi ritiene che il modo in cui il servizio giudiziario è organizzato, e il perseguimento della sua efficienza, è problema che riguarda essenzialmente il legislatore, e non può essere addossato ai singoli giudici: la dottrina classica ha sempre avvertito il tentativo di una lettura delle norme processuali secondo lo scopo o la funzione (38).

E che proprio che questa sembra essere la tendenza viepiù dominante, anche presso la giurisprudenza amministrativa, lo testimoniano i seguenti emblematici passaggi di due importanti pronunce, sopra richiamate, che posso leggersi quasi in giustapposizione: « il principio dell'insindacabilità delle scelte giudiziarie, al di là dei limiti e dei divieti puntualmente stabiliti, è interessato da un graduale ma chiaro superamento da parte della giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione, propensa a sanzionare le condotte processualmente scorrette con gli strumenti del divieto dell'abuso del diritto, della clausola di buona fede e dell'*exceptio doli generalis* »; e ancora: « il divieto di abuso del diritto diviene anche divieto di abuso del processo, quale esercizio improprio, sul piano funzionale e modale, del potere discrezionale della parte di scegliere le più convenienti strategie di difesa (...) » (39).

Questo non significa certo che il giudice non debba, o non possa, sanzionare comportamenti che concretino “abuso del processo”.

Ma, a questo punto, il problema è appunto sanzionatorio, chiamando in causa, per il processo amministrativo, essenzialmente il combinato disposto degli artt. 88, 92 e 96 c.p.c. in tema di riparto delle spese processuali, nonché l'art. 26 c.p.a., come detto più volte novellato.

La formulazione, e la relativa esegesi, di quest'ultima norma, presenta a sua volta gravi problemi, anche

di ordine costituzionale; senonché, poiché non è questa la sede per esaminare le politiche legislative (e le relative interpretazioni giurisprudenziali) in tema di spese di giudizio e di lite temeraria, il richiamo a tali aspetti sarà funzionale al solo fine di indicare come la strada più corretta da praticare appaia — almeno a chi scrive — quella di misure sul fronte del riparto delle spese e/o sanzioni che vadano a colpire il *comportamento* della parte processuale piuttosto che l'atto introduttivo del giudizio, fulminando quest'ultimo con la (impropria, oltre che sproporzionata) sanzione dell'inammissibilità.

4. La vicenda contenziosa in esame concerne l'impugnativa avverso un diniego di accesso al Fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso di cui alla l. 512/1999.

In tal caso i ricorrenti in primo grado, vistosi respingere il ricorso nel merito, hanno proposto in via subordinata l'“eccezione” relativa al difetto di giurisdizione.

I giudici di Palazzo Spada, pur ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, dichiarano inammissibile il motivo relativo al difetto di giurisdizione, respingendo poi l'appello nel merito.

Richiamando precedente giurisprudenza, sulla quale si avrà modo di tornare, si ritiene che « integra un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione di giurisdizione. La sollevazione di detta auto-eccezione in sede di appello, per un verso, integra trasgressione del divieto di *venire contra factum proprium* — paralizzabile con l'*exceptio doli generalis seu presentis* — e, per altro verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice, in ipotesi provvisto di giurisdizione, adito secondo le regole in tema di *translatio iudicii* dettate dall'art. 11 c.p.a. (...). Ne discende che, alla stregua del principio del divieto di abuso del processo, precipitato del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede, deve considerarsi inammissibile il motivo di impugnazione con il quale il ricorrente contesti la giurisdizione, da lui stesso adita, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in palese contrasto con il divieto di *venire contra factum proprium* e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c. (...)».

Sottolineiamo sin d'ora alcune peculiarità processuali della vicenda, salvo tornarvi più approfonditamente in seguito.

Prima di tutto, bisogna osservare come nel caso di specie l'appellante abbia espressamente contestato il capo di sentenza che, sia pur implicitamente, riguardava la giurisdizione. Da questo punto di vista è interessante notare come i giudici del Consiglio di Stato parlino impropriamente di « eccezione con la quale le odierne appellanti contestano il difetto di giurisdizione in capo al giudice amministrativo ».

Trattasi, a nostro avviso, di slittamento semantico rivelatore della profonda mutazione in corso relativa alla questione di giurisdizione. In tal senso, il richiamo all'abuso del processo pare assumere i contorni dell'argomento retorico/rafforzativo rispetto ad una decisione che potrebbe auto-fondarsi sulla nuova conformazione/dequotazione sistematica della questione di giurisdizione nel nostro ordinamento.

In verità, come vedremo, le cose non stanno esattamente così, poiché lo stesso giudice è intimamente consapevole di come la norma positiva (art. 9 c.p.a.) non possa auto-fondare tale ragionamento, e giocoforza ricorre all'argomento dell'abuso, nella forma del divieto di *venire contra factum proprium*, al fine di superare la regola processuale.

In secondo luogo, si osservi come nel caso in esame il giudice amministrativo di fatto riconosce che la giurisdizione spetterebbe al giudice ordinario, prendendo atto di una consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite sul punto, che ruota attorno alla mancanza di discrezionalità dell'amministrazione *in subiecta materia*, ed alla correlata consistenza di diritto soggettivo della pretesa di colui che richiede il contributo in questione.

Correlato a tale aspetto c'è, infine, il dispositivo della pronuncia, con la quale, si badi, non viene dichiarato inammissibile l'appello, se non per la parte relativa alla giurisdizione, ma ci si spinge altresì all'esame delle censure di merito, proposte dall'appellante con riguardo alla corretta interpretazione dei presupposti in base ai quali applicare la normativa del 1999 (legge n. 512), relativi all'accesso al suddetto Fondo di rotazione.

5. Cerchiamo, a questo punto, di affrontare la questione con ordine, partendo dalla descrizione di quelle che sono — a nostro avviso — le dinamiche profonde che sottendono la soluzione data dai giudici di Palazzo Spada.

È in tale contesto generale, infatti, che può poi operare il richiamo all'abuso del processo, come principio (*ergo*: argomento) che prevale sulla regola (40).

Questa giurisprudenza sembra trasporre, in ambito giuridico, un modo di intendere il concetto di giurisdizione proprio di taluni studi di analisi economica del diritto (41).

L'imporsi di questo approccio marcatamente economicistico fa prevalere la visione “macrogiudiziaria” su quella “microgiudiziaria”.

Si ritiene, in buona sostanza, che anche l'efficienza nel singolo processo, l'unico rilevante nella visione “microgiudiziaria”, sia in definitiva condizionata dall'andamento generale. L'impostazione meno attenta a una visione d'insieme è coerente con la concezione che considera la giurisdizione esclusivamente come espressione di sovranità e garanzia dei diritti. In questa prospettiva la giurisdizione è funzione che può essere considerata senza costo e senza tempo. Si ritiene che questa concezione “astratta e statica” evochi un contesto sociale ormai superato, poiché oggi l'interesse si sposterebbe dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, che consenta di fare affidabili valutazioni ai fini della produzione (di beni o servizi) destinati allo scambio (42).

In tal senso il principio della “ragionevole durata” renderebbe centrale il fattore temporale anche al di là della valutazione della funzionalità della giurisdizione, poiché concretizzerebbe lo stesso diritto di agire in giudizio, che deve trovare attuazione sia nell'assetto organizzativo che nelle regole processuali. La giurisdizione, in questa chiave, non perderebbe il valore legato all'essere espressione di sovranità e garanzia dei diritti, mettendo in luce ora anche la sua funzione di servizio (43).

In una raffinata elaborazione (44), premesso che la giurisdizione non è più da concepire solo come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto nel caso concreto, ma anche — in primo luogo — come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia, di modo che la congruità della risposta al bisogno di tutela è una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l'efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, si individua nel principio di *proporzionalità* lo strumento concettuale in grado di consentire una risposta che unifichi la prospettiva del singolo processo (che chiama in causa il fattore legislativo) e quella dell'insieme dei processi (che riguarda il fattore delle risorse e il fattore culturale).

Si noti che tale principio avrebbe positiva vigenza se venisse codificato l'art. 0.8 (*Efficienza del processo*

civile) dei principi fondamentali dei processi giurisdizionali del progetto di nuovo c.p.c. redatto da A. Proto Pisani: «È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi» (45).

Pare a chi scrive che vi siano svariate manifestazioni giurisprudenziali di tale orientamento culturale.

Si potrebbe richiamare l'orami diffusa giurisprudenza della Cassazione che, sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata che fa leva su un unico carattere del giusto processo, la "ragionevole durata", disapplica molte regole processuali (46).

Emblematica, anche per le connessioni con la giurisprudenza sopra richiamata in tema di abuso e difetto di giurisdizione, la sentenza del 2008 delle Sezioni unite sull'art. 37 c.p.c., criticata dalla gran parte della dottrina civilprocessualistica.

Si pensi, inoltre, all'attuale tendenza della Suprema Corte ad utilizzare tali argomentazioni costituzionalmente orientate per estendere il concetto di "questione di giurisdizione" di cui all'art. 111 Cost., e quindi il sindacato della Cassazione, non più esclusivamente sulla "giurisdizione" intesa quale distribuzione fra diversi ordini di giudici del potere di conoscere di date controversie, ma come «quel potere che la legge assegna e che è conforme a Costituzione che sia assegnato ai giudici perché risulti attuata nel giudizio la effettività dello stesso ordinamento» (47).

Insomma, come cercheremo di dimostrare subito appresso, si ha a che fare con ampie dinamiche ordinamentali ove tutto sembra tenersi (a patto, ovviamente, che se ne condividano la premesse).

6. Si è appena detto (48), trattandosi dell'evoluzione della nozione di "giurisdizione" nel nostro ordinamento, della tendenza al superamento della concezione "patrimonialistica" di quest'ultima, che fa leva da un lato su un approccio economicistico, volto a concepire il processo come "risorsa scarsa", e ad inquadralo fra i servizi pubblici piuttosto che fra le funzioni tradizionalmente intese, dall'altro — in termini più giuridicamente pertinenti — su di un impiego "spinto" dell'interpretazione costituzionalmente orientata da parte dei giudici comuni, Corte di cassazione in testa, che si avvalgono di richiami sia al dato sostanziale (art. 2 Cost.; artt. 1175 e 1375 c.c.), poi trasposto (con una certa disinvoltura) al processo, sia al dato strettamente processuale (artt. 24 e 111 Cost.: effettività della tutela, giusto processo, durata ragionevole) (49).

Muta, portandosi alle estreme conseguenze la teoria del "doppio oggetto" del processo, la tradizionale idea (50) che la questione di giurisdizione esprima un principio di ordine pubblico, come tale rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado (51).

Emblematica di tale svolta è la già considerata giurisprudenza della Cassazione sul c.d. "giudicato implicito": la sostanziale disapplicazione dell'art. 37 c.p.c. costituisce uno snodo cruciale di questa vicenda.

Tale esegesi si pone in una sorta di continuità ideale con l'affermazione, all'origine di conio sempre giurisprudenziale (52), della *translatio iudicii* nel nostro ordinamento.

In questo caso la Corte costituzionale, pur condividendo l'idea che la pluralità delle giurisdizioni non possa risolversi in una minore effettività della tutela, ritiene che tale obiettivo non possa raggiungersi in via

interpretativa, come in precedenza aveva fatto la Cassazione re-interpretando l'art. 367 c.p.c., e, con un'additiva di principio, rimette al legislatore il compito di disciplinare le modalità concrete con cui darne attuazione; cosa che verrà fatta, anche se in modo non del tutto perspicuo, prima dall'art. 59 della legge n. 69 del 2009, e poi dall'art. 11 c.p.a.

Peraltro, è importante sottolineare come le Sezioni unite pervengano a tale esegesi superando il tradizionale criterio impiegato per discriminare le questioni di giurisdizione, che si è soliti ritenere non comprendere le questioni relative all'erronea o falsa interpretazione di norme giuridiche o a vizi procedurali, e, comunque, attinenti al modo di esercizio della funzione giurisdizionale, tra le quali si tende(va) a ricomprendere anche la violazione del c.d. giudicato interno, qualificato come *error in procedendo* (53).

Si è detto, quindi, che mentre in quest'ultimo caso la Consulta è intervenuta, fissando i paletti di una possibile interpretazione *de iure condito*, nella prima fattispecie si è trattato di pura manipolazione della norma, operazione stigmatizzata dalla dottrina maggioritaria (54).

La differenza, ai nostri fini, non è di poco conto, come vedremo meglio in seguito.

In ogni caso, al di là delle modalità tecniche, appare chiaro il collegamento sistematico tra le due vicende. Dapprima si è avuto il riconoscimento vicendevole degli ordini giurisdizionali, per effetto dell'ammessa *translatio iudicii*; in seguito, le Sezioni unite hanno inteso dare un'impostazione organica alla materia "giurisdizione", per gettare un altro ponte sul fiume che separa i territori del giudice civile e di quello amministrativo, o, se si preferisce, per dirla con la Corte stessa, per «sburocratizzare la giustizia» (55).

Convitato di pietra di questa ampia operazione di politica giurisprudenziale è, evidentemente, il principio di precostituzione per legge del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. In tal senso si è osservato come i nostri Costituenti fossero consapevoli che il nostro non era un sistema a giurisdizione unica; inoltre, essi erano ben lontani dal ritenere che un giudice valesse l'altro, in quanto strumento dell'unica funzione del giudicare (56).

Le odierne tendenze, invece, hanno progressivamente impoverito di contenuto precettivo l'art. 25 Cost., 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 e imparziale".

In buona sostanza, non ci sarebbe ragione di parlare di giudice naturale precostituito per legge se il giudice che conosce l'affare sia da ritenere "terzo e imparziale": se l'attore, o il ricorrente, ha scelto il 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 e dell'altra parte sarebbero irrilevanti, in quanto frutto di tattiche dilatorie e, per ciò solo, abusive (57).

Tale tendenza, che finisce per avvicinare le questioni di giurisdizione a quelle di competenza (58), è latrice di ulteriori possibili sconvolgimenti sistematici (59). I quali, al netto della condivisione in merito alla loro opportunità, si auspica — ma, a questo punto, si dubita — siano di fonte legislativa, e non giurisprudenziale.

In tale contesto, poi, si pone lo snodo fondamentale, che come si è visto ha anche tecnicamente contribuito alle innovative prese di posizione della Cassazione in tema di pregiudiziale e di *translatio iudicii*, rappresentato dalla "nuova" idea di "giurisdizione", che atterrebbe non tanto ai limiti o confini di riparto tra

ordini giurisdizionali diversi, quanto al *contenuto* del potere ed alle forme di tutela, che si accompagna ad un quadro più generale in cui le questioni di giurisdizione “classiche” sembrerebbero destinate a diminuire di numero e di importanza.

Si è già avuto modo di considerare in altra sede, seppur succintamente, la casistica in merito (60), che tende ad essere sempre più pervasiva, anche se episodica e spesso contraddittoria, quindi senza una precisa coscienza del mutamento in corso (61).

Caratteristica di questo controllo, inoltre, è di essere in un certo senso « programmatico », tanto che ci si esprime nei termini di pronuncia « editto » o di pronuncia « monito » (62).

Taluni hanno sollevato molteplici dubbi in ordine al fatto che la sottrazione alla giurisdizione ordinaria della giustizia amministrativa sia coerente con il disegno costituzionale, posto che gli artt. 103, 111 e 113 Cost. andrebbero in altra direzione (63); altri hanno replicato come per il superamento dell'attuale assetto tracciato dalla legge fondamentale, nonché del restante quadro normativo vigente (64), non risulti sufficiente richiamare principi generalissimi e tutto sommato poveri di novità, o impropriamente esportati da altre tradizioni processuali (65), quali l'effettività della tutela e la ragionevole durata del processo (66).

Inoltre, quanto all'effettività della tutela, se ne è evidenziato l'uso improprio, che porta all'“amministrativizzazione del processo” (67), conferendogli un carattere di illimitata strumentalità, e al contempo facendogli perdere identità e specialità, a fronte della prevalenza di altri valori, dall'economia processuale alla concentrazione dei giudizi (68).

Questi aspetti appaiono profondamente connessi: accanto alla visione “efficientistica” della giurisdizione (69) che trapela da tali assunti si pone, senza soluzione di continuità, l'immagine di un giudice-amministratore “del rapporto”, con sempre più ampi poteri di “arbitraggio”, non solo fra parte privata e parte pubblica coinvolte nel giudizio, ma, più ampiamente, fra diritto pubblico e diritto privato, come emerge nell'uso disinvolto di principi e clausole generali nati nel diritto privato *sostanziale*, al fine di accreditare una soluzione *speciale* e derogatrice della norma. Emblematica la vicenda dell'esegesi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. (70).

Anche in questo caso, peraltro, l'argomentazione “topica” e il richiamo a precedenti giuocano un ruolo fondamentale nella strategia argomentativa delle corti, anche se spesso si tratta di riferimenti imprecisi, se non fuorvianti (71). Sennonché la migliore dottrina ha avuto gioco facile a svelare, ad esempio, come il richiamo alla *translatio* non abbia nulla da spartire con la dinamica interna ad un'unica via giurisdizionale (72).

Di fronte a tali tendenze, la constatazione diffusa è che sia in corso una precisa strategia di “politica” giudiziaria, messa in atto dalla Cassazione, che finisce per assumere impropriamente le funzioni di terzo grado di giudizio, soprattutto — ma non solo — allo scopo di recuperare terreno dopo l'assegnazione al giudice amministrativo delle questioni risarcitorie (73). Di nuovo appare emblematica, in tal senso, la già più volte richiamata sentenza del 2008 sul tema della c.d. pregiudiziale d'annullamento.

Al di là dell'esame specifico delle soluzioni proposte per arginare tale tendenza (74), si potrebbe forse ribaltare il tutto ritenendo che oggi vi siano spazi *proprio* per l'applicazione di tale linea interpretativa, ma al

(contrario) fine di censurare casi di uso abnorme, e *praeter legem*, di poteri giurisdizionali (75), o che comportino vanificazioni del diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale (76), magari a causa di un utilizzo improprio dell'argomento dell'abuso del processo, ovvero di istituti quali il nuovo art. 96, comma 3, c.p.c., impiegati con funzione *lato sensu* intimidatoria (77).

Si badi: negli orientamenti giurisprudenziali sulla *translatio*, sul giudicato implicito, e sulla stessa questione di giurisdizione, non c'è ancora un riferimento diretto all'argomento dell'abuso del processo.

È il congegno dell'interpretazione costituzionalmente orientata che determina il radicale riassetto del sistema, assieme, nel caso della *translatio iudicii*, a quel "grimaldello", tanto formidabile, quanto fragile sul piano teorico, rappresentato dalla lettura ampliata della categoria dei vizi attinenti alla giurisdizione, che tanta parte ha avuto anche in riferimento all'evoluzione della questione della c.d. pregiudiziale d'annullamento.

Qui, peraltro, si è giocata gran parte della polemica che ha coinvolto non solo studiosi del processo civile e amministrativo, ma anche, e *pour cause*, taluni cultori del diritto costituzionale.

Ne abbiamo già dato ampiamente conto in altra sede (78), sicché non è opportuno indugiare qui, nello spazio limitato di un commento a sentenza.

Al di là delle varie sfumature esegetiche, le conclusioni che abbiamo tratto, aderendo ad un approccio metodologico vicino al c.d. costituzionalismo garantista (o, se si vuole, ad un giuspositivismo temperato), sono nel senso di non escludere categoricamente la possibilità di un bilanciamento fra principio del giudice naturale e principio di ragionevole durata (79), salvo considerare la sede in cui esso avviene, valorizzando la riserva di legge processuale di cui all'art. 111 Cost., non già suggestivi, ma metodologicamente discutibili, richiami ad un preteso diritto processuale nello stato d'eccezione (dovuto alla conclamata crisi della giustizia civile in Italia) (80). Ecco perché ci è apparsa così emblematica la vicenda della *translatio iudicii*.

Oggi, i due fondamentali percorsi giurisprudenziali di cui si è detto hanno finalmente portato ad una disciplina positiva.

Sul punto bisogna distinguere.

L'avvenuta codificazione, all'art. 11 c.p.a., della disciplina della *translatio iudicii*, che peraltro tuttora opera (difficoltosamente) in combinato disposto con l'art. 59 della legge n. 69 del 2009, ha dato e dà luogo a svariate problematiche interpretative (81).

Su un piano più generale, poi, se ne possono anche contestare *in apicibus* le ragioni, criticandosi l'ingiusto sacrificio di garanzie che discenderebbe dalla prevalenza dell'efficienza del servizio giurisdizionale e dei principi di economia processuale e di ragionevole durata, specie nella parte in cui la *translatio* comporti svariate difficoltà di adattamento tra sistemi (e regole) processuali diversi, oltre che di mentalità del giudice, pervenendosi così ad una profonda svalutazione delle ragioni costituzionali che tuttora militerebbero a favore della persistente specialità del giudice amministrativo (82).

Allo stesso modo, per quanto attiene all'art. 9 c.p.a., si potranno avere dei dubbi sulla sua legittimità costituzionale, prospettando ad esempio un eccesso di delega o la criticità di un istituto valevole per il solo

processo amministrativo nonostante il suo carattere spiccatamente intergiurisdizionale (83).

Ciò che però non potrà essere più in contestazione è l'avvenuta positivizzazione di tali principi, che sembrerebbe "sanare", sia pure fra persistenti profili di criticità interpretativa e più generali contrarietà sistematiche, il *vulnus* degli eccessi (per chi li ritiene tali, naturalmente) dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

A meno che non si ritenga, sulla scia di un'attenta dottrina (84), che rilievi ben più sostanziali vizino l'art. 9 c.p.a. L'idea è che il principio della ragionevole durata del processo non possa essere perseguito introducendo la regola per la quale il giudice privo di giurisdizione possa decidere senza aver deciso, e quindi senza aver motivato la decisione. Allo stesso modo, sempre il canone della ragionevole durata non dovrebbe prevalere su quello del giudice naturale precostituito per legge. Sicché si ritiene di proporre l'interpretazione "correttiva" secondo cui sono impugnabili dinanzi alla Cassazione per motivi di giurisdizione tutte le sentenze del Consiglio di Stato, salvo quelle su cui il Tar si sia già pronunciato esplicitamente o abbia omesso di pronunciarsi nonostante un'esplicita eccezione e il relativo capo di sentenza non sia stato appellato. Diversamente, l'art. 9 c.p.a. si porrebbe in contrasto con gli artt. 111, commi 6 e 8, e 25 della Costituzione.

Senonché, ad aggravare ulteriormente il contesto, a questo punto subentra la "stagione" dell'impiego dell'argomento dell'abuso del processo, funzionale ad un nuovo aggiramento della regola processuale (di per sé già sospetta di incostituzionalità), sulla base della solita lettura costituzionalmente orientata, di cui l'abuso costituisce il frutto più "maturo", sia per la "flessibilità" che gli è propria, sul piano delle retoriche giurisprudenziali e dell'uso disinvolto dei precedenti, sia perché riesce a fondere la prospettiva sostanzialista/privatista del richiamo ai principi di buona fede e correttezza, consentendone il transito sul piano processuale, con quella processualista/pubblicista del processo "giusto" (essenzialmente) in quanto di durata ragionevole.

La vicenda relativa al divieto di *venire contra factum proprium* in tema di giurisdizione pare inquadrabile in tali coordinate, costituendo, per il tramite dell'argomento dell'abuso del processo, l'ultimo atto (allo stato) (85) di un progressivo ridimensionamento del principio secondo cui la questione di giurisdizione riguarda l'ordine pubblico processuale.

7. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di giudicato implicito è a tutti nota; conviene, tuttavia, riprendere per un attimo la questione, e riportarne qui gli snodi essenziali, a titolo di premessa.

Si è iniziato ad affermare che, avendo il primo giudice risolto nel merito la controversia (così rigettando l'eccezione di giurisdizione formulata dinanzi a lui), si forma il giudicato sulla questione ove la parte non abbia impugnato la sentenza per difetto di giurisdizione del primo giudice. In questo modo si è verificato un primo ridimensionamento dell'art. 37 c.p.c., come se nella disposizione vi sia una salvezza qualora sulla questione si sia formato il giudicato (86).

Al riguardo diversi sono stati gli indirizzi della giurisprudenza amministrativa (87).

L'indirizzo più liberale, secondo cui il rilievo officioso del difetto di giurisdizione in fase di gravame era sempre possibile, pur se il giudice di prime cure si fosse pronunciato al riguardo (88), è stato superato da un più recente orientamento che, sulla scorta di Ad. plen. n. 4 del 2005, riconosceva al giudice dell'impugnazione il potere di rilevare autonomamente il difetto di giurisdizione purché però il giudice di primo grado non si fosse

esplicitamente pronunciato sul punto (89).

Successivamente la “falla” si è allargata.

Si tratta del “trittico” (90) del 2008 (sentenze nn. 24883, 26019, 29523), a cui si aggiungono le successive sentenze 6 marzo 2009, n. 5456 (91) e 8 febbraio 2010, n. 2715.

Con esse, come si è più volte detto, le Sezioni unite — sulla base di un'interpretazione dell'art. 37 c.p.c. costituzionalmente orientata al principio di ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.) — hanno affermato che nelle fasi di gravame la verifica della sussistenza della giurisdizione in capo al giudice adito non potrà più essere svolta d'ufficio, ma dovrà essere sollecitata da un apposito motivo di impugnazione. E ciò pure quando il provvedimento di prime cure non contenga una esplicita statuizione sulla giurisdizione; in tal caso, infatti, essa dovrà considerarsi implicitamente riconosciuta dal provvedimento con il quale viene deciso il merito della lite (92).

Tale lettura restrittiva muove dall'assunto circa la sussistenza nel processo civile di un ordine logico di analisi e decisione delle varie questioni *ex art. 276, comma 2, c.p.c.*, giungendo a concludere per la necessaria implicazione nella pronuncia di merito di una preventiva verifica della *potestas iudicandi*. In tal senso, una volta intervenuta una sentenza di merito in primo grado che abbia statuito, anche in modo implicito, sulla questione di giurisdizione, sarà necessaria la proposizione in appello della stessa questione, pena la configurabilità di un comportamento di parte suscettibile di essere valutato come acquiescenza sul punto, ai sensi dell'art. 329, comma 2, c.p.c.

Si consideri come, in un primo momento, il Consiglio di Stato non avesse aderito a tale nuova lettura delle Sezioni unite, escludendone l'esportabilità nel processo amministrativo, sulla base di argomenti sistematici, nonché poggiati sull'allora dato positivo (93).

Da una parte, si era quindi addotta la sussistenza di «limiti invalicabili in senso dispositivo della disciplina del meccanismo del rilievo della giurisdizione», quali quelli derivanti dal principio costituzionale del giudice naturale, da cui discenderebbe «l'impossibilità di configurare *praeter legem* meccanismi preclusivi processuali» al rilievo officioso anche in fase di gravame del difetto di giurisdizione.

Dall'altra, si richiamava l'art. 30 legge Tar, come interpretato da Ad. plen. n. 4 del 2005 (94).

Anche in questo caso, peraltro, istanze maturate negli ambienti della Cassazione vengono poi importate nel processo amministrativo, prima dal legislatore, per poi essere ulteriormente estremizzate dalla giurisprudenza.

In tal senso l'art. 9 c.p.a. rappresenta la traduzione positiva di tale tendenza, quanto meno apprezzabile per l'intervenuta *interpositio legislatoris* (95), anche se sul punto — come accennato — si potrebbe lamentare, la mancata uniformità disciplinare rispetto all'art. 37 c.p.c., tuttora vigente.

Inoltre, si sono poste problematiche applicative, con riferimento a controversie incardinate prima dell'entrata in vigore della norma (96), e si prospettano ulteriori dubbi esegetici, con riguardo, ad esempio, all'estendibilità o meno della configurabilità di una statuizione implicita sulla giurisdizione nelle controversie

decise con pronunce di rito, ovvero applicando tale regola solo in presenza di sentenze di merito (97).

Senonché a questo punto la giurisprudenza amministrativa, sulla scorta del richiamo all'abuso del processo, fa un "passo avanti" rispetto alla lettera dell'art. 9 c.p.a., ponendosi come "avanguardia" (in una sorta di "staffetta manipolativa") rispetto alla stessa giurisprudenza della Cassazione, la quale ha affermato l'ammissibilità dell'impugnazione del capo relativo al difetto di giurisdizione, anche se proposta dall'attore in primo grado, ancorando tale statuizione ai principi del giudice naturale precostituito per legge ed a quello dell'indisponibilità della materia di giurisdizione (98).

Anche la giurisprudenza amministrativa, prima dei recenti *revirements*, aveva ammesso l'appello proposto dal ricorrente in primo grado (rimasto soccombente per motivi di merito) per far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (99). Il vantaggio perseguito dall'appellante, in questa situazione, consisteva nell'ottenere una pronuncia che evitasse la formazione di un giudicato sostanziale e che, fra l'altro, non pregiudicasse la riproposizione della domanda davanti al giudice ordinario (100).

D'altra parte, a causa delle influenze esegetiche derivanti dalla giurisprudenza della Cassazione, negli ultimi anni le cose iniziano a cambiare.

Dapprima in modo "implicito" e silenzioso (101), senza richiamare l'abuso del processo o il divieto di *venire contra factum proprium*, ma basandosi su interpretazioni, seppure non del tutto pacifiche, della disciplina positiva (102).

È il caso, ad esempio, di Ad. plen. n. 24 del 2011, in cui si afferma, fra l'altro, che nel processo davanti al giudice *ad quem* le parti non possono contestare la giurisdizione in via d'eccezione, potendo invece impugnare la sentenza declinatoria della giurisdizione con gli ordinari rimedi previsti per l'impugnazione delle sentenze. Nel giudizio riassunto è quindi precluso il regolamento preventivo di giurisdizione; il giudice *ad quem* può contestare la propria giurisdizione sollevando, d'ufficio, conflitto negativo di giurisdizione davanti alla Corte di Cassazione.

Di poi, affrontando di petto il problema con una serie di sentenze che, ormai, tendono a fare sistema, secondo la ben sperimentata dinamica dei *Fallgruppen* in tema di clausole generali (103).

Le affermazioni di tale giurisprudenza possono compendiarsi nella seguente massima: « Nei giudizi d'impugnazione, poiché l'art. 9 c.p.a. ha introdotto il principio del c.d. giudicato interno implicito sulla questione di giurisdizione, la carenza della giurisdizione amministrativa non è rilevabile d'ufficio, mentre è deducibile da una delle parti solo con specifico motivo contro il capo che abbia statuito, in modo implicito o esplicito, sulla giurisdizione. Tale eccezione relativa al difetto di giurisdizione non è proponibile dalla parte che in primo grado aveva esperito ricorso davanti al giudice amministrativo ».

Inoltre: « Costituisce abuso del processo amministrativo, quale espressione dell'abuso del diritto, il comportamento di chi, dopo aver adito il T.A.R., propone appello contestando unicamente la giurisdizione amministrativa, e in tal modo incorre nel divieto di *venire contra factum proprium*, arrecando un irragionevole sacrificio alla controparte ».

Questo filone giurisprudenziale si fonda essenzialmente su due argomenti: la disciplina del difetto di

giurisdizione introdotta dall'art. 9 c.p.a. ed i principi di correttezza ed affidamento nell'esercizio del diritto d'azione.

Questi ultimi, a loro volta, vengono "puntellati" in base al richiamo dell'abuso del processo, che si manifesta nella "figura sintomatica" del *venire contra factum proprium* (c.d. auto-eccezione in tema di giurisdizione), a sua volta fondato sul richiamo a precedente giurisprudenza: Ad. plen. n. 3 del 2011 in tema di pregiudiziale amministrativa; Sez. un. n. 23726 del 2007 in tema di frazionamento giudiziale del credito unitario.

8. Cominciando da quest'ultimo aspetto, appare evidente che la giustificazione non regge: non semplicemente per la eterogeneità delle fattispecie evocate, ma anche, se non soprattutto, per la dimostrata debolezza intrinseca del riferimento all'abuso nei due casi richiamati (104).

E questo non fa che confermare quanto quanto già emerso in altra sede (105), ove si è parlato dell'"abuso" come *argomento* e del ricorrente improprio richiamo di precedenti, che poco o punto hanno a che vedere con la fattispecie concretamente divisata, con funzione meramente retorico-rafforzativa (106).

Ma il caso specifico è molto interessante anche perché dimostra in modo esemplare la logica "pervasiva" dell'abuso: qui il richiamo, incongruo, anche al precedente che riguarda la medesima fattispecie, è funzionale all'aggiornamento della regola processuale, mercé, ancora una volta, l'argomento dell'abuso del processo.

È importante osservare attentamente la progressione di tale giurisprudenza.

In un primo caso (107) gli appellanti chiedevano la riforma di una sentenza con la quale era stato respinto il loro ricorso avverso un'ingiunzione di pagamento a titolo di sanzione pecuniaria per violazione della normativa in materia di cave. In seguito, con memoria notificata, gli stessi appellanti, visto il mutato indirizzo delle Sezioni unite circa la giurisdizione in merito alle opposizioni a sanzioni amministrative in materia di cave, chiedevano che fosse dichiarata la carenza di giurisdizione del giudice amministrativo e la rimessione delle parti davanti al giudice ordinario.

Il Collegio, dopo aver affermato che i mutamenti di giurisprudenza sono inidonei a scalfire la regola della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., richiama sia l'art. 9 c.p.a., sia i principi di correttezza e affidamento che dovrebbero presiedere pure all'esercizio del diritto d'azione.

Quindi: non viene menzionato (almeno espressamente) l'abuso del processo. Ma, soprattutto, il rinvio all'art. 9 c.p.a. appare esauriente e calzante, poiché gli appellanti non avevano proposto impugnazione in punto di giurisdizione, ma avevano sollevato la questione con semplice memoria (108).

In un altro caso (109), che poi è quello più noto e commentato, si trattava di una società che, originariamente scelta da un comune per la realizzazione di un centro sportivo, ma successivamente esclusa, vedeva rigettato dal tar il suo ricorso. Contro tale decisione deduceva il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, riproponendo le censure di merito disattese in prime cure, ma senza muovere contestazioni di merito alla sentenza impugnata (110).

In questa vicenda il, pur presente, richiamo all'art. 9 c.p.a., è arricchito dall'argomento dell'abuso del processo, nella forma del divieto di *venire contra factum proprium*, e dall'indicazione dei diversi precedenti

giurisprudenziali in tema di abuso.

Appare evidente la differenza fra le due fattispecie.

In questo secondo caso, infatti, il richiamo all'abuso è funzionale a dare un'interpretazione ancora più rigida dell'art. 9 c.p.a.; anzi, sarebbe più corretto dire che serve a disapplicare questa norma, giacché qui il problema del giudicato implicito non si pone, essendoci stata impugnazione in punto di giurisdizione (111).

La sentenza che qui si commenta rientra in questa seconda, più critica, fattispecie.

Non sembra, quindi, possa affermarsi che in caso di riproposizione della questione di giurisdizione con atto di appello, la parte soccombente nel merito di primo grado violi l'art. 9 c.p.a. Diverso è il caso in cui l'eccezione sia stata proposta con semplice memoria.

Qui si mostra plasticamente come il precedente non venga richiamato in modo congruo. In questi casi l'argomento, lo "stilema", "abuso del processo" serve ad occultare la differenza rispetto al precedente richiamato.

Neanche appare risolutiva l'osservazione secondo cui l'appellante non ha mosso alcuna contestazione di merito alla sentenza appellata (112). Ne è prova evidente proprio la sentenza annotata, posto che nel caso di specie in appello sono state proposte anche contestazioni in merito e il difetto di giurisdizione è stato prospettato in via subordinata.

Semmai tale aspetto avrebbe dovuto, in modo più plausibile, portare al rigetto nel merito dell'impugnazione; invece, l'aver fatto ricorso alla categoria dell'inammissibilità induce il sospetto che il giudice ritenga che il primo giudice malamente abbia trattenuto la causa dinanzi a sé, rientrando la stessa nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario (113).

Tale constatazione apparirà chiara proprio guardando alla sentenza annotata: nel caso di specie, infatti, è lo stesso giudice d'appello a ricordare che «secondo il costante orientamento delle Sezioni unite, l'accesso al Fondo di rotazione alle vittime dei reati di tipo mafioso di cui all'art. 4 della l. 512/1999, è oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo, di cui i privati sono titolari, al ricorrere delle condizioni previste dalla legge, essendo la p.a. priva di ogni potestà discrezionale, sia con riguardo all'entità della somma che con riguardo ai presupposti per l'erogabilità, anche ove si dovesse ritenere che l'accertamento di tali presupposti abbia carattere non semplicemente ricognitivo, ma valutativo (...)».

Si nota, quindi, una peculiare, e discutibile, statuizione giurisdizionale: l'appello è respinto nel merito, confermandosi così — di fatto — la giurisdizione del giudice amministrativo; d'altra parte, l'eccezione (*rectius*: l'impugnazione) del capo di sentenza che ha implicitamente statuito sulla giurisdizione viene dichiarata inammissibile, pur affermandosi — tra le righe — la sussistenza *in casu* della giurisdizione del giudice ordinario (114).

La giurisprudenza, quindi, per un verso applica correttamente l'art. 9 c.p.a. (115), per altro verso si attesta su quest'ultimo precedente, sempre quindi in casi in cui la contestazione della giurisdizione viene dedotta con formale impugnazione della sentenza di primo grado (116). È questo, come detto, il caso della sentenza che si commenta, che presenta peraltro le peculiarità appena evidenziate, rendendo — se possibile —

ancor più opinabili le conclusioni dei giudici di Palazzo Spada.

Come è stato evidenziato da un Autore, peraltro particolarmente sensibile al tema dell'efficienza della giustizia civile, e che aveva in passato espresso chiaramente l'esigenza di superare l'art. 37 c.p.c. (117), l'esperimento della impugnazione ordinaria è proprio il *solo* mezzo per impedire la formazione del giudicato interno sulla questione di giurisdizione (118). Sicché non si comprende questa discriminazione rispetto ad un rimedio facoltativo come il regolamento preventivo di giurisdizione, che, per costante orientamento delle Sezioni unite, può essere proposto anche dall'attore, quantunque né il convenuto né il giudice abbiano sollevato la relativa questione, potendovi avere interesse, dimostrando di nutrire un dubbio ragionevole (119).

In tal senso non ci pare che si possa sostenere, ribaltando implicitamente quest'ultimo argomento, che la soluzione interpretativa del Consiglio di Stato “tenga”, e non si traduca in una lesione del principio di effettività della tutela in un sistema in cui i criteri del riparto di giurisdizione non sono sempre di facile applicazione, in quanto sia consentita anche al ricorrente la possibilità di proporre regolamento preventivo di giurisdizione (120).

Premesso che tale possibilità, nonostante diverse idee espresse in seno alla Commissione preposta alla redazione del secondo correttivo (121), è ammessa dall'art. 10 c.p.a., come si è detto la logica del rapporto impugnazione/regolamento preventivo di giurisdizione non può operare in via alternativa, ma deve operare in via cumulativa. Ciò si evince, senza troppi sforzi esegetici, dalla lettura del combinato disposto degli artt. 9 e 10 c.p.a.

Certo, in un futuro non troppo remoto, stante la *nouvelle vague* giurisprudenziale di cui si sta dando conto, potremmo non stupirci di una decisione della Cassazione che, sempre mercé il ricorso all'argomento dell'abuso del processo, 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 (122).

9. Potrebbero peraltro individuarsi ulteriori profili di criticità nelle pronunce sin qui considerate, compresa quella in questa sede annotata.

Si pensi, prima di tutto, al potenziale *vulnus* al principio della parità delle parti, posto che p.a. resistente e controinteressato potrebbero eccepire il difetto di giurisdizione in primo grado, ovvero riservarsi l'esercizio di tale facoltà, ai sensi dell'art. 9 c.p.a., nell'ambito del giudizio d'appello, impugnando per questo motivo la sentenza di primo grado che abbia definito il giudizio, in tutto o in parte, in loro sfavore (123).

In ogni caso, si osserva come tale linea esegetica comporti un'eterogenesi dei fini, finendo per implementare le già innumerevoli incertezze sul riparto (124).

Al di là di tali, pur ragionevoli, rilievi, il punto più delicato di questa giurisprudenza rimane senza dubbio quello relativo al richiamo all'abuso del processo.

Viste le forti riserve nell'impiego di questo argomento, anche insidioso nella parte in cui sembra implicare un dovere giuridico, per chi abbia torto, di agevolare la parte che abbia ragione, e non di poter utilizzare il processo nell'interesse proprio (125), ci si chiede se tale richiamo — anche stavolta — non sia

ultroneo (126), potendo bastare all'uopo il riferimento all'art. 157, comma 3, c.p.c., ovvero al principio di autoresponsabilità, inteso come regola generale anche del sistema processuale: « nessun soggetto del processo è legittimato a far valere i vizi del processo a cui egli ha dato causa » (127).

Il tema va impostato sotto il profilo dell'interesse ad impugnare. Occorre chiedersi, in buona sostanza, se sia possibile sostenere che l'attore, soccombente nel merito, abbia interesse ad impugnare per ottenere la sostituzione della pronuncia di rigetto con altra dello stesso segno a contenuto meramente processuale.

In uno studio ormai non più recentissimo (128), ma comunque rilevante ai nostri fini, si è osservato come la dottrina tedesca (129) sia tendenzialmente favorevole a dare a questa problematica una soluzione positiva, la cui giustificazione poggia sull'assunto di una duplice soccombenza insita per l'attore nella sentenza di rigetto e derivante, da una parte, dalla negazione della fondatezza dell'azione e, dall'altra, dall'affermazione della sua ammissibilità.

Pur a non voler condividere la tesi della c.d. “duplice soccombenza” (130), si osserva come non possa escludersi che, almeno in dati casi, possa essere ravvisato un interesse dell'attore a chiedere la sostituzione della già configurata soccombenza di merito con una soccombenza di rito.

Il vantaggio è rappresentato, a fronte dell'incertezza e della variabilità della giurisprudenza in materia di giurisdizione, con possibile sopravvenienza — come in talune vicende qui esaminate è avvenuto — in pendenza del giudizio di primo grado, di un nuovo indirizzo giurisprudenziale (131), dalla possibilità di riproporre la domanda (132). *A fortiori* oggi, in cui l'impugnazione è proprio il modo per evitare la formazione del giudicato interno sulla questione di giurisdizione (133).

Questa ricostruzione, peraltro, ammette la configurabilità del principio di autoresponsabilità, ma col limite rappresentato dalla rilevabilità d'ufficio della violazione della norma di rito che ha permesso lo svolgimento del giudizio di merito (134).

In ogni caso, come detto, la tesi che richiama il principio di autoresponsabilità, oltre ad essere minoritaria, deve spiegare come tale principio possa opporsi alla parte in un contesto caratterizzato, come si è detto, da forte variabilità della giurisprudenza della Cassazione in tema di giurisdizione, a volte nelle more dello stesso giudizio (135).

Fermo restando che la categoria dell'autoresponsabilità ha a che fare con il concetto di onere più che di facoltà (136), sicché pare difficilmente applicabile a quelli che sono i poteri dell'attore, che si estrinsecano nell'individuazione del giudice avente *potestas iudicandi* e successivamente nella possibilità, ove paventi dubbi sulla scelta operata, di esperire regolamento di giurisdizione, a sua volta costituente una facoltà, e non un onere a pena di preclusione (137).

Ma, se è così, il ricorso all'abuso del processo, come unico argomento per incidere, *de iure condito*, sul descritto assetto, si presenta per più versi problematico, e non può essere legittimato da considerazioni che, seppure con molti *caveat*, richiamino vaghi aspetti di “giustizia” (138), ovvero evocino la rilevanza del fattore economico e della crisi della giustizia civile (139).

Non pare possibile, quindi, che tramite un *argomento* si forzi quello che, in tema di giurisdizione, rappresenta un già delicato compromesso fra contrapposte esigenze costituzionali: da un lato la ragionevole durata del processo, che peraltro deve essere assicurata dalla legge, dall'altro i principi della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e del giudice naturale precostituito per legge, specificazione del più generale principio di riserva di legge processuale.

È in gioco la certezza del diritto, che in ambito processuale è valore — se possibile — più forte, e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Peraltro, come argine rispetto a questa deriva non si può richiamare, com'è tipico dei sostenitori delle clausole generali, la logica dei *Fallgruppen*. Come si è visto, infatti, il rinvio ai precedenti appare spesso incongruo ed inconfidente; inoltre, nella stessa fattispecie generale vi sono poi peculiarità (es. deduzione con memoria invece che con impugnazione principale o incidentale; contestazione effettiva o meno del merito della decisione) che condizionano in modo sensibile il corretto inquadramento della questione.

Infine il tema, centrale, delle sanzioni.

Il richiamo all'abuso *del* processo è anche sproporzionato, là dove porta, come si è avuto modo di osservare diffusamente in altra sede (140), alla logica della sanzione sull'atto, nella forma dell'inammissibilità.

Sotto questo aspetto, torniamo a ribadire la centralità dell'eventuale “sanzione” (in senso lato) sul comportamento della parte, da irrogare eventualmente sul fronte del riparto delle spese processuali, ai sensi del combinato disposto degli artt. 88 e 92, comma 1, ultima parte, c.p.c., disposizione, quest'ultima, oggi espressamente richiamata dall'art. 26, comma 1, c.p.a.

Tale assunto è stato sostenuto da molti dei commentatori della giurisprudenza qui in esame (141), ed appare perfettamente in linea con quanto emerso nel suddetto nostro lavoro monografico, ove il tema delle sanzioni rispetto all'abuso è stato studiato guardando anche ad altre fattispecie, nonché ad altri ordinamenti.

Del resto, come si è pure detto, non si tratta solo di indicazioni teoriche, posto che certa giurisprudenza si è correttamente incamminata per questa strada, affermando, seppure con taluni passaggi eccessivamente enfatici, che « il comportamento della parte la quale soltanto all'esito del giudizio d'appello solleva la questione di difetto di giurisdizione del giudice da lui stesso adito (dopo avere contrastato la stessa eccezione formulata dalla controparte) costituisce violazione del dovere di lealtà e probità delle parti, di cui all'art. 88 c.p.c. Trattasi di un comportamento processuale idoneo a pregiudicare il diritto fondamentale della parte ad una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art. 111 Cost. Pertanto tale condotta può determinare l'applicazione dell'art. 92 c.p.c., comma 1, ultima parte secondo il quale, il giudice, a prescindere dalla soccombenza, può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 c.p.c., ha causato all'altra parte » (142).

Abstract: La sentenza in commento si inserisce all'interno di un filone della giurisprudenza amministrativa, oramai piuttosto consolidato, secondo cui in appello l'originario ricorrente, soccombente per motivi di merito, non possa far valere il difetto di giurisdizione. Per pervenire a tale conclusione, essa si fonda essenzialmente sul divieto di abuso del processo, nella forma del divieto di *venire contra factum proprium*. Tale giurisprudenza, che sottende uno scenario di fondo caratterizzato dall'idea di processo come servizio pubblico/risorsa scorsa e dall'obsolescenza di regole processuali derivante dalla dequotazione della questione di giurisdizione come questione di ordine pubblico processuale, appare per più versi discutibile. Prima di tutto, si pone il problema della figura del giudicato implicito in presenza di impugnazione, e la rilevanza disapplicativa

della regola (art. 9 c.p.a.) insita nel richiamo all'abuso del processo. Inoltre, si prospetta la questione dell'interesse ad impugnare il capo di sentenza relativo alla giurisdizione in vicende di questo genere, nonché la correttezza del richiamo al principio di autoresponsabilità. Esclusa la congruità dell'impiego dell'argomento dell'abuso del processo con funzione disapplicativa della regola (a sua volta applicazione di principi: precostituzione per legge del giudice naturale, art. 25 Cost.), e difesa la persistente centralità del principio di riserva di legge in materia processuale (art. 111 Cost.), si conclude — con un discorso estendibile ad altre forme di abuso processuale — a favore di eventuali misure che operino sul comportamento (es. riparto delle spese processuali) piuttosto che sull'atto processuale.

Le note non le vogliono più giustificate <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Note:

(1) L'art. 26 c.p.a., come è noto, è stato oggetto di modifiche dapprima coi due “correttivi” del 2011 e del 2012, e in seguito col d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modifiche, nella legge 11 agosto 2014, n. 114. Nella sua versione originaria la norma riguardava esclusivamente le spese di giudizio; oggi comprende anche le sanzioni pecuniarie. Trattasi di disciplina per più versi controversa, e di dubbia legittimità costituzionale. Sul tema sia consentito il rinvio a G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Napoli, 2015, spec. 536 ss. Cfr., inoltre, N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it; F.G. Scoca, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in questa Rivista, 2014, 1414 ss.

(2) Cfr., per tutti, M. Rotondi, *L'abuso del diritto. Aemulatio*, rist., Padova, 1979, originariamente pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105 ss.

(3) U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 18 ss.

(4) Salv. Romano, *Abuso del diritto (dir. att.)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 166 ss.

(5) V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.

(6) P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 205 ss., ora in *Id.*, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

(7) Per una sintesi sul tema ci si permette di rinviare, ancora, a G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 61-102.

(8) Si deve probabilmente a un libro del 2010 (di V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010) la ripresa del dibattito, come testimoniato dagli scritti pubblicati sulla Giurisprudenza italiana (su clausole generali nel diritto privato, prima, e nel diritto amministrativo, poi): cfr. *Le clausole generali nel diritto privato*, a cura di P. Rescigno, in *Giur. it.*, 2011, 1689 ss., e *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, a cura di A. Angeletti, in *Giur. it.*, 2012, 1191 ss. Per una recente densa ricostruzione della tematica v., inoltre, E. Fabiani, *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali V* (2012), Milano, 183 ss. Bisogna sottolineare sin d'ora, per smorzare un po' di entusiasmo sulle clausole generali, come a differenza della gran parte di esse l'abuso del processo operi tendenzialmente in restrizione del diritto d'azione del cittadino. Emblematica la parabola del principio di proporzionalità, se declinato come proporzionalità nel processo. Sul punto avremo modo di tornare.

(9) Cfr. A. Gambaro, *Abuso del diritto, II) diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 2.

(10) Richiamando qui il titolo dell'importante raccolta di saggi di G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, non a caso contenente, fra l'altro, anche uno scritto in tema di abuso del processo.

(11) G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25 ss.; Id., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, 161 ss.; Id., *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in *Eguaglianza, ragionevolezza e logica giuridica*, a cura di G. Maniaci, Milano, 2006, 115 ss.

(12) B. Celano, *Principi, regole, autorità*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 1061 ss.

(13) P. Comanducci, *Abuso del diritto e interpretazione giuridica*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, a cura di V. Velluzzi, Pisa, 2012, 19 ss., ove si ha una serrata critica al fortunato saggio di Atienza e Ruiz Manero sugli illeciti atipici (M. Atienza-J.R. Manero, *Illeciti atipici. L'abuso del diritto, la frode alla legge, lo sviamento di potere*, trad. it., Bologna, 2004), dimostrandosi come in tale costruzione teorica il principio tenda sempre, di fatto, a sterilizzare la regola.

(14) A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *L'abuso del diritto. Teoria, storia e ambiti disciplinari*, cit., 149 ss., il quale dimostra, a nostro avviso in modo convincente, che l'abuso del diritto non è un istituto ma un argomento.

(15) Ci si riferisce a Cass. civ., Sez. III, n. 20106/2009. Nel marzo 1997 numerosi ex concessionari di auto Renault citavano in giudizio Renault Italia s.p.a. esponendo che tra il 1992 e il 1996 la società convenuta aveva «inopinatamente ed inaspettatamente» esercitato il recesso dai contratti di concessione di vendita intercorrenti con gli attori. Questi, dopo aver sottolineato la situazione di “dipendenza economica” dalla controparte, argomentavano nel senso dell'abusività del recesso ad nutum contrattualmente attribuito alla Renault, e ciò in quanto: a) la recedente aveva, sollecitando l'effettuazione di nuovi investimenti, creato nei concessionari un legittimo affidamento nella continuazione del rapporto; b) pur avendo intimato il recesso a quasi 200 concessionari la rete di vendita non risultava ridotta; c) scorrettamente la società convenuta aveva pubblicizzato la cessazione del rapporto, con annunci sulla stampa locale. La Cassazione, con una sentenza «manifesto (...) più che trattato», in cui peraltro ci si sofferma non tanto sull'assenza di profili di abusività ma sui soli svolgimenti in diritto, ritiene che criterio rivelatore della violazione della buona fede sia l'abuso del diritto, i cui elementi costitutivi sono i seguenti: a) la titolarità di un diritto soggettivo; b) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; c) la circostanza che tale esercizio concreto, pur se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; d) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. Sempre in contrapposizione con la ricostruzione della Corte d'appello di Roma, la Cassazione poi rileva: «Il problema non è politico, ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici». In tal senso, sempre secondo la Cassazione, in caso di provata disparità di forze fra i contraenti, la verifica del carattere abusivo della condotta può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere, elementi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale. La sentenza è stata oggetto di numerosi commenti, per lo più critici. Sia consentito sul punto il rinvio a G. Tropea, *L'abuso del processo*

amministrativo. Studio critico, cit., 194 ss.

(16) M. Taruffo, Elementi per una definizione di «abuso del processo», in *Diritto privato*. 1997, III, L'abuso del diritto, 435 ss. Più di recente v. Id., L'abuso del processo: profili generali, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117 ss.

(17) Cfr. A. Dondi, Abuso del processo (diritto processuale civile), in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 1 ss.; A. Dondi-A. Giussani, Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193 ss.

(18) F. Cordopatri, L'abuso del processo, I, Profili storici, II, *Diritto positivo*, Padova, 2000.

(19) Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726. Impossibile in questa sede dare dettagliatamente conto della vicenda giurisprudenziale e delle sue profonde implicazioni sistematiche. Si rinvia pertanto, anche per indicazioni bibliografiche, a G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., 372 ss.

(20) Cfr. L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011, Bologna, 2012.

(21) M.F. Ghirga, La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale, Milano, 2004.

(22) Cfr. A. Schönke, *Das Zivilprozeßrecht del Krieges. Insbesondere Vereinfachungs-novelle, Schutz-novelle, Zahlungsfrist-novelle*, Berlin, 1940; Id., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1949; Id., *Das Rechtsschutzbedürfnis. Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff*, Detmold (Nauck), 1950. In Italia l'opera di questo autore venne conosciuta soprattutto grazie alla traduzione de Il bisogno di tutela giuridica, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 132 ss. (trad. it. e Postilla di F. Carnelutti). In proposito, si ricorda la nota recensione critica di E. Allorio, Bisogno di tutela giuridica?, in Id., *Problemi di diritto. L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale ed altri studi*, I, Milano, 1957, 227 ss.

(23) B. Sassani, Note sul concetto di interesse ad agire, Rimini, 1983.

(24) Tale profilo di criticità emerge soprattutto negli scritti sul tema di Giovanni Verde. Cfr. G. Verde, Abuso del (e nel) processo, in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., 117 ss.; Id., Intervento, in L'abuso del processo. Atti del XXVIII Convegno nazionale. Urbino, 23-24 settembre 2011, cit., 194 ss.

(25) Ad avviso di chi scrive, questo è un tema centrale per cogliere le dinamiche profonde che sottostanno all'impetuosa ripresa d'interesse per il tema dell'abuso. Cfr. G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., spec. 120-168.

(26) Cfr. M. Marinelli, La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli, cit., spec. 85-86 (anche in nota, 218).

(27) L.R. Perfetti, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004. Fra i costituzionalisti cfr. M. Esposito, Iurisdiction in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 813 ss.

(28) Cons. Stato, Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3829. Si aggiunga che Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9, nel ribadire l'eccezionalità della regola dell'accoglimento dei ricorsi "incrociati" riguardanti il medesimo contesto procedimentale, sembra al contrario prospettare, negli altri casi, in linea con la concezione soggettiva della giustizia amministrativa avallata dalla precedente Ad. plen. n. 4 del 2011, la non tutelabilità di

interessi emulativi, di mero fatto, di pretese impossibili o *contra ius*. Ciò con riguardo alle censure proposte dal ricorrente principale che non aveva titolo di partecipare alla gara (e che, evidentemente, non faccia valere a sua volta censure escludenti riguardanti la medesima fase procedimentale). Può essere interessante notare come tale impostazione venga sostenuta ricorrendo all'argomento dell'abuso del processo: « tale conclusione è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto è sufficiente ricordare la prevalente tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto (...)».

(29) In precedenza la questione si era posta nel senso della meritevolezza della tutela processuale del privato che, già nel corso del procedimento, aveva tenuto un comportamento omissivo, se non scorretto, nei confronti della pubblica amministrazione, intercettando — sotto il profilo strettamente processuale — la discussa tematica della acquiescenza c.d. preventiva. Sul punto, e sulla casistica giurisprudenziale in merito, cfr. G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., spec. 448-484.

(30) Per un'incisiva critica nei confronti dell'appropriatezza del richiamo all'abuso del processo da parte di Cons. Stato, Ad. plen., n. 3/2011, v. F.G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 988 ss., spec. § 10; critica condivisa da F. Cortese, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, nota a Cons. St., Sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 959 ss., spec. 966, e da chi scrive: G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 583-601.

(31) Cass., Sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523. *Amplius infra*, § 7.

(32) Cfr., ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5454.

(33) Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537. *Amplius infra*, § 7.

(34) Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656. *Amplius infra*, § 7.

(35) Sui quali sia consentito il rinvio a G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 25-55; 460-484; 631-640.

(36) Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2012, n. 1209. In primo grado il Tar accoglie l'istanza cautelare e «sospende il giudizio impugnatorio ai fini della sua reiterazione». Sennonché l'amministrazione propone appello al Consiglio di Stato che, da un lato, lo respinge, dall'altro osserva, in motivazione, che il merito in primo grado è stato fissato per una data abbastanza vicina e che, quindi, «nella breve pendenza appare opportuno mantenere la res adhuc integra, tenuto conto che non emergono profili di danno grave e irreparabile per l'amministrazione, potendosi procedere all'arruolamento con riserva». Presumibilmente in base a tale sintetico (e fuorviante) passaggio motivo il Ministero non procede alla rinnovazione del test, ma

ammette con riserva il candidato alle ulteriori prove, che vengono svolte, con il successivo conseguimento dell'idoneità. Nel frattempo, tuttavia, il Tar si pronuncia nel merito e, sulla base di un presupposto erroneo, ovvero che l'amministrazione abbia rinnovato il test con esito finalmente positivo, dichiara la cessazione della materia del contendere. A questo punto il Ministero appella tale sentenza, chiedendone l'immediata sospensione, mette in luce l'errore in cui è incorso il Tar, e insiste sulla legittimità dell'operato in relazione all'effettuazione del test. Nel caso di specie si ritiene configurabile l'abuso del processo in quanto il Ministero, disattendendo un'ordinanza cautelare che imponeva di reiterare l'accertamento attitudinale, non ha provveduto a ciò ma ha poi proposto appello avverso la sentenza. In tal caso, infatti, « senza necessità di proporre e coltivare l'appello, a salvaguardia delle proprie ragioni la p.a. avrebbe avuto a disposizione lo strumento — rapido, economico e dovuto — (...) della rinnovazione del giudizio. Non avendo fatto questo l'Amministrazione ha posto in essere un comportamento contraddittorio che finisce per violare il divieto generale di venire contra factum proprium ». Due in questo caso sono le critiche mosse alla sentenza. In primo luogo, come è stato osservato, l'esito è paradossale: « il ricorrente rimane arruolato senza che mai si sia avuto modo di ricevere certezza sulla correttezza delle valutazioni psico-attitudinali, ossia di un requisito che risulta indispensabile accertare e sulla base del quale sono stati selezionati anche gli altri concorrenti»: così F. Cortese, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, cit., 965. Inoltre, ad essere snaturata è l'intera logica “strumentale” della tutela cautelare, confermata dall'attuale c.p.a.: così M.A. Sandulli, *L'abuso di processo*, in *Diritto on line - Treccani*, www.treccani.it, 6. Simili rilievi in G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 632-637; N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, cit., 6; F.G. Scoca, *Il “costo” del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, cit., 1428, il quale osserva come altro aspetto poco comprensibile della sentenza è che l'appello non è stato dichiarato inammissibile, ma è stato respinto nel merito.

(37) Sul punto cfr. G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 278-281, e dottrina ivi indicata.

(38) V. i saggi di G. Verde richiamati supra, nota 24, nonché, dello stesso Autore: *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 513, ora anche in *Id.*, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, cit., 49 ss.

(39) Ci riferiamo, rispettivamente, a Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, ed a Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656 (sulla quale si tornerà infra). Più di recente, riprende tale impostazione Cons. Stato, Sez. VI, 9 ottobre 2014, n. 5025, che riporta il seguente ulteriore dictum: « Il principio nazionale ed europeo del giusto processo in rapporto al processo amministrativo, contrariamente a quanto sostenuto dalla società ricorrente, va applicato in senso sostanziale e non formale, nel bilanciamento tra la discrezionalità giudiziaria che esso presuppone ai fini di una effettività della tutela giurisdizionale ed esigenza di sollecita definizione del giudizio ».

(40) Anche l'evocazione del tormentato rapporto fra regole e principi non viene fatta a caso; difatti, una corretta impostazione sull'abuso del diritto, e quindi del processo, non può omettere di confrontarsi con tale ulteriore questione dogmatica. Cfr. G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., 139-152, ove si accede metodologicamente alle tesi del giuspositivismo temperato, o, se si vuole, del c.d. costituzionalismo garantista.

(41) Sul punto, sia ancora consentito il rinvio al tentativo di critica, condotto da chi scrive, rispetto alle

possibili derive di tale approccio: G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., spec. 247-264, nonché per ulteriori indicazioni bibliografiche di letteratura gius-economica.

(42) Cfr., in tal senso, C. Mirabelli, Dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, in *Economia della giustizia. Domanda, offerta, organizzazione delle cause civili*, a cura di C. Mirabelli, L. Paganetto, G. Tria, Roma, 2005, 5; B. Raganelli, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012, 247.

(43) C. Mirabelli, Dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, in *Economia della giustizia*, cit., 6. Osserva A. Pajno, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.astrid-online.it, 22: «La speranza è, allora, quella di isolare le posizioni estreme, che vagheggiano da una parte vicende dell'economia senza strumenti istituzionali e senza tutela, e dall'altra una giustizia a-economica, espressione di sovranità e diritti, funzione senza costi e senza tempo, e dunque non storica, ma assoluta. Il punto di questo non facile equilibrio è costituito dalla configurazione della giustizia come servizio pubblico; come tutti i servizi, organizzabile, valutabile e misurabile». Più di recente v. Id., *Giustizia amministrativa ed economia*, in www.asdtrid-online.it, il quale ripropone tale idea, nell'ambito di un più ampio discorso tendenzialmente favorevole alla giurisprudenza sull'abuso del processo ed alle ultime novità sul processo amministrativo, specie in materia di appalti pubblici.

(44) R. Caponi, Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 389 ss. Più di recente, sviluppa l'impostazione di Caponi: G. Romualdi, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013.

(45) L'idea di chi scrive, mutuata dalle ricostruzioni di autorevole dottrina civilprocessualista (su tutti: G. Verde) è che l'importazione del principio di proporzionalità nel processo sarebbe poco in linea con l'attuale conformazione istituzionale della magistratura nel nostro ordinamento. Non è un caso come in altri ordinamenti, ad esempio quello britannico, esso invece trovi notevoli applicazioni, con ampi poteri in capo ai giudici. Si consideri l'art. 1 delle Rules of civil procedure inglesi (1997), là dove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, tra l'altro: «attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse ad altri casi». Si consideri che, di recente, l'ultimo update alle Civil Procedure Rules entrato in vigore il 1º aprile 2013, ha elevato il principio di proporzionalità a parametro per valutare, anche in via preventiva, sia la congruità delle spese sia le attività che debbono essere svolte nel corso del processo, aumentando in tal senso i poteri, anche sanzionatori, del giudice: cfr. sul punto P. Comoglio, *Giustizia (non) a tutti i costi. Significativo «update» delle Civil Procedure Rules inglesi e suggestioni sistematiche per la riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 145 ss., il quale parla di connotazione tridimensionale del processo, per cui conta non solo che il risultato del processo sia giusto, ma anche che tale risultato venga raggiunto in un tempo ragionevole e con un dispendio di risorse proporzionato alla controversia di cui si discute; sul punto v., con riguardo alle ultime riforme britanniche, A. Zuckerman, *The revised CPR 3.9: a coded message demanding articulation*, in 32 *CJP*, 2013, 128 ss. Peraltro, il Governo inglese ha proposto una riforma della procedura di judicial review per finalità deflative e di lotta all'abuso del processo (in linea con l'ultimo update alle Civil Procedure Rules). Tra le modifiche prospettate vi è la riduzione del termine di proposizione del ricorso, la contrazione dell'oralità della fase di decisione preliminare (permission) e un aumento del contributo da versare per l'instaurazione del giudizio. Dopo una fase aperta di consultazione, il Governo ha rinunciato ad alcuni punti della riforma ma ne ha confermati altri, rafforzando l'idea che nel sistema inglese il controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa ha una molteplicità di

funzioni e non si esaurisce nella tutela soggettiva dei diritti e degli interessi dei cittadini (tendenza che, ad avviso di chi scrive, inizia a diffondersi pure nei sistemi continentali, compreso quello italiano, comportando però rilevanti problemi, vista la diversa organizzazione giudiziaria fra i due Paesi, nonché il — preteso — carattere soggettivo e di parti della nostra giurisdizione, anche amministrativa). Su tale vicenda cfr. B. Marchetti, Efficienza amministrativa e protezione del cittadino nella riforma del judicial review inglese, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 418 ss.

(46) Cfr., per tutti, M. Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, Napoli, 2010.

(47) Su tale tendenza giurisprudenziale basti, per il momento, il richiamo agli scritti critici (in larga parte condivisi da chi scrive) di: S. Baccharini, *I conflitti di giurisdizione*, in questa Rivista, 2008, 1057; R. Villata, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, in questa Rivista, 2013, 324 ss.; M. Mazzamuto, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in questa Rivista, 2012, 1677 ss.; G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in questa Rivista, 2013, 367 ss.; R. Vaccarella, *I confini della giurisdizione (tra giudice ordinario e giudice amministrativo)*, in www.judicium.it; G. Romeo, *A proposito del giudizio sulla giurisdizione*, in questa Rivista, 2013, 987 ss.; N. Saitta, *Le novità codicistiche e giurisprudenziali sul ricorso per Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato*, in www.lexitalia.it; C.E. Gallo, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in questa Rivista, 2013, 553 ss.; E. Follieri, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it. Viceversa, sembrano favorevoli a tale tendenza, fra gli altri, A. Scognamiglio, *Corte di Cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in questa Rivista, 2007, 1103 ss.; B. Raganelli, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, cit., spec. 134 ss. Più di recente, difende la posizione della Cassazione, in aperto contrasto con il saggio sopra indicato di Villata: A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.

(48) Per approfondimenti v. G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., spec. cap. III, Sez. I, §§ 3, 4.

(49) Osserva G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., 376-377: «C'è da fare i conti con una nuova situazione. Nel 1999 fu modificato l'art. 111 Cost. Con una maldestra trasposizione nel nostro sistema di una formula propria del mondo anglosassone, nel quale il fair process si coniuga con una magistratura che concorre, al pari di altre fonti, alla formazione del diritto, si è disposto che “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”. La formulazione contiene un anacoluto, qualora si ritenga che, affinché il processo sia giusto, non basti che sia realizzato in conformità della legge processuale. Ed i giudici, così intendendo la formula, a partire dalla fine del secolo scorso, hanno inserito anche le leggi processuali nel mondo magmatico dei valori, assumendosi il compito di sindacare l'idoneità delle regole rispetto all'obiettivo del processo “giusto”, che è tale se è, innanzi tutto, rapido ed effettivo».

(50) Sulla quale v., per tutti, G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 656.

(51) Cfr. G. Gioia, *La decisione della questione di giurisdizione*, Torino, 2009, 255.

(52) Si tratta, naturalmente, di Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, e Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77.

(53) Sul punto cfr., ad esempio, C. Cacciavillani, *Translatio iudicii tra Corte di Cassazione e Corte costituzionale*, in questa Rivista, 2007, 1023 ss., spec. 1033, la quale sottolinea come, sotto questo profilo, la pronuncia del 2007 si ponga sulla medesima linea tracciata dalle Sezioni Unite con le ordinanze di giugno 2006 in tema di pregiudiziale amministrativa.

(54) Tendenzialmente critici, seppure con diversi accenti: R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur. it.*, 2009, 406 ss.; F. Cuomo Ulloa, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura delle norme e della teoria del giudicato implicito?*, in *Corr. giur.*, 2009, 372 ss.; A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del giudicato implicito*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.; E.F. Ricci, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1085; V. Colesanti, *Giurisprudenza «creativa» in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1125 ss. Favorevoli, invece, A. M. Socci, *Il difetto o conflitto di attribuzione (o di giurisdizione) del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali non può essere eccepito o rilevato in Cassazione per la prima volta*, in *Giur. it.*, 2009, 406 ss.; A. Lamorgese, *Dall'art. 37 c.p.c. alla sentenza delle Sezioni unite n. 24883 del 2008*, in *Foro amm.-Tar*, 2008, LX ss. Critico, più di recente, e con ampi richiami bibliografici, R. Villata, *«Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?*, cit., spec. 329 ss. In generale, sull'evoluzione interpretativa relativa all'art. 37 c.p.c., disposizione armonica con la teoria in senso sostanziale elaborata da Chiovenda, che determinava la discussione perpetua della questione di giurisdizione, poi “irregimentata” nello svolgimento del processo in cui fosse stata affrontata, anche a causa di una diversa concezione della giurisdizione, non più percepita come questione di ordine pubblico processuale, e sempre più vicina alla questione di competenza, v. G. Gioia, *La decisione della questione di giurisdizione*, cit., spec. 197 ss., ma passim.

(55) Su tali passaggi della sentenza Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cfr. G. Gioia, *La decisione della questione di giurisdizione*, cit., 255, nota 207.

(56) Cfr. G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it, 5.

(57) Cfr. G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit., 5. Sennonché la Corte costituzionale pare continuare a dare un'interpretazione “forte” del principio di precostituzione del giudice naturale di cui all'art. 25 Cost. Si pensi alla (ormai sempre più) ricorrente vicenda relativa ai casi di censura delle previsioni del c.p.a. riguardanti la devoluzione alla competenza funzionale inderogabile del Tar del Lazio, sede di Roma, da ultimo nelle controversie relative ai provvedimenti adottati ai sensi degli artt. 142 e 143 d.lgs. n. 267/2000 (Corte cost., sent. n. 182 del 2014). In quest'occasione la Corte, fra l'altro, pur osservando che la necessaria precostituzione del giudicante non si ancora ad un dato pre-normativo (quale la prossimità geografica del giudice alla vicenda da giudicare), ha tuttavia inteso ribadire che tale principio «va interpretato come volto ad assicurare l'individuazione del giudice competente in base a criteri predeterminati, in via generale dalla legge. Il precetto costituzionale è quindi osservato laddove, come nel caso di specie, l'organo giudicante sia stato istituito dalla legge e la sua competenza sia definita sulla base di criteri generali predeterminati, nel rispetto della riserva di legge (ex plurimis, ordinanza n. 15 del 2014; sentenze n. 237 del 2013; n. 117 del 2012 e n. 30 del 2011)».

(58) Nel processo amministrativo, peraltro, anche per lotta all'abuso del processo (cautelare), al contrario il regime dell'incompetenza territoriale è stato avvicinato alle questioni di giurisdizione, sia pure dinamicamente rimodellate nel senso che stiamo considerando.

(59) Ne traccia un limpido quadro sempre G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit., 6. 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 così facesse, abuserebbe dei suoi poteri processuali; b) che la parte convenuta dovrebbe immediatamente 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 poteri processuali; c) che il giudice adito, ove le parti abbiano esplicitamente o tacitamente accettato la giurisdizione (o 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; d) qualora invece il giudice rilevasse d'ufficio la questione solo per liberarsi di un carico di lavoro fastidioso, dovrebbe essere passibile, in base ai principi del giusto processo, di sanzioni per abusivo esercizio del suo potere giurisdizionale. Sempre in quest'ottica di generale rivolgimento sistematico, nel senso cioè della progressiva "dequalificazione" della questione di giurisdizione, può essere letta la recente giurisprudenza delle Sezioni unite (ord. 25 ottobre 2013, n. 24153) che qualifica l'attività degli arbitri rituali come giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione. Peraltro le Sezioni unite si muovono nel solco tracciato da Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter c.p.c. nella parte in cui non consente l'applicabilità dell'art. 50 nei rapporti tra giudice ed arbitri. Su queste ultime vicende giurisprudenziali in tema di arbitrato rituale e giurisdizione cfr., ancora, G. Verde, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. giur.*, 2014, 84 ss., il quale mette ben in luce la dirompente rilevanza sistematica di tali arresti, evidenziando altresì come le persistenti differenze tra i due strumenti di risoluzione delle liti debba portare a valutare con prudenza l'operatività immediata della disciplina che il codice di rito detta per i rapporti fra giudici statali e gli arbitri, pena il rischio di vuoti di tutela e di soluzioni difficilmente armonizzabili. Sul tema cfr. anche C. Punzi, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1 ss., notoriamente sostenitore della natura privata della giustizia arbitrale, il quale ritiene superata l'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato, alla luce dello sgretolamento del dogma del monopolio statale della giurisdizione. Su quest'ultimo aspetto v. N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

(60) Si rinvia a G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., cap. III, Sez. I, § 4.

(61) Così G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., 381-382.

(62) C.E. Gallo, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 556.

(63) Cfr., per tutti, A. Proto Pisani, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 371 ss.; Id., *Premessa in tema di situazioni soggettive fra diritto sostanziale, processi e giurisdizioni*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Atti del 6° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile, Napoli, 2012, 141 ss.

(64) Cfr. C.E. Gallo, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 557.

(65) G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, cit., 376, come detto con richiamo al fair process anglosassone.

(66) R. Villata, « Lunga marcia » della Cassazione verso la giurisdizione unica (« dimenticando » l'art. 103 della Costituzione)?, cit., 328.

(67) Su tale tendenza, oltre a E.M. Marengi, Giusto procedimento e processualprocedimento, in questa Rivista, 2008, 961 ss., sia consentito il rinvio a G. Tropea, L'interesse strumentale a ricorrere: una categoria al bivio?, in questa Rivista, 2010, 664 ss.; Id., L'«ibrido fiore della conciliazione»: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione, in questa Rivista, 2011, 965 ss. Con specifico riferimento al tema dell'abuso del processo, molto pertinente ci pare la seguente osservazione di F. Cortese, Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto, cit., 966: « Il giudice, infatti, tramite l'abuso del diritto, può modulare la profondità e le proiezioni del suo sindacato al fine di garantire quell'interesse generale all'effettività della tutela giurisdizionale che si trova affermato all'art. 1 del medesimo c.p.a. e che si nutre non solo della disponibilità concreta di azioni e relativi rimedi, bensì anche dell'amministrazione di una giustizia rapida, efficace e lineare, in diffusa e capillare realizzazione dei principi di cui all'art. 111 Cost. e alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ».

(68) G. Romeo, A proposito del giudizio sulla giurisdizione, cit., passim.

(69) Per una visione nettamente critica v. M. Mazzamuto, Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale, in questa Rivista, 2010, 143 ss.

(70) Sul punto cfr. F. Cortese, Dal danno da provvedimento illegittimo al risarcimento degli interessi legittimi? La «nuova» responsabilità della p.a. al vaglio del giudice amministrativo, in questa Rivista, 2012, 968 ss. Sui ricorrenti nessi fra abuso del processo e reviviscenza del processo amministrativo di diritto obiettivo, cfr. N. Paolantonio, Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo, cit., § 2. Trattasi di una delle idee di fondo espresse nel lavoro monografico dedicato al tema da chi scrive, in questa sede più volte richiamato.

(71) Sottolinea tale fenomeno, nel dibattito sulle clausole generali, V. Cuffaro, Giudizio di buona fede e ruolo del precedente, in Le clausole generali nel diritto privato, cit., passim; con specifico riferimento al tema dell'abuso del processo v., invece, A. Scarpa, Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?, in Contratto e impresa, 2012, 1114 ss.

(72) Cfr. R. Villata, « Lunga marcia » della Cassazione verso la giurisdizione unica (« dimenticando » l'art. 103 della Costituzione)?, cit., 347; B. Sassani, Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione, in questa Rivista, 2012, spec. 1599 ss. Opposto è, invece, il giudizio di A. Corpaci, Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, cit., 349 ss., che mette al centro delle sue argomentazioni favorevoli alla tendenza espansiva della Cassazione la pronuncia sulla translatio iudicii.

(73) Cfr. M. Mazzamuto, L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione, cit., 1694; G. Verde, La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito), cit., 378; B. Sassani, Sindacato sulla motivazione e giurisdizione: complice la translatio, le Sezioni Unite riscrivono l'articolo 111 della Costituzione, cit., 1590; E. Follieri, L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in questa Rivista, 2012, 1262.

(74) Essenzialmente tre sono le tesi in campo. La prima vorrebbe nulle per carenza di potere le

pronunce della Cassazione allorché superino i limiti individuati dall'art. 111 Cost. La seconda prospetta l'elevazione del conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale. La terza invoca l'istituzione di un Tribunale dei conflitti a composizione mista. Evidentemente le prime due sarebbero praticabili de iure condito, nei limiti in cui ne si condivide la configurabilità. La terza, invece, richiederebbe una riforma costituzionale. Per una densa, ma limpida, indicazione di tali strade, e della relativa dottrina, criticando la prima, e con approccio più possibilista per la seconda e la terza, cfr. R. Villata, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, cit., 355-356. La strada della riforma dell'organo di vertice è condivisa pure da G. Verde, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione* (appunti per un dibattito), cit., 383; E. Follieri, *Il sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., § 4. Sul punto v. pure S. Tarullo, *Giusto processo* (dir. proc. amm.), in *Enc. dir.*, Annali, II, 1, Milano, 2008, 377 ss., spec. 402. Contra, difendendo l'attualità della posizione sovraordinata della Cassazione nel nostro ordinamento, cfr. A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, cit., spec. 352 ss.

(75) Cfr. A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. app.*, 2011, 939. Conforme: R. Dipace, *L'eccesso di potere giurisdizionale*, in *Diritto on line - Treccani*, www.treccani.it, § 3.

(76) Cfr. C.E. Gallo, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 562.

(77) Cfr. G. Verde, *Non disturbare il manovratore* (a proposito di sospensione dell'espropriazione e di condanne punitive), in *Corr. giur.*, 2012, 818; ma lo stesso discorso potrebbe valere, evidentemente, per l'art. 26 c.p.a.

(78) Si tratta del già più volte richiamato lavoro monografico su *L'abuso del processo amministrativo*. Studio critico, cit., passim.

(79) Possibilità richiamata, fra gli altri, da C. Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, 322.

(80) Ci riferiamo al pensiero di R. Caponi, *Quando un principio diventa una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza d'ufficio della giurisdizione)*, *Corr. giur.*, 2009, 372 ss.; Id., «Ciò che non fa la legge, lo fa il giudice, se capace»: l'impatto Costituzionale della giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2011, spec. 235 ss., nei cui confronti è critico R. Villata, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica («dimenticando» l'art. 103 della Costituzione)?, cit., 333, nota 25.

(81) Si pensi, a mero titolo di esempio, al problema relativo alla possibilità per le parti di eccepire il difetto di giurisdizione una volta disposta la translatio iudicii e intrapreso il giudizio davanti al giudice ad quem, sul quale si è espressa Ad. plen. 16 dicembre 2011, n. 24 (su tale pronuncia, sulla quale si tornerà, si v. S. Valaguzza, *Le nuove norme in tema di impugnazioni incidentali e la disciplina della translatio a partire dai chiarimenti resi dall'Adunanza Plenaria n. 24/2011*, in questa *Rivista*, 2013, 255 ss.; nonché F. Manganaro - G. Tropea, *Le regole della Plenaria sulla impugnazione incidentale tardiva e sul difetto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2012, 423 ss.). Oppure, si pensi alle questioni relative alla difficoltà di distinguere, anche nei testi normativi, tra riassunzione e riproposizione, con quanto ne consegue, fra l'altro, con riguardo al problema della

possibilità o meno di emendatio libelli nel processo che continua, al fine di conformare la domanda alla regola del giudice e del rito innanzi al quale il processo viene a continuare. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. un., 21 aprile 2011, n. 9130, secondo cui: « Il legislatore ha adottato, non casualmente, i diversi termini di riassunzione e di riproposizione (pervero unificati nel regime del termine dall'art. 59, comma 4, l. n. 69/09) avendo ben presente la necessità di distinguere le ipotesi della conservata attività della prima domanda per la identità dell'“ambiente” processuale, quello a quo e quello ad quem, da quella del passaggio da un regime prevalentemente impugnatorio ad un regime esclusivamente cognitivo del rapporto (...) Nel primo caso nessuna revisione della domanda, né alcun adattamento del petitum, appare essere predicabile, nel secondo caso emerge essere necessaria la riproposizione — con relativa emendatio — “con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile” (art. 59, comma 2, ultima parte), e pertanto tal riproposizione deve essere ragguagliata, nella sua idoneità, alla regola del giudice e del rito innanzi al quale il processo viene a continuare ». Si è più volte occupato della questione, con accenti critici, M. Mazzamuto, Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale, cit., spec. 180-183; Id., La translatio iudicii si “schiude”?, nota a Cass., Sez. un., 21 aprile 2011, n. 9130, in questa Rivista, 2012, 660 ss.

(82) Cfr., ancora, M. Mazzamuto, Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale, cit., spec. 180-183. Ben diverso è il giudizio, fra gli altri, di A. Corpaci, Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato, cit., passim.

(83) Cfr. C. Consolo, La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio, in Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo, cit., 320.

(84) Cfr. E. Sticchi Damiani, La dubbia costituzionalità del giudicato implicito sulla giurisdizione nel processo amministrativo, in Il codice del processo amministrativo nel primo biennio di applicazione. Problemi teorici e dibattito giurisprudenziale, a cura di E. Follieri, E. Sticchi Damiani, L. Perfetti, A. Meale, in Quaderni di Dir. e proc. amm., Napoli, 2014, 36-41. Critico nei confronti dell'oscuro riferimento alle « statuizioni implicite sulla giurisdizione » di cui all'art. 9 c.p.a. è anche S. Perongini, L'eccezione e la rilevabilità di ufficio del difetto di giurisdizione, in Dir. e proc. amm., 2013, 781 ss., spec. 794, secondo il quale i limiti posti dall'art. 9 c.p.a. « si riferiscono solo ai casi in cui il giudice di primo grado ha statuito sulla giurisdizione in maniera implicita o esplicita. Rimangono fuori dalla disciplina limitativa i casi in cui il giudice di primo grado ha dichiarato l'assorbimento o ha omesso di pronunciarsi sulla questione. Per queste ultime ipotesi la disciplina è quella della rilevabilità, anche di ufficio, in ogni stato e grado del giudizio, secondo l'originaria formulazione dell'art. 37 c.p.c. ». Contra R. De Nictolis, L'ordine dei motivi e la sua disponibilità, in www.federalismi.it, 4, la quale tuttavia osserva: « Resta una contraddizione di fondo, peraltro insita non solo nel c.p.a. ma anche nel c.p.c., in quanto mentre all'interno di ciascuna giurisdizione la questione di giurisdizione emerge nei gradi successivi al primo solo se oggetto di motivo, una volta che la causa sia riassunta davanti al diverso ordine giurisdizionale, il giudicato sulla giurisdizione può essere superato mediante lo strumento officioso del conflitto negativo di giurisdizione (art. 11 c.p.a.) ».

(85) In tal senso, G. Verde, Abuso del processo e giurisdizione, cit., 8.

(86) Cfr. G. Verde, Abuso del processo e giurisdizione, cit., 8.

(87) Sul punto v. il chiaro excursus effettuato da F. Saitta, *I nova nell'appello amministrativo*, Milano, 2010, 390 ss., nonché, più di recente, E. Sticchi Damiani, *La dubbia costituzionalità del giudicato implicito sulla giurisdizione nel processo amministrativo*, cit., 25 ss., spec. 28-30; S. Perongini, *L'eccezione e la rilevanza di ufficio del difetto di giurisdizione*, cit., 785-786.

(88) Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 42; Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 1983, n. 12; Cons. St., Sez. IV, 30 novembre 1992, n. 990. Per un'interessante lettura di tale giurisprudenza, fondata anche sulla rilevanza dei caratteri del Consiglio di Stato come "corpo" istituzionale "speciale", cfr. U. Pototschnig - A. Travi, *Appello (diritto amministrativo)*, Aggiornamento, III, Milano, 1999, 158 ss.

(89) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 410; Cons. Stato, Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5812; Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2008, n. 4699.

(90) Cfr. C. Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit., 321.

(91) In tema di ricorso incidentale — oggi sempre — condizionato sulla questione di giurisdizione.

(92) Si ricordi come secondo la Cassazione (n. 24883/2008) non siano idonei a precludere il rilievo officioso della carenza di giurisdizione da parte del giudice dell'impugnazione i casi in cui « dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., la manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito per saltum, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito ». Come si è detto supra (nota 84), la non chiara formulazione dell'art. 9 c.p.a. ha determinato in dottrina perplessità sull'estensione di tale principio al processo amministrativo.

(93) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049; Cons. Stato, Sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 451. Ma v., contra, C.g.a.r.S., 17 agosto 2009, n. 650, che ha dichiarato inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata, per la prima volta in appello, con semplice memoria, dall'appellante, che non aveva ritualmente impugnato il "capo implicito" sulla giurisdizione della sentenza di primo grado.

(94) Sulla differenza di tale norma, in cui non compariva l'inciso « in ogni stato e grado », rispetto all'art. 37 c.p.c., v. C. Consolo, *La questione di giurisdizione tra rilievo officioso in primo grado e translatio*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, cit., 322.

(95) Cfr., sul punto, F. Saitta, *I nova nell'appello amministrativo*, cit., 399, il quale, pur propendendo per l'orientamento delle Sezioni unite, riconosceva che la questione non potesse essere definita e risolta in via giurisprudenziale, richiedendo l'intervento del legislatore per un'eventuale riformulazione dell'art. 37 c.p.c.

(96) Sul punto, mentre Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8925 ha ritenuto di dover applicare il principio *tempus regit actum*, ammettendo la possibilità di sollevare i dubbi in materia di giurisdizione anche con semplice memoria, al contrario Cons. Stato, Sez. V, 29 novembre 2011, n. 6296, cit., ha ritenuto di dover applicare l'art. 9 c.p.a., pur risultando la controversia incardinata con largo anticipo rispetto al momento in cui il c.p.a. ha cominciato ad esplicare i propri effetti.

(97) Cfr., sul punto, F. Figorilli, *Dal Consiglio di Stato due conferme in tema di giudicato implicito e pregiudiziale amministrativa*, in *Urb. app.*, 2012, 579 ss., spec. 581.

(98) Cfr. Cass., Sez. un., 27 dicembre 2010, n. 26129: «L'unico caso in cui la questione di giurisdizione può ritenersi preclusa è il caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato implicito o esplicito. Pertanto qualora chi agisce in giudizio, dopo avere adito un giudice, ne eccepisca in appello il difetto di giurisdizione, è legittimato a farlo; infatti, tale eccezione non può ritenersi preclusa per carenza di interesse per il solo fatto di avere adito un giudice, che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione, atteso che una simile decisione si porrebbe in contrasto con il fondamentale principio di cui all'art. 25 Cost., secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge». Ma, da ultimo, la Cassazione sembra aver nuovamente "raccolto il testimone". Ci si riferisce a Cass., Sez. un., 14 maggio 2014, n. 14014. Nel caso in questione era stato proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica contro un provvedimento di decadenza dall'assegnazione da un alloggio di edilizia residenziale pubblica. Rigettato il ricorso straordinario, il ricorrente propone ricorso per Cassazione deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Le Sezioni unite, dopo aver premesso l'impostazione (ormai consolidata: v. Cass., Sez. un., 6 settembre 2013, n. 20569; Cons. Stato, Ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9) sulla natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, ed ammesso la possibilità, trattandosi di decisione di giustizia che presuppone la giurisdizione del giudice amministrativo, di sindacato ultimo delle Sezioni unite per motivi di giurisdizione ex art. 111, comma 8, Cost., pur in assenza di una disposizione come l'art. 9 c.p.a., che non riguarda il ricorso straordinario, ritengono, attraverso una discutibile interpretazione costituzionalmente orientata, di affermare la seguente regola: «La parte che abbia proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato allegando, come indefettibile presupposto, la giurisdizione del giudice amministrativo, senza che la parte intimata abbia esercitato l'opposizione ex art. 48 cod. proc. amm. né abbia contestato la sussistenza di tale presupposto, eventualmente proponendo il regolamento preventivo di giurisdizione, non può proporre ricorso per cassazione ex art. 111, comma 8, Cost., e art. 362 cod. proc. civ. avverso il decreto del Presidente della Repubblica che abbia deciso il ricorso su conforme parere del Consiglio di Stato reso sull'implicito (come nella specie) — o esplicito — presupposto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo allegato dalla parte stessa, sul punto non soccombente». La dinamica è molto interessante. Seppure non venga richiamato espressamente l'abuso del processo e il divieto di venire contra factum proprium, qui la logica "manipolativa", basata su un'esegesi che porta alla prevalenza del principio di ragionevole durata su quello di precostituzione per legge del giudice naturale, prescinde dalla stessa norma — l'art. 9 c.p.a. — considerata inapplicabile nel caso di specie; sicché da quest'ultima se ne trae come la ratio di fondo, e nel far ciò si evoca (anche se espressamente non si richiama) la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato su abuso e giurisdizione che invece, come si sta tentando di dimostrare, si pone al di fuori della portata proprio dell'art. 9 c.p.a., alterando il significato del giudicato implicito. D'altra parte, bisogna segnalare la recente Cass., Sez. un., 19 giugno 2014, n. 13940, che assume un atteggiamento più prudente e, soprattutto, nega automatismi nell'applicazione della clausola dell'abuso a danno del ricorrente che poi in appello censura il difetto di giurisdizione. Si trattava di un contenzioso relativo alla quantificazione di un indennizzo che il gestore di un servizio idrico integrato subentrante doveva corrispondere a quello uscente. Secondo la Cassazione nel caso di specie non sarebbe configurabile abuso del processo per due ragioni: a) l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in primo grado è stata coltivata da una delle parti resistenti, condotta che vale a giustificare il ripensamento e la necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione; b) nel ricorso di primo grado venivano contestati altri aspetti oltre alla questione dell'indennizzo (es. lo stesso affidamento del servizio, deciso dall'amministrazione sul presupposto che ricorressero le condizioni per la gestione in house); ma, se è così, l'aver adito il giudice amministrativo, sicuramente competente a conoscere delle altre domande, era ragione sufficiente a ritenere proponibile l'azione cumulativamente, senza che si possa addebitare il successivo ripensamento in sede di appello a una manifestazione di abuso del processo. Pur apprezzando grandemente lo sforzo dei giudici di

limitare in caso il ricorso all'argomento dell'abuso (che invece era stato impiegato dal Consiglio di Stato per dichiarare inammissibile l'impugnazione), non possiamo non obiettare come tale tendenza casistica allontani ulteriormente dall'agognato obiettivo della certezza delle regole processuali, ad avviso di chi scrive perseguibile in forma più corretta attraverso una rigida interpretazione del vigente art. 9 c.p.a. (a meno che, de iure condendo, il legislatore non ritenga di dover modificare quanto ivi stabilito; il che, detto qui per inciso, potrebbe essere occasione per una più chiara formulazione della norma). In ogni caso, la tendenza da ultimo espressa dalla Cassazione potrebbe essere valutata in modo più benevolo, nel quadro di una prospettiva che reputi, almeno a certe condizioni, come "fisiologica" l'incertezza, anche in ambito processuale, all'interno di un quadro di razionalità "argomentativa" e "limitata", secondo l'impostazione da ultimo sviluppata da C. Cacciavillani, *Incertezza delle regole e processo amministrativo, Relazione al Convegno AIPDA su "L'incertezza delle regole"*, Napoli, 3-4 ottobre 2014, testo provvisorio.

(99) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5454; Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049.

(100) Cfr. A. Travi, in *Foro it.*, 2012, III, c. 206.

(101) Seppure con richiami alla giurisprudenza della Cassazione intorno ai limiti del regolamento di giurisdizione, che a sua volta prospetta il superamento della separazione fra le giurisdizioni, in linea con l'effettività, richiamando la vicenda della *translatio*.

(102) Sul punto, si rinvia ai due contributi di S. Valaguzza, *Le nuove norme in tema di impugnazioni incidentali e la disciplina della translatio a partire dai chiarimenti resi dall'Adunanza Plenaria n. 24/2011*, cit. e di F. Manganaro - G. Tropea, *Le regole della Plenaria sulla impugnazione incidentale tardiva e sul difetto di giurisdizione*, cit.

(103) Cfr. G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., spec. 169-194.

(104) Per il divieto di frazionamento del credito unitario sia consentito il rinvio, ancora, a G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., cap. III, Sez. II, § 12; per l'interpretazione dell'art. 30, comma 3, c.p.a., v., invece, cap. IV, Sez. II, §§ 10, 11.

(105) G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, cit., passim.

(106) Parla di "ordine nestoriano" A. Scarpa, *Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?*, cit., 1126, il quale richiama il paradigma che, nella retorica classica, prende spunto dall'ordinamento delle truppe greche voluto da Nestore nel libro IV dell'Iliade, con le truppe meno sicure poste al centro dello schieramento. Allo stesso modo l'argomento dell'abuso del processo, a differenza degli argomenti più convincenti inseriti all'inizio ed alla fine del ragionamento, viene inserito nel mezzo, risultando così oggettivamente sminuito. Al contrario, sembra ritenere pienamente legittimo tale modo di argomentare, V. Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2012, 407 ss. A sommosso avviso di chi scrive, invece, siamo di fronte per questa via alla notissima metafora hegeliana, riferita all'Assoluto di Schelling, della « notte in cui tutte le vacche sono nere ». Per una recente, ed autorevole, rassegna sulla progressiva rilevanza del precedente anche nei Paesi di civil law, cfr. M. Taruffo, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 35 ss., il quale inquadra la questione all'interno del dibattito fra sostenitori dell'« universalismo giuridico » e sostenitori del « particolarismo giuridico », e si mostra critico nei confronti della prima corrente di pensiero, che manifesterebbe una visione dell'amministrazione della giustizia fortemente burocratica e sostanzialmente autoritaria.

(107) Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537.

(108) Nel medesimo senso può essere letta C.g.a.r.S., 11 giugno 2010, n. 881. Cfr. anche Cass., Sez. un., 13 maggio 2011, n. 10530. Qui il Tar aveva accolto un ricorso con una sentenza appellata, senza che l'appellante principale o quello incidentale ponessero la questione di giurisdizione. L'appello veniva accolto con riforma della sentenza di primo grado. Il ricorrente in primo grado poneva quindi ricorso per cassazione, deducendo il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Anche in questo caso non è necessario alcun richiamo all'abuso del processo, essendo sufficiente il riferimento al giudicato implicito sulla giurisdizione. Più di recente, cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703.

(109) Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656.

(110) Pongono l'accento sulla rilevanza assunta, nell'economia del giudizio, da tale circostanza P.M. Vipiana, Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali, in *Giur. it.*, 2012, 1432; R. Barbieri, Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 760.

(111) Tale esatto rilievo è presente in P.M. Vipiana, Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali, cit., 1429; R. Barbieri, Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa, cit., 755; E. Lo Presti, La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 2011 ss. D'altra parte, in tutti questi commenti, vi è un giudizio finale più benevolo sulla soluzione giurisprudenziale, anche se per vie e con sfumature differenti. Giustamente (e radicalmente) critici, invece, N. Paolantonio, Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo, cit., § 4; F.G. Scoca, Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso, cit., 1427.

(112) V. supra, nota 110.

(113) Cfr. G. Verde, Abuso del processo e giurisdizione, cit., 4, il quale osserva: « 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, che per circa un secolo ha interessato giudici e giuristi ».

(114) Tale soluzione pare echeggiare, *mutatis mutandis*, la prassi che portava ad ammettere l'assorbimento delle questioni di rito nel caso di ricorso ritenuto infondato nel merito. Sennonché oggi, alla luce della *translatio iudicii*, una prassi del genere non può essere ritenuta corretta: il giudice che non ha giurisdizione non può prescindere dalla questione di giurisdizione per definire il giudizio nel merito, perché così operando priverebbe la parte di una possibilità di vittoria che sussiste davanti al diverso ordine giurisdizionale. Secondo R. De Nictolis, L'ordine dei motivi e la sua disponibilità, cit., 7: « In tal senso militano non solo considerazioni di effettività e satisfattività della tutela, ma anche di ordine costituzionale, atteso che la Costituzione prevede diversi ordini giurisdizionali e dunque sembra imporre la soluzione che a pronunciarsi sul

merito sia il giudice munito di giurisdizione». Conclusione pienamente condivisibile, ma che non sembra in linea, come si sta cercando di mostrare, con le più recenti dinamiche in tema di giurisdizione che stanno attraversando l'ordinamento.

(115) Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537; Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703, che da un lato considera inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione, presentata dall'appellante con memoria (peraltro tardivamente depositata), richiamando sul punto l'art. 9 c.p.a., dall'altro estende (in via di obiter) l'inammissibilità anche al caso in cui l'eccezione di difetto di giurisdizione fosse stata proposta con autonomo motivo di impugnazione. Diversa è la fattispecie decisa da TAR Lombardia, Sez. IV, 31 luglio 2013, n. 2047, che richiama l'abuso del processo in una vicenda in cui il ricorrente chiede nella memoria finale del giudizio di primo grado di dichiararsi il difetto di giurisdizione. Nel caso di specie, evidentemente meno problematico in quanto siamo in primo grado, il giudice amministrativo dichiara effettivamente la sussistenza del difetto di giurisdizione, e ritiene non sanzionabile sul piano dell'art. 26 c.p.a. il contraddittorio contegno processuale di parte ricorrente a causa del principio *tempus regit actum*.

(116) Cons. Stato, Sez. III, 17 maggio 2012, n. 2857; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656. Più di recente v. Cons. St., Sez. V, 16 aprile 2013, n. 2111, la quale aggiunge che, alla luce dell'art. 9 c.p.a., la questione sulla giurisdizione per il giudice d'appello non ha valenza di eccezione ma di deduzione, sicché non può essere rilevata d'ufficio, ma va valutata alla stregua delle deduzioni presentate dalle parti in causa e non può che seguire all'esame delle eccezioni in rito, ed in particolare a quella di ricevibilità dell'appello. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, che, pur dichiarando inammissibile l'appello sulla questione di giurisdizione sollevato dalla parte, che in primo grado l'aveva implicitamente risolta a favore del giudice adito, anche qui richiamando l'abuso del processo, ritiene comunque di dover esaminare il merito dell'appello. Sulla stessa linea argomentativa della sentenza in commento si pone pure Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2014, n. 585.

(117) C. Consolo, *Piccolo discorso sul riparto di giurisdizioni, il dialogo fra le corti e le esigenze dei tempi*, questa Rivista, 2007, 631 ss., spec. 670-671.

(118) Cfr. C. Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile nel processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1293.

(119) Cfr., ancora, C. Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile nel processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, cit., 1293. Conformi: N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, cit., § 4; F.G. Scoca, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, cit., 1427.

(120) In tal senso, se ben si è inteso, M.A. Sandulli, *L'abuso di processo*, cit., 5.

(121) Ne dà conto M.A. Sandulli, *L'abuso di processo*, cit., 5.

(122) Prospetta tale eventualità futura, con una punta di amara ironia, G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, cit., 8. Tale previsione, allo stato, non risulta essersi realizzata. In una recente vicenda relativa ad un contenzioso in tema di accreditamento con il S.S.N., Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 9251, ha escluso che il mutamento della linea difensiva da parte del ricorrente sulla questione di giurisdizione (attraverso l'impiego del regolamento ex art. 41 c.p.c.) possa ritenersi espressione di slealtà processuale o di abuso del diritto, risultando invece frutto di un ragionevole ripensamento imposto dalla sopravvenuta giurisprudenza di

legittimità, e perseguendo il meritevole intento (conforme al principio di ragionevole durata del processo) di sollecitare l'iter del procedimento.

(123) Cfr., sul punto, F. Dinelli, La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio di parità delle parti nel processo, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 1998 ss. Si noti come ciò valga anche a seguito della *translatio iudicii*, ritenendosi che la sentenza che declina la giurisdizione non produca un effetto positivo in favore di chi resista alla pretesa azionata con l'atto introduttivo del giudizio: cfr., da ultimo, *Cons. Stato*, Sez. V, 17 giugno 2014, n. 3077.

(124) Così, ancora, F. Dinelli, La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio di parità delle parti nel processo, cit., 2009.

(125) Cfr. S. Valaguzza, Le nuove norme in tema di impugnazioni incidentali e la disciplina della *translatio* a partire dai chiarimenti resi dall'Adunanza Plenaria n. 24/2011, cit., 298.

(126) A. Scarpa, *Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?*, cit., 1132.

(127) Cfr. F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2011, 79. Secondo questo autore, dunque, l'attore non è titolare di alcuna situazione (processuale) protetta, che gli consenta di lamentarsi di vizi processuali derivanti dalla sua attività. Sicché, quando l'art. 37 c.p.c. stabilisce che il difetto è rilevabile anche d'ufficio, intenderebbe comunque escludere il soggetto che ha dato causa al vizio di cui ci si lamenta. Sul punto v. anche S. Menchini, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Il giusto processo civile*, 2013, 979 ss., spec. 993-1003. Tale autore ritiene che casi di questo genere non possano rientrare nell'area coperta dal principio di autoresponsabilità. Infatti, la nullità-inammissibilità dell'atto successivo, il cui contenuto sia incompatibile con quello anteriore, opererebbe quale conseguenza normale di un comportamento permesso; non si ha, dunque, né deviazione dalla norma, né sanzione, quale reazione rispetto ad un'attività antiggiuridica. Stesso discorso viene fatto con riguardo all'art. 157, comma 3, c.p.c., che non sarebbe riconducibile (a differenza di quanto ritiene Luiso) al principio di autoresponsabilità. In questo caso, tra gli effetti normali che la legge ricollega al compimento dell'atto processuale, vi è anche l'impossibilità per l'autore di rilevare i vizi, a cui abbia dato causa. In tal senso l'art. 157, comma 3, c.p.c., sarebbe espressione di un principio generale, che trova applicazione anche rispetto alle nullità extraformali: l'attore non può eccepire il difetto di un presupposto processuale, in quanto egli, avendo proposto la domanda, ha dato causa alla nullità. Ci permettiamo di rilevare come il richiamo a tale preteso principio generale debba fare i conti con altre regole processuali, come quella oggi contenuta all'art. 9 c.p.a., nonché coi principi in tema di interesse ad impugnare (sui quali v. subito infra). In tal senso, ed in tali condizioni, non sembra possano trarsi dall'art. 157, comma 3, c.p.c. (assunto a principio che disapplica la regola) le medesime conseguenze, ben più pacifiche e chiare, di regole quali l'art. 43 c.p.c. (anch'esso non riconducibile, secondo Menchini, all'autoresponsabilità, in quanto la perdita del potere è l'effetto normale, assegnato dalla legge, al previo compimento di un determinato atto processuale), secondo cui la parte può impugnare con regolamento di competenza la pronuncia che abbia deciso sia sul merito sia sulla competenza, ma perde tale potere ove abbia proposto l'impugnazione ordinaria. Peraltro è lo stesso Menchini ad affermare che, nel nostro ordinamento, il dovere di coerenza ed il divieto di contraddizione abbiano fonte nell'art. 88, comma 1, c.p.c., e nella tutela dell'affidamento, rilevante anche nel processo civile. Seguendo questa linea, che però non viene sviluppata, si perverrebbe evidentemente a (più opportune) sanzioni sul piano del riparto delle spese processuali (o, al limite, risarcitorie), piuttosto che determinanti la nullità-inammissibilità dell'atto. L'autore è ben consapevole di come anche su tale (non secondario) aspetto vi sia dissidio, sia in dottrina che in giurisprudenza (1002, nota 52), pur sembrando propendere per la tesi della nullità-inammissibilità.

(128) L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, spec. 360 ss. Sul tema, più di recente, v. S. Rusciano, *Interesse ad impugnare (dir. proc. civ.)*, in *Dig. disc. priv., Aggiornamento*, Torino, 2010, 772 ss., la quale però non tratta tale specifica questione.

(129) Sulla quale v., oltre a L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, cit., 286 ss., anche C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, 175 ss.

(130) Sul punto v. C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, cit., 127 ss.

(131) Cfr. A. Travi, op. ult. cit., c. 206.

(132) L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, cit., 362.

(133) C. Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile nel processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, cit., 1293.

(134) L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, cit., 363; C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, II, cit., 739, nota 120.

(135) A. Travi, op. ult. cit., c. 206.

(136) Cfr. S. Pugliatti, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 456; più di recente: V. Caredda, *Autoresponsabilità e autonomia privata*, Torino, 2004, 40. Contra: S. Menchini, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, cit., spec. 1003 ss., sulla base dell'idea che l'autoresponsabilità, essendo una specie di responsabilità, presupponga la violazione di un dovere, cui sono collegate sanzioni giuridiche. In tal senso, poiché nel processo il potere processuale è libero in ordine all'an, ed è vincolato relativamente al quid e al quomodo, il richiamo all'onere esprimerebbe una mera qualificazione metagiuridica (ossia che la parte, se non compie un'azione, riduce le proprie chances di esito positivo della causa; ovvero, se tiene un comportamento non corrispondente al tipo normativo, non dà vita a un atto valido), mentre si tratta di vicende ricomprese nel potere processuale, le cui uniche conseguenze sono la mancata produzione dell'effetto giuridico possibile. Secondo tale ricostruzione, quindi, residuerebbe come caso effettivo di autoresponsabilità il mancato rispetto del termine perentorio per l'esercizio dell'azione, sottoposta a decadenza.

(137) Cfr., in tal senso, E. Lo Presti, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, cit., 2021. Autorevole dottrina, non a caso, ritiene di escludere tali fattispecie dal campo applicativo dell'autoresponsabilità, salvo recuperarle attraverso il richiamo all'art. 157, comma 3, c.p.c. Si tratta del più volte menzionato S. Menchini, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, cit., del quale può essere utile riportare il seguente brano: «Non esiste, invece, un principio di autoresponsabilità, dal quale si possano trarre doveri di comportamento delle parti in giudizio, non stabiliti dalla legge, per ricavarne poi discipline sanzionatorie dei loro interessi; il richiamo ad un non meglio specificato criterio di autoresponsabilità processuale, non è in grado di giustificare l'introduzione di doveri e di obblighi per le parti, cui sono ricongiunte sanzioni, quante volte la sussistenza degli uni e delle altre non possa essere tratta, in modo non equivoco, da disposizioni normative» (1033). Brano che sentiamo di sottoscrivere integralmente, sovrapponendo alla nozione di "autoresponsabilità" l'abuso del processo, ritenendo che la disposizione in questa sede esaminata (l'art. 9 c.p.a., ma analogo discorso potrebbe essere fatto in relazione agli artt. 26 e 30, comma 3, c.p.a.) non possa essere modificata nella propria portata precettiva ricorrendo a quest'ultimo argomento.

(138) Così, ad es., M.A. Sandulli, L'abuso di processo, cit., 5.

(139) In tal senso, invece, E. Lo Presti, La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?, cit., 2030-2031, con una conclusione che riecheggia quella espressa, in tema di frazionamento del credito unitario, da autori come A. Graziosi, Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?, in Corr. giur., 2009, 1133 ss., o V. Bachelet, La domanda parcellizzata: i devastanti riflessi sul sistema, in Foro it., 2010, I, cc. 2047 ss., e che non può condividersi (pur nell'apprezzamento complessivo per i contenuti dello scritto) per le medesime ragioni indicate (cfr. G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., 372-396) con riguardo a quella fattispecie.

(140) G. Tropea, L'abuso del processo amministrativo. Studio critico, cit., passim.

(141) Ma, anche in questo caso, con declinazioni in parte differenti. Cfr. E. Lo Presti, La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?, cit., 2026-2027; R. Barbieri, Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa, cit., 760; F. Dinelli, La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio di parità delle parti nel processo, cit., 2005; P.M. Vipiana, Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali, cit., 1433-1444. Nei primi tre Autori la sanzione sulle spese appare, condivisibilmente, assorbente; viceversa, nell'ultima Autrice (che invoca l'applicazione dell'art. 26 c.p.a.), sembra prospettata in cumulo con la pronuncia d'inammissibilità.

(142) Cfr. Cass., Sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097, relativa ad un caso in cui i ricorrenti, adito il giudice amministrativo per annullare un'ordinanza con cui si ingiungeva loro di cessare l'abusiva occupazione di un terreno asseritamente demaniale, avevano ottenuto, nel merito, ragione in prime cure ma non in seconde, pur avendo contrastato l'eccezione di difetto di giurisdizione per carenza di demanialità del bene, sia in primo grado che davanti al Consiglio di Stato. Gli stessi, quindi, avevano poi proposto ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, ritenuti fondati. Il giudice della nomofilachia ha affermato che la condotta processualmente incoerente può determinare l'applicazione dell'art. 92 c.p.c., comma 1, ultima parte, secondo il quale il giudice, a prescindere dalla soccombenza, può condannare una parte al rimborso delle spese che, in violazione dell'art. 88 c.p.c., ha causato all'altra parte.

ETICA, FORMALISMO PROCESSUALE, ABUSO DEL PROCESSO

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.4, 2014, pag. 1281

Sergio Chiarloni

Classificazioni: PROCEDIMENTO CIVILE - In genere

Il sommario non lo vogliono più giustificato <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Sommario: 1. Premessa. — 2. Il formalismo buono. — 3. Il formalismo cattivo. — 4. Formalismo processuale ed etica delle parti. — 5. Formalismo processuale, abuso del processo ed etica dei difensori. — 6. Formalismo processuale ed etica del giudice. — 7. Formalismo processuale ed etica del legislatore.

1. — Una riflessione sui rapporti tra etica (o deontologia) giudiziaria e formalismo processuale parte, direi quasi istintivamente, da un'idea di formalismo connotata in senso peggiorativo. Si tratta di una connotazione tipica del linguaggio comune, ma, almeno qualche volta, anche di quello filosofico-giuridico. Basti qui ricordare che già Georg F.W. Hegel aveva veduto nella dialettica delle forme processuali l'intima contraddittorietà per cui « il processo, in sé mezzo, viene a contrapporsi come qualcosa di esteriore al suo fine [...] », cosicché « il formalismo può essere reso parimenti un male e persino strumento del torto » (1).

Ora, che il processo, nel nostro Paese, sia venuto troppo sovente a contrapporsi come qualcosa d'esteriore al suo fine (che è ovviamente quello del *suum cuique tribuere*) risulta da un semplice, ma davvero allarmante, dato statistico. Moltissime (troppe) delle sentenze emanate dalla nostra Corte suprema non sono sentenze sul merito. Sono sentenze sul processo. Il *trend* è oltretutto in aumento, sicché potremmo supporre che la completa trasformazione del processo da mezzo a fine in sé sarà completata quel giorno alla fine dei giorni, in cui tutte le sentenze dell'organo giurisdizionale deputato a garantire l'esatta e uniforme applicazione del diritto oggettivo saranno sentenze a contenuto processuale.

2. — Non vorrei aver dato con queste paradossali notazioni introduttive l'impressione di voler tradire la missione culturale affidata allo studioso del processo. Ben lontana da me l'idea che le forme non siano importanti, anzi essenziali in qualsiasi contesto giurisdizionale. Basti riflettere sul rilievo attribuibile ai criteri d'ordine, anche severi, che attraverso la previsione di preclusioni e decadenze tendono al raggiungimento di almeno tre scopi: razionalizzare l'attività delle parti entro l'itinerario procedimentale; consentire un corretto bilanciamento tra giustizia e certezza per il singolo caso; garantire il soddisfacimento del bisogno di tutela giurisdizionale a tutti i cittadini che la richiedono. E basti, soprattutto, riflettere sulla funzione che la suprema garanzia del diritto di difesa, attraverso le sue espressioni formalizzate del contraddittorio e della parità delle armi, svolge affinché il processo non degradi nella barbarie della giustizia sommaria.

La verità è che il lavoro del processualista va svolto entro i poli di un dilemma dove è difficile trovare il giusto equilibrio.

Le norme di procedura sono anzitutto norme di efficienza e di garanzia. Rispettarle come tali è dunque un imperativo categorico.

Ma capita spesso, vorrei dire troppo spesso, che un certo modo di utilizzarle, ovvero di interpretarle, le

trasformi, da presidio di un processo giusto per le parti coinvolte, in trappole e insidie ad esclusivo vantaggio di interessi immeritevoli di protezione.

Non è semplice capire come e quando ciò accade. Si tratta di impegnarsi in una battaglia contro un certo tipo di formalismo facendo bene attenzione a che non degeneri in una sottovalutazione sostanzialistica delle garanzie.

3. — Il problema diventa insomma individuare il formalismo cattivo. L'aggettivo, con il suo carattere relazionale, accenna sia ad un rapporto con le *dramatis personae* che agiscono sulla scena del processo, sia ad una serie di valori da individuare.

Si profila così la possibilità di un rapporto conflittuale tra etica e formalismo processuale.

L'etica sarà, volta a volta, etica delle parti, etica dei difensori, etica del giudice, e, come vedremo, anche etica del legislatore, potendosi individuare, in determinate circostanze, un suo dovere di mutare il quadro delle regole processuali, in quanto il quadro preesistente permette una loro utilizzazione distorta, che avviene purtroppo sovente, talvolta anche quando si tratta di un'utilizzazione implicante la violazione di un dovere etico dell'utilizzatore.

L'ultima precisazione consente di enunciare fin d'ora la tesi, che nascerà dalla successiva analisi, circa i rapporti tra formalismo (nella sua accezione «cattiva»), abuso del processo ed etica delle parti o deontologia degli operatori. Il rapporto tra formalismo e abuso del processo risulterà stretto.

L'abuso del processo si attua per lo più attraverso un utilizzo «formalistico», nel senso di contrastante con i relativi scopi, di questo o quello strumento processuale.

Non apparirà così stretto, invece, malgrado quanto comunemente si ritiene, il rapporto tra abuso del processo e violazione di doveri etici delle parti e, soprattutto, deontologici degli operatori. Vedremo che abuso del processo (con le relative sanzioni eventualmente previste a carico delle parti) e doveri deontologici viaggiano spesso per loro conto, cosicché, ad esempio, la condanna della parte per lite temeraria non comporta automaticamente, almeno nel nostro ordinamento giuridico, la soggezione del suo difensore né a responsabilità disciplinare, né a responsabilità civile (2).

4. — Dobbiamo ora domandarci se esista una connessione necessaria tra utilizzazione «formalistica», in quanto distorta rispetto al fine — e pertanto «abusiva» — di uno strumento processuale, e violazione del «dovere di lealtà e probità» ex art. 88 c.p.c., dove viene solennemente enunciato un dovere morale per le parti e per i difensori (con lontana e inapplicata conseguenza giuridica in tema di ripartizione delle spese processuali ai sensi dell'art. 92, comma 1^o, ult. parte, c.p.c. per quanto riguarda le parti, nonché di segnalazione ai consigli dell'ordine per l'eventuale esercizio dell'azione disciplinare per quanto riguarda i difensori).

Credo di dover dare una risposta negativa. Nell'art. 88 il legislatore ha di mira quei comportamenti delle parti (e dei difensori) che, privi di immediato rilievo giuridico processuale in quanto non rientrano nella previsione di singole fattispecie, integrano peraltro comportamenti ritenuti riprovevoli anche negli ambienti del foro in quanto implicano la violazione di *standards* morali generalmente accettati.

Ora, almeno a guardare le cose con l'opportuno disincanto, la proposizione di un regolamento di giurisdizione sicuramente infondato allo scopo di lucrare la sospensione automatica del procedimento — mi

riferisco alla vecchia disciplina (così come la proposizione di un ricorso penale in cassazione sicuramente infondato, al solo scopo di ottenere una declaratoria di prescrizione del reato) — non viola certamente regole etiche universali, ma non è nemmeno percepita, secondo la sensibilità media degli operatori, come deontologicamente riprovevole.

Con riferimento al processo civile nasce qui un paradosso, capace di mettere in difficoltà chi sia erroneamente convinto che la previsione di una sanzione giuridica sia sempre il segno sicuro della violazione di un dovere morale.

Bisogna fare i conti con la c.d. responsabilità processuale aggravata disciplinata dall'art. 96 c.p.c., istituto che, per intuibili ragioni, non trova riscontro nella disciplina del processo penale. Difatti, è indubbio che nel concetto di lite temeraria ai sensi dell'art. 96 rientra anche l'utilizzazione distorta di strumenti processuali, ad esempio allo scopo, come nell'esempio che abbiamo scelto, di procrastinare un provvedimento sfavorevole che si ritiene inevitabile.

Ma la condanna al risarcimento dei danni, oltre che alla rifusione delle spese, in cui in questi casi rischiava di incorrere il soccombente ricorrente per regolamento di giurisdizione prima che il legislatore eliminasse la sospensione automatica del procedimento, non riguarda l'etica dei comportamenti nel processo di cui si occupa l'art. 88 (3).

Agire o resistere temerariamente non significa essere sleali o improbi. Significa semplicemente correre il rischio di pagare una posta più alta per la perdita del giuoco processuale. Al riguardo, basterà considerare che, accanto all'agire o resistere con la lucida consapevolezza della propria temerarietà, il legislatore prevede, ascrivendovi identiche conseguenze, l'agire o resistere senza mettere in opera quella minima diligenza che consentirebbe di rendersi facilmente ed immediatamente conto dell'infondatezza della propria posizione processuale (presenza di «colpa grave»), ovvero, addirittura, per le fattispecie disciplinate dal comma 2° dell'art. 96, senza mettere in opera la media diligenza che consentirebbe di arrivare alla medesima consapevolezza, sia pure con un impegno maggiore (mancanza della «normale prudenza») (4). Inutile sottolineare che, quanto meno nell'ultimo caso, ma direi anche nel secondo, è difficile cogliere la violazione di un dovere etico delle parti o dei difensori. E lo stesso vale per l'ultimo comma dell'art. 96, aggiunto nel 2009, che conferisce «in ogni caso» al giudice il potere, con una formula a mio giudizio troppo ampiamente discrezionale, di condannare il soccombente al pagamento a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata, oltre alle spese di cui all'art. 91.

5. — Per quanto riguarda l'etica, *rectius* la deontologia dei difensori nei suoi rapporti con il formalismo processuale, il discorso si fa più complesso, anche se la via per la soluzione dei problemi è già stata delineata trattando dei rapporti tra formalismo processuale ed etica delle parti.

Occorre, innanzitutto, distinguere tra due diverse situazioni.

Possiamo immaginare un uso distorto, e quindi formalistico, degli strumenti processuali, attuato dal difensore nel proprio esclusivo interesse. Per parlar chiaro, attuato allo scopo di ricavare dalla controversia un maggior reddito professionale, addossando così al proprio cliente o all'avversario costi maggiori di quelli che sopporterebbero con un utilizzo razionale degli stessi strumenti.

Si tratta, purtroppo, di fenomeni abbastanza diffusi negli strati meno fortunati della professione e in certe zone del Paese. Basti pensare a quanto frequentemente si inizi una causa di cognizione ordinaria quando

basterebbe la tutela monitoria (5) o addirittura l'esercizio dell'azione esecutiva. A quanto frequentemente lo sventurato cliente venga persuaso a radicare una causa di cognizione ordinaria malgrado sia *ictu oculi* inesistente il diritto vantato o malgrado, al contrario, il diritto sia incontestabile al punto che basterebbe una diffida e una trattativa per ottenere l'adempimento ad opera del soggetto passivo.

E vi è di più, in più diretto nesso con il formalismo processuale. Capita sovente, in materia di crediti pecuniari, che la pretesa venga artificiosamente frazionata, al fine di instaurare una pluralità di procedimenti al posto di uno solo (ad esempio, si agisce separatamente per tante frazioni del capitale, nonché per gli interessi). Non mancano neppure i casi di frazionamenti artificiali del titolo esecutivo per effettuare una pluralità di pignoramenti o moltiplicare gli interventi. È vero che fin dal 1998 la Corte di cassazione, con due distinti provvedimenti, ha dichiarato infrazionabile lo stesso credito in una pluralità di domande giudiziali (6). Orientamento anche di recente ribadito (7). Ma troviamo anche qualche provvedimento contrario nei giudici di merito (8), che fanno pensare alla non totale estirpazione di simili prassi.

Dobbiamo anche ricordare l'enorme percentuale di cause previdenziali di valore infimo (a volte pochi euro) radicate presso alcuni tribunali del Sud Italia, sintomi di accordi sotto banco tra avvocati e funzionari dell'Inps (speriamo non anche di giudici). A questo proposito c'è da stupire per la non frequente applicazione dell'art. 152 disp. att. c.p.c., nella parte aggiunta nel 2009 con l'intenzione di contrastare un vero e proprio scandalo, ove si prevede che «le spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice nei giudizi per prestazioni previdenziali non possono superare il valore della prestazione dedotta in giudizio». Cosa che dovrebbe sollecitare il Ministero della giustizia ad inviare gli ispettori.

Tutte queste manifestazioni di «formalismo processuale» contrastano sicuramente con i doveri professionali dell'avvocato. Sono assimilabili al comportamento del medico che prescrive medicine a scopo di comparaggio, o, peggio, del chirurgo che consiglia un'operazione inutile per lucrarne l'onorario.

Val la pena al riguardo di sottolineare che alcune di queste manifestazioni sono prese in considerazione dal codice deontologico per gli avvocati, approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 17 aprile 1997. All'art. 49 sotto la rubrica «Pluralità di azioni nei confronti della controparte» troviamo scritto: «L'avvocato non deve aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponde ad effettive ragioni di tutela della parte assistita».

Quando invece l'abuso di strumenti processuali viene messo in opera non già per avvantaggiare il professionista a danno del proprio rappresentato, bensì a favore di quest'ultimo, la soluzione non può essere univoca. Occorre ulteriormente distinguere.

A tal fine conviene rifarsi alla contrapposizione che abbiamo istituito tra violazione del dovere di lealtà e probità, da un lato, e lite temeraria, dall'altro.

Difatti, è indubitabile che quando l'abuso comporta anche la violazione di una regola etica universalmente riconosciuta abbiamo nello stesso tempo e in ogni caso la violazione di una regola deontologica. Dunque, anche quando il relativo comportamento sia tenuto a favore del cliente. Lascio concepire i facili esempi alla fantasia casistica del lettore, magari aiutato dalle raccolte in materia di decisioni sulla responsabilità disciplinare degli avvocati.

Al contrario, il semplice agire o resistere in giudizio, nell'interesse e su istruzioni o con il consenso del proprio cliente, nella consapevolezza che le domande o le difese avanzate sono totalmente infondate, ma senza mettere in campo comportamenti di per sé scorretti o sleali non urta contro i principi della deontologia professionale, per come essa viene concepita nel nostro Paese e a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti con altre tradizioni culturali, compiti attribuiti ai difensori e strutture del processo molto diverse dalle nostre (9).

Questo conflitto non si verifica né nel processo civile né nel processo penale (10). L'unica differenza tra i due processi sta, come abbiamo visto, nella possibilità che l'abuso dello strumento processuale (11) dia luogo nel primo a condanna della parte per responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96 c.p.c. (non del difensore, contro il quale si potrà semmai agire in separata sede per responsabilità professionale, qualora ne esistano gli estremi, ad esempio se ha ignorato istruzioni successivamente ricevute).

Ma sul piano della conformità della deontologia, e prima ancora su quello morale, non vedo alcuna differenza tra l'avvocato del convenuto che prima della novella del 1990 proponeva il regolamento di giurisdizione all'unico scopo di lucrare la sospensione automatica del processo allora prevista dall'art. 367 c.p.c. (magari volendo guadagnare tempo per una trattativa indirizzata ad una transazione capace di tener conto di rapporti tra le parti più complessi rispetto a quello litigioso) e l'avvocato dell'imputato che oggi propone il ricorso per cassazione all'unico scopo di far maturare la prescrizione del reato. Senza contare la difficoltà, e forse l'inammissibilità, di sondare le intenzioni del professionista allo scopo di distinguere nei casi concreti tra uso soggettivamente corretto e uso distorto dello strumento processuale. Semmai, sarà dovere professionale del difensore avvisare la parte che intende seguire una certa tattica processuale circa il rischio che corre di vedersi irrogare la condanna «per responsabilità aggravata» ex art. 96.

Nonostante la confusione concettuale sovente operata tra violazione del dovere di lealtà e probità e c.d. lite temeraria, la conclusione mi pare obbligata da una semplice connessione sistematica. Basterà pensare all'inesistenza nel nostro ordinamento processuale di un dovere di verità della parte (men che meno del difensore, malgrado la rubrica dell'art. 50 del nuovo codice deontologico, approvato dal Consiglio nazionale forense il 31 gennaio 2014, assuma imprecisamente come «dovere di verità» il dovere dell'avvocato di non utilizzare prove o dichiarazioni della cui falsità sia consapevole).

6. — Ora dobbiamo occuparci non più di utilizzazione abusiva di strumenti processuali o di comportamenti scorretti o sleali, attività ascrivibili solo alle parti o ai difensori. Passando a trattare dei rapporti tra formalismo processuale ed etica del giudice, il nostro diventa un problema di «atteggiamento» nell'interpretazione delle norme che disciplinano il rito.

Di fronte a molte questioni di esegesi delle norme processuali, i testi legislativi consentirebbero di ricavare due diverse disposizioni. Una fa sì che la causa prosegua verso il suo esito naturale, vale a dire la decisione sul merito del rapporto sostanziale controverso. L'altra provoca, invece, un'*absolutio ab instantia* attraverso una declaratoria, secondo i casi, di nullità, di inesistenza, di inammissibilità, di improcedibilità.

Naturalmente, è appena il caso di rilevarlo, la nostra premessa di partenza implica che la seconda interpretazione non sia imposta da esigenze inerenti alla protezione del diritto di difesa di una delle parti.

Ora, a me pare che l'etica del giudice vada concepita come un'«etica del servizio». L'istituzione giudiziaria esiste al solo scopo di soddisfare il bisogno di tutela giurisdizionale dei cittadini. Facile ricavarne le

conseguenze in ordine al problema che stiamo indagando: messo di fronte ad una questione interpretativa astrattamente risolvibile secondo le due opposte soluzioni prospettate, il giudice ha il dovere di scegliere la prima, risolvendo la controversia nel merito.

Il diniego di giustizia in cui si concreta *l'absolutio ab instantia* deve sempre essere il frutto di una soluzione obbligata, vuoi nel senso che la soluzione opposta neanche si profila tra le possibili, vuoi nel senso che la pronuncia sul processo è comunque resa necessaria da esigenze di garanzia. Altrimenti il giudice viola l'etica del servizio cui si debbono conformare i suoi comportamenti.

Attenzione però. Siamo in presenza di un tipico caso in cui un dovere etico del giudice non integra anche un dovere deontologico, la cui violazione dia luogo alla possibilità di aprire un procedimento disciplinare nei suoi confronti.

Etica e deontologia giudiziaria sono qui separate. La ragione è semplice. Eccezion fatta per casi estremi (anche se, ahimè, non più soltanto di scuola), dove comunque l'illecito disciplinare è l'altra faccia di un grave illecito penale, come la corruzione in atti giudiziari, il giudice non è sindacabile in sede disciplinare per il contenuto dispositivo dei suoi provvedimenti. Se nega giustizia sul merito grazie ad un'interpretazione non necessitata che comporta una declaratoria di assoluzione dall'osservanza del giudizio, egli risponderà soltanto alla libera critica degli osservatori oltre che, eventualmente, davanti alla propria coscienza.

Vale a questo punto la pena di rilevare che le critiche fondate dei provvedimenti giurisdizionali, che siano incentrate su un'accusa di formalismo interpretativo, sottintendono per ciò stesso l'ascrizione di un disvalore etico.

Inutile aggiungere che la consapevolezza di questo disvalore non è molto diffusa tra gli attori dei relativi comportamenti, a causa della tendenza, comune tra gli appartenenti a corpi di funzionari, ad esasperare l'importanza attribuita alle forme in sé, anche quando si pongono in contrasto con la sostanza delle esigenze di tutela, in obbedienza a valori tipici dell'individuo burocratizzato.

In più è interessante sottolineare come sovente l'interpretazione indirizzata a soddisfare il bisogno di tutela giurisdizionale nel caso concreto sia dotata di argomenti assai migliori rispetto a quelli che sorreggono la soluzione formalistica che integra un sostanziale diniego di giustizia.

Gli esempi non mancano.

Un aiuto ad identificarli ci viene dall'esistenza di un continuato dissidio interpretativo con le soluzioni offerte dalla dottrina. A questo proposito l'esperienza insegna, peraltro, che, pazientemente insistendo, la dottrina, quando sia compatta e ben orientata, riesce talvolta ad indurre il «diritto vivente» a ripensare le proprie elaborazioni. Ci sono voluti decenni, ma il risultato è arrivato in tema di limiti oggettivi dell'impugnazione incidentale tardiva, oltre che per quanto riguarda i profili più aberranti in tema di pretesi vizi della procura alle liti.

Purtroppo, però, la dottrina è a volte responsabile di proposte formalistiche e forse si potrebbe parlare anche di etica della dottrina. Accade quando gli studiosi si fanno incantare dalle petizioni di principio tipiche del concettualismo dogmatico senza guardare ai valori coinvolti, malgrado gli avvertimenti da decenni presenti in teoria generale. Un caso eminente lo troviamo nel seguente sillogismo qui abbreviato: il possesso è un diritto; *ergo* le violazioni del possesso devono avere accesso alla tutela giurisdizionale a cognizione piena voluta per tutti i diritti dall'art. 24, comma 1°, cost. Prima dell'intervento del 2005, compromissorio, e pertanto molto criticabile, che ha almeno previsto la necessità della domanda di parte per attivare la fase a cognizione piena, la

dottrina quasi unanime (con l'autorevole eccezione di Virgilio Andrioli), seguita dalla giurisprudenza, ivi comprese le sezioni unite della Cassazione, insegnava, malgrado la mancanza di una previsione legislativa in tal senso, che il procedimento sommario previsto per la tutela del possesso doveva di necessità venir seguito dal processo ordinario, con tutta la possibile sequela di impugnazioni. Paradossale la conseguenza. La tutela del possesso, voluta chiaramente dal legislatore come un'operazione di polizia accompagnata dalla garanzia giurisdizionale («la reintegrazione deve ordinarsi dal giudice sulla semplice notorietà del fatto, senza dilazione», art. 1168, comma 4^o, c.c.), diventa un procedimento più complicato di quello destinato alla tutela dei diritti soggettivi. Abbiamo avuto di fronte per decenni un *unicum (monstrum)* come se l'ordinamento processuale avesse deviato dai propri principi e voluto inscindibilmente (e paradossalmente) cumulate una fase a cognizione sommaria con una successiva fase a cognizione piena, proprio in un contesto dove appare essenziale la velocità del provvedere per aprire al più presto la strada alle ragioni petitorie. Le cronache ci raccontano di processi possessori durati decenni (12).

Vale anche la pena di accennare alla giurisprudenza della nostra Corte suprema, prima in materia di pretesi vizi della procura alle liti e poi in materia di quesito di diritto e oggi in materia di inammissibilità del ricorso e di autosufficienza del medesimo. Siamo in presenza di un fenomeno sintomatico del fatto che, a volte, le cause del persistere di un atteggiamento formalistico non si limitano alla incapacità di percepire il dovere etico di ricostruire le norme processuali come strumenti indirizzati all'affermazione della giustizia sostanziale nei rapporti tra i litiganti. Vi è di più. Di fronte a orientamenti giurisprudenziali che sono difficili da capire al lume delle conclusioni opposte cui conduce un'interpretazione delle norme coinvolte operata dal giurista «ingenuo» non solo secondo i normali canoni ermeneutici, ma anche avendo presenti i valori costituzionali dell'ordinamento (13) e le esperienze di ordinamenti vicini al nostro (14), viene spontaneo di pensare che entri in giuoco un interesse estraneo rispetto al compito di una corretta interpretazione delle norme secondo la loro *ratio*. La violazione del dovere etico del giudice assume un aspetto più complesso.

Le «modeste e cavillose questioni» (15) diventano la spia di un fenomeno inquietante concernente l'agire giurisdizionale entro un contesto burocratico.

Oramai non è più utilizzabile, perché manifestatasi sostanzialmente utopica, l'idea weberiana della burocrazia come braccio secolare della volontà normativa dello Stato, in una connessione razionale e lineare di mezzi a fine (16). Si è da tempo consapevoli che all'interno dell'azione burocratica si ramifica un reticolo di interessi, dove il fine principale, pur sempre in astratto individuabile, può venir variamente, a seconda dei casi, rovesciato nel suo opposto, mascherato, eluso, stravolto, solo in parte realizzato (17).

Nel caso nostro è ragionevole pensare che le chiusure formalistiche, da quelle antiche in tema di pretesi vizi della procura alle liti, a quelle più recenti in tema di quesito di diritto e di inammissibilità del ricorso siano, almeno parzialmente, il frutto di un fine obliquo perseguito dalla Corte di cassazione, in una sorta di riflesso di autodifesa contro la semiparalisi indotta dall'aumento incontrollato dei ricorsi.

È chiaro infatti che assolvere se stessi dall'osservanza del giudizio, usufruendo di modelli esplicativi assestati al punto di mutuare da un caso all'altro le cadenze linguistiche nella monotona stereotipia delle scarse motivazioni, è ben altra cosa, in termini di spendita di attività giurisdizionale, che non scendere all'esame dei motivi di ricorso concernenti il rapporto sostanziale controverso, nella sua specifica puntualità e complicazione.

7. — Abbiamo constatato che è impossibile garantire un processo equamente bilanciato tra rispetto delle forme ed esigenze di efficiente soddisfazione del bisogno di tutela giurisdizionale, facendo affidamento esclusivamente sull'etica o, a seconda dei casi, sulla deontologia dei protagonisti del processo. L'individuazione di un dovere morale del giudice di respingere le soluzioni formalistiche è poco utile di fronte alle opposte autorappresentazioni del ruolo che sono generalmente condivise in un ambiente formato da impiegati civili dello Stato. L'individuazione di un identico dovere morale o, peggio, deontologico dell'avvocato (al di là delle eccezioni sopra delineate) è errata in quanto contrasta con il suo dovere primario di patrocinare, quasi *perinde ac cadaver*, la posizione del proprio cliente, trovando come unico limite il rispetto, da un lato, di regole etiche « universali » e, dall'altro, di regole deontologiche intese ad evitare il conflitto di interessi.

Così stando le cose sembra opportuno ripetersi, osservando ancora una volta che « alle ragioni della battaglia contro il formalismo si intrecciano strettamente le ragioni della battaglia per le riforme legislative » (18). Se è per lo più inutile, talvolta addirittura sbagliato, riferirsi all'etica di giudici ed avvocati per assicurare un andamento del processo non ostacolato dal formalismo « cattivo », diventa invece utilissimo riferirsi ad un'etica del legislatore che si concreta nel suo dovere politico di strutturare una macchina processuale capace di impedire l'utilizzazione degli strumenti processuali distorta rispetto allo scopo. L'aver sottoposto a processo disciplinare l'avvocato specializzato nell'uso del regolamento di giurisdizione infondato all'unico scopo di ottenere la sospensione del processo di merito sarà magari stata cosa giusta, viste le « scandalose » peculiarità del caso (19). Ma l'iniziativa, cui va certamente ascritto un valore simbolico, non ha, altrettanto certamente, esercitato alcuna efficacia deterrente sulla diffusa e più coperta utilizzazione distorta dell'istituto.

Il problema è, invece, stato risolto definitivamente dai provvedimenti urgenti per il processo civile del 1990, con la semplice trasformazione della sospensione da obbligatoria in facoltativa, a séguito di una deliberazione del giudice di merito circa la serietà della questione di giurisdizione sottoposta alla suprema Corte.

È appena il caso di rilevare che molti altri compiti attendono un legislatore che sia davvero impegnato nel fare pulizia dei travimenti formalistici radicati nelle prassi, siano quelle ostruzionistiche dei difensori, ovvero quelle interpretative dei giudici. Per limitarci ad esempi già richiamati, sarebbe urgente introdurre una sommarizzazione completa del procedimento possessorio che lo riporti nei suoi naturali confini di tutela urgente, quasi di polizia, togliendo dalle mani delle parti la facoltà di proseguirlo nelle forme del procedimento ordinario. E sarebbe anche urgente precisare meglio in senso antiformalistico la disciplina della procura alle liti. Un passo in avanti è stato certamente compiuto dalla riforma nel 2009 dell'art. 182, comma 2°, che ha sostituito il dovere al potere del giudice di assegnare un termine per la regolarizzazione. Ma è un passo troppo timido, che lascia aperta molta strada alle liti satelliti anche in sede di impugnazione (20). Bisognerebbe semplicemente abolire le formalità ora richieste, magari istituendo, alla francese, una presunzione di verità dell'incarico conferito al difensore in mancanza di prova contraria.

Se mi è consentita un'incursione nel processo penale, credo poi urgentissimo intervenire sulla prescrizione.

Non si vuole, come avviene in molti paesi e in analogia a quanto avviene per il processo civile, stabilire che la prescrizione si interrompe con l'esercizio dell'azione penale? Si stabilisca almeno che definitiva, ai sensi dell'art. 27, comma 2°, cost., è la sentenza di appello, in modo che sia questa a rappresentare il termine finale per la prescrizione. Basti pensare a quali enormi vantaggi si avrebbero per la funzionalità del giudizio penale in Cassazione, anche nell'interesse degli imputati i cui motivi di ricorso siano fondati, o comunque proposti allo

scopo di venir presi in considerazione. In séguito alla drastica diminuzione dei ricorsi si verrebbe ad istituire un circolo virtuoso che determinerebbe una forte accelerazione dei tempi processuali.

A quest'ultimo proposito concludo con una notazione suggerita dalla cronaca politica di alcuni anni or sono. È accaduto che un ministro del governo allora in carica si sia scagliato contro alcuni avvocati, definiti, a quanto riferirono i giornali, come una «banda di dilatori», a causa del fatto che alcuni importanti processi per corruzione politico-amministrativa si erano conclusi con la declaratoria di prescrizione, grazie all'artificio difensivo di tenerli in piedi in tutti i gradi di impugnazione all'esclusivo scopo di ottenere quella declaratoria davanti alla Corte suprema.

Siamo qui in presenza di una confusione di idee davvero deplorabile. Non si trattava di additare al pubblico disprezzo professionisti che fanno il loro mestiere. Si trattava di assolvere un dovere: usare le prerogative proprie del membro di un organo cui è attribuita l'iniziativa legislativa e farsi promotore di un disegno di legge indirizzato a modificare la disciplina in modo da impedire un uso distorto dello strumento processuale che non è imputabile a chi ne approfitta, bensì ad un difetto di costruzione della normativa che lo disciplina.

Le note non le vogliono più giustificate <div style="text-align: justify; margin: 10px 10px;">

Note:

(1) Hegel, Lineamenti di filosofia del diritto, trad. it., Bari, 1971, p. 193.

(2) Romualdi, Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia, Torino, 2013, p. 55 ss., trova giustamente irrazionale l'attuale disciplina, visto che la parte è priva della competenza necessaria per seguire le scelte della difesa e propone di sostituire la responsabilità di essa con la responsabilità del difensore, almeno tutte le volte che vi sia una violazione del codice deontologico forense.

(3) Responsabilità aggravata e violazione del dovere di lealtà e probità sono generalmente messe sullo stesso piano, anziché distinguerle come cerchiamo di fare. Così, ad esempio, Monateri, La responsabilità civile, Torino, 1998, p. 859 ss.

(4) Per un'analisi delle diverse fattispecie che danno luogo a responsabilità aggravata, cfr. Scarselli, Le spese giudiziarie civili, Milano, 1998, p. 321 ss.

(5) Pellegrini, La litigiosità in Italia. Una ricerca sociologico-giuridica, Milano, 1997, p. 168, mostra che il ricorso al procedimento per decreto ingiuntivo è assai poco diffuso al Sud. Si scende, da una media di 830 al Nord, ad una di 500 ingiunzioni ogni centomila abitanti. È certamente vero, come viene rilevato, che il fenomeno dipende soprattutto dalle diverse condizioni economico-sociali nelle due zone del Paese. Molto probabilmente, peraltro, esso è anche correlabile, in parte, al fatto che gli avvocati preferiscono la via più fruttuosa della cognizione ordinaria, affidandosi al brocardo *dum pendet rendet*, in un contesto dove il lavoro giudiziario è scarso, paragonato al numero degli esercenti la professione. A proposito del ricorso al decreto ingiuntivo va anche ricordato che anni fa la Corte costituzionale ha dato un aiuto non piccolo alle prassi «abusive» di sostituzione con un mezzo processuale non necessario, ma più redditizio per il difensore, rispetto ad un altro messo a disposizione dall'ordinamento. Corte cost., 31 dicembre 1986, n. 303, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 963; in *Foro it.*, 1987, I, c. 671, con nota di ProtoPisani; in *Foro pad.*, 1987, I, c. 3, con nota di Danovi, Decreto ingiuntivo fondato su titoli esecutivi e liquidazione delle spese; in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 137, con nota di Consolo, Procedimento monitorio e rilevanza costituzionale della regola della condanna del soccombente alla rifusione delle spese di lite; in *Riv. dir. proc.*, 1987, p. 173, con nota di Tarzia, Ricorso per

ingiunzione fondato su titolo esecutivo e diritto alle spese. La Corte dichiarò illegittimi gli artt 641 e 653 c.p.c. (così come modificati dall'art. 2 della legge 10 maggio 1976, n. 358), per contrasto con gli artt. 3 e 24 cost., nella parte in cui escludevano che il giudice, nel pronunciare il decreto ingiuntivo, potesse liquidare le spese, condannando il debitore ingiunto al rimborso, se la domanda fosse fondata su un documento costituente titolo esecutivo. L'insufficiente ratio decidendi è basata sul rilievo che il decreto serve comunque per iscrivere l'ipoteca e che il creditore munito di titolo, se agisse in via ordinaria, avrebbe comunque, in caso di vittoria, diritto al rimborso delle spese. Implicitamente, la decisione costituzionalizza il principio della soccombenza. A me sembra invece evidente che la scelta di come allocare le spese di giudizio è una scelta di opportunità da lasciare al legislatore ordinario, come d'altronde ci insegna l'esperienza comparativa, dove il giusto processo (la due process of law clause della costituzione nordamericana, per esempio), può benissimo accompagnarsi al diverso principio per cui le spese del giudizio sono sopportate dalle parti che le hanno anticipate. Quanto al vantaggio costituito dall'iscrivibilità dell'ipoteca, la Corte avrebbe potuto, con una sentenza interpretativa di accoglimento, stabilire che il rimborso delle spese è dovuto al creditore che, pur munito di titolo esecutivo, ha agito per decreto, solo nel caso che avesse dimostrato l'esistenza di beni immobili nel patrimonio del creditore, sottoponibili proficuamente alla garanzia.

(6) Cfr. Cass. nn. 4900 e 6700 del 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 890, con nota di Ronco, Azione e frazione: scindibilità in più processi del petitum di condanna fondato su un'unica causa petendi o su causae petendi dal nucleo comune, ammissibilità delle domande successive alla prima e riflessi oggettivi della cosa giudicata. Peraltro nel 2000, con la sent. 10 aprile 2000, n. 108 — resa a sezioni unite —, la Cassazione, chiamata a dirimere un contrasto giurisprudenziale emerso in seno alle sezioni semplici, si pronunziava nel senso che « in mancanza di espresse disposizioni o di principi generali desumibili da una interpretazione sistematica, non è consentito all'interprete affermare l'inammissibilità di una domanda giudiziale per il fatto che la stessa riguarda solo una parte dell'unico credito vantato ». Solo nel 2007, con la sentenza n. 23726 del 15 novembre, le sezioni unite segnavano un mutamento di rotta, attesa l'opportunità di « rimeditare » (tali le parole dello stesso estensore) la soluzione più sopra esposta. Il mutato orientamento veniva giustificato adducendo la sempre maggiore pervasività della regola di correttezza e buona fede oggettiva, da ritenersi operante anche nella fase giudiziale, in quanto specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà risultanti dall'art. 2 cost., nonché facendo richiamo al novellato art. 111 cost.

(7) Cass., 4 maggio 2012, n. 6749; Cass., (ord.) 27 gennaio 2011, n. 2051; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28286, particolarmente interessante per le conseguenze che ne fa discendere, rigettando il ricorso contro la sentenza di merito, che aveva ritenuto improponibile la domanda di risarcimento dei danni alla persona subiti dall'attore in occasione di un sinistro stradale, nel quale lo stesso aveva subito altresì danni materiali, oggetto di separato giudizio concluso con sentenza passata in giudicato; Trib. Catanzaro, 22 febbraio 2012, in *Foro it.*, 2013, I, c. 386. Va anche ricordata Cass., 9 aprile 2013, n. 8576, che ha dichiarato costituire abuso del processo l'artificiale frazionamento in tre distinti procedimenti esecutivi, per capitale, interessi e spese legali, in base ad un unico titolo.

(8) Giud. pace Torino, 11 giugno 2012, in *Giudice di pace*, 2012, p. 338, con nota di Scarpa; Arb. Roma, 13 ottobre 2010, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2011, p. 69.

(9) Notizie al riguardo in AA.VV., *La professione forense, modelli a confronto*, a cura di Aldo Berlinguer, Milano, 2008, p. 225 ss.; Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Diritto privato*, 1997, III, L'abuso del diritto, p. 471 ss. Cfr. anche Postel, *Sanctions against Attorney for Frivolous Complaint and Appeal*, in *Chicago Daily Law Bulletin*, 19 febbraio 1999, v. 145 i34, p.1; ComminosKruzansky, *Sanctions for non*

Frivolous Complaint? Implications for the Improper Purpose Prong of Rule 11, in *Albany Law Review*, 1998 (61), p. 1359 ss.

(10) Per una serie di approfondimenti indirizzati a dimostrare la tesi cfr., se vuoi, Chiarloni, *Divergenze e concordanze nella cultura del diritto di difesa per il processo civile e per il processo penale*, in *Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, 1988, n. 3, p. 43 ss., dove l'analisi prende le mosse dalle sentenze della Corte suprema ricordate alla nota 19, con qualche notazione critica nei confronti dell'entusiasmo adesivo della dottrina ivi citata. Sulla stessa linea mi sembra ora, con riferimento a casi particolari, curiosamente sempre in materia di giurisdizione, ma che coinvolgono il giudice amministrativo, Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.Judicium.it, nel contesto di una vigorosa critica alla decisione del Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636, che aveva dichiarato costituire abuso del processo l'impugnazione della sentenza per motivi attinenti alla giurisdizione senza nel contempo proporre motivi di merito. A proposito della recente severità dei giudici amministrativi vale la pena di ricordare la sentenza n. 3210/2013, che ha applicato la sanzione per lite temeraria prevista dall'art. 22 del codice del processo amministrativo come novellato dal d.lgs. n. 195 del 2011 ad una parte che aveva violato il dovere di sinteticità degli atti previsto dall'art. 3, comma 2º, dello stesso codice.

(11) La letteratura sull'abuso del processo va diventando molto ampia. Cfr., per i rinvii a quella precedente, a cura dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, *L'abuso del processo: atti del XXVIII Convegno nazionale, Urbino, 23-24 settembre 2011, Bologna, 2012*.

(12) Possiamo ricordare un altro caso, riguardante l'interpretazione della modifica dell'art. 111, comma 1º, che ha introdotto nel 1999 il concetto di giusto processo regolato dalla legge. Al giurista ingenuo sembra chiaro che «regolato dalla legge» sta semplicemente a significare che il processo non può essere regolato da altre fonti normative. Siamo cioè in presenza della posizione, o meglio della riaffermazione (assieme a tante altre ascrivibili alla nostra norma) di una riserva di legge in materia processuale, da sempre presente nel nostro ordinamento per consuetudine costituzionale, con la conseguenza che sarebbe illegittimo, nel nostro Paese, un processo disciplinato in parte tramite regolamenti amministrativi, come avviene in Francia. A giudizio di alcuni il nuovo testo dell'art. 111 ha, invece, costituito addirittura una «rifondazione» delle garanzie costituzionali del processo e la novità sarebbe appunto rappresentata dalla clausola «regolato dalla legge». Ne deriverebbe la sicura incostituzionalità dei processi contenziosi camerali (soprattutto in materia di famiglia e di fallimento) indirizzati ad incidere su status o su diritti senza possibilità di un successivo controllo secondo il modulo ordinario (ProtoPisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 280; Id., *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*, in *Foro it.*, 2000 V, c. 242 s.; Costantino, *il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto processo civile»*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di Civinini e Verardi, *Atti del convegno dell'Elba 9-10 giugno 2000, Milano, 2001*, pp. 262 e 270; Lanfranchi, *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001, p. 40 ss). Si tratta di procedimenti dove il legislatore, in vista del soddisfacimento di una fortissima esigenza di velocità del provvedere, vuole che sia il giudice a stabilire le cadenze della procedura e disegna un modello istruttorio ispirato ad una spinta deformalizzazione e ad estesi poteri ufficiosi. Come si vede, un processo regolato dalla legge. Cade in un evidente equivoco chi sostiene che, in un processo sottoposto alla riserva di legge, deve essere il legislatore e non il giudice ad individuare forme e termini del «dovuto processo legale», stabilendo le modalità di realizzazione del principio del contraddittorio e in particolare le modalità di partecipazione delle parti al procedimento di formazione del convincimento del giudice. La riserva di legge riguarda i rapporti tra il potere legislativo e l'altro potere dello Stato legittimato ad emanare norme giuridiche, il potere esecutivo. Ma

la riserva di legge non riguarda (non può riguardare) nel nostro sistema i rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, posto che il giudice non è fonte formale di regole generali e astratte, ma è l'organo chiamato a concretizzarle. Inutile aggiungere, come è ovvio, che il diritto di difesa deve venir assicurato, non solo nella disciplina, ma anche nelle prassi. La Corte costituzionale ha già in parecchie occasioni provveduto ad indicare come si deve articolare il processo camerale sui diritti. L'attuazione della garanzia del contraddittorio ne richiede l'instaurazione iniziale, un'organizzazione della dialettica processuale che consenta alle parti di far valere le proprie ragioni, il diritto di dedurre prove, la possibilità di discutere presupposti o quanto meno risultati dell'attività istruttoria, la facoltà di farsi assistere da un difensore. La violazione di questi principi da parte del giudice di merito rende il suo provvedimento ricorribile ex art 111 cost. alla Corte di cassazione (per nullità del procedimento dopo la riforma dell'art. 360 c.p.c., che ha esteso al ricorso straordinario la proponibilità di tutti i motivi).

(13) Per uno sviluppo di quest'ultimo profilo, cfr. il mio *Contrasti tra diritto alla difesa e obbligo della difesa: un paradosso del formalismo concettualista*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 641 ss.

(14) Cfr., al riguardo, Balena, *Sulle conseguenze del difetto di procura «ad litem»*, in *Foro it.*, 1987, I, c. 562 nota 37, per notizie sugli ordinamenti belga e francese che, ancor prima dell'introduzione di una previsione espressa, ammettevano in giurisprudenza una vera e propria presunzione di esistenza della procura alle liti.

(15) Manifestando una più che comprensibile insofferenza così le definiva Satta, in *Commentario al c.p.c.*, I, Milano, 1959, p. 282, dopo aver combattuto invano a favore di interpretazioni più ragionevoli in numerosi scritti minori.

(16) La classica impostazione di Weber per l'analisi del fenomeno burocratico si trova sintetizzata in *Osservazione preliminare a L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, trad. it., Firenze, 1965, e, nella sua forma più distesa, in *Economia e società*, trad. it., Milano, 1961, II, p. 250 ss., specie pp. 287-289. Sulla crisi del paradigma weberiano della razionalità formale si possono vedere, in vario senso, Mayntz, *Max Webers Idealtypus der Burokratie und die Organisationssoziologie*, in *Burokratische Organisation*, a cura di Mayntz, Berlin, 1968, p. 29 ss.; Offe, *Criteri di razionalità e problemi della funzione dell'agire politico-amministrativo*, in AA.VV., *Le trasformazioni dello Stato*, in *Quaderni di Aut Aut*, n. 9, 1980, p. 95 ss.

(17) Cfr., secondo diversi approcci e con riferimento a settori diversi dell'azione burocratica, Selznick, *La dinamica dello spostamento dei fini*, in *La burocrazia*, a cura di Ferraresi e Spreafico, Bologna, 1975, p. 250 ss.; Amato, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, Bologna, 1976, p. 28 ss.; Cassese, *Burocrazia ed economia pubblica*, Bologna, 1978, pp. 19 ss., 89 ss.; Pizzorno, *I soggetti del pluralismo*, Bologna, 1980, p. 85 ss.; Crozier, *Il fenomeno burocratico*, Milano 1978, passim; Ferraresi, *Burocrazia e politica in Italia*, Bologna, 1980, pp. 33 ss., 256 ss.; Merton, *Teoria e struttura sociale*, II, *Studi sulla struttura sociale e culturale*, Bologna, 2000, p. 226 ss. Va peraltro ricordato che già il giovane Marx aveva lucidamente visto le patologie dei corpi burocratici nella *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, in *Marx-Engels, Opere scelte*, Roma 1969, p. 22, sottolineando che il culto dell'autorità, l'obbedienza passiva, la fede acritica, l'attività irrigidita nelle forme e nelle routines qualificano la vita dell'individuo burocratizzato. Per lui i fini superiori dello Stato si identificano in una faccenda sua: la sua carriera, la conoscenza reale si svuota. Il falso sapere e la vita immaginaria degli uffici e della gerarchia burocratica passano per verità.

(18) Chiarloni, *Contrasti*, cit., p. 663.

(19) Alludo ad un caso famoso, in cui le sezioni unite della Cassazione hanno fatto applicazione degli artt. 88 e 96 c.p.c., per cercare di reprimere (anteriormente alla riforma dell'art. 367 ad opera dei

provvedimenti urgenti sul processo civile del 1990) il ricorso al regolamento di giurisdizione dichiaratamente operato al solo scopo di rallentare il giudizio di merito. Cfr. Cass., 3 novembre 1986, n. 6420, in Foro it., 1987, I, c. 57, con nota adesiva di Barone-Cipriani-Pizzorusso-ProtoPisani, Regolamento di giurisdizione, deontologia forense e credibilità delle sezioni unite. V. anche, sulla stessa linea, la successiva Cass., 6 aprile 1987, in Riv. dir. proc., 1988, p. 201, con nota di Guarneri, Regolamento di giurisdizione, lite temeraria e dovere di lealtà e probità del difensore.

(20) Cfr, comunque, per una lettura della nuova norma, che supera l'orientamento precedente, Cass., sez. un., 22 dicembre 2011, n. 28337: « A norma dell'art. 182 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 46 l. 18 giugno 2009, n. 69 ed applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, il giudice è tenuto — ove rilevi un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore — a provvedere alla sanatoria di tale vizio, dovendosi equiparare la nullità della procura ad litem al difetto di rappresentanza processuale » (nella specie, le supreme Corti hanno cassato la decisione del consiglio nazionale forense che aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso avverso un provvedimento disciplinare emesso da un consiglio territoriale sul rilievo che il difensore era sfornito della procura speciale).

DIFETTO DI GIURISDIZIONE E ABUSO DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO - IL COMMENTO

di Kostandin Peci

Cons. Stato Sez. III Sentenza, 13 aprile 2015, n. 1855

c.c. art. 1175

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, art. 9

La sentenza in commento si inserisce in quell'orientamento giurisprudenziale che ricorre alla figura dell'abuso del processo per sancire l'inammissibilità del motivo d'appello, con il quale l'appellante (ricorrente in primo grado e soccombente nel merito) contesta per la prima volta la giurisdizione del giudice amministrativo. Il commento, dopo avere denunciato l'irragionevolezza della durata del processo, si concentra pertanto sul profilo della qualificazione dell'impugnazione in tema di giurisdizione come abuso del processo. In primo luogo, si tracciano sinteticamente le principali problematiche concernenti le figure dell'abuso del diritto e del processo. In secondo luogo, si passano brevemente in rassegna le principali costruzioni giurisprudenziali e dottrinali sul tema dell'abuso del processo amministrativo, con particolare riferimento alla casistica in materia di contestazione della giurisdizione in appello. Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, si evidenzia quindi che il Consiglio di Stato ricorre alla formula "abuso del processo" non per sanzionare una concreta deviazione di un comportamento dalla funzione assegnata a una determinata prerogativa, bensì per estrapolare dall'art. 9 c.p.a. una proposizione normativa che nega all'appellante, soccombente nel merito in primo grado, la prerogativa di contestare (per la prima volta in appello) la giurisdizione del giudice amministrativo. Il commento si conclude infine con alcuni rilievi critici sui fatti di causa che, ove fossero stati presi in considerazione dai giudici, avrebbero potuto condurre a una pronuncia, sulla giurisdizione, di segno contrario.

Sommario: Un altro caso di "processo-lumaca" - La contestazione della giurisdizione da parte dell'appellante (soccombente nel merito in primo grado) - Alcune considerazioni minime sull'abuso del diritto e sull'abuso del processo - L'abuso del (e/o nel) processo nell'ambito del contenzioso amministrativo: una breve rassegna della giurisprudenza e della dottrina - Non un problema di abuso del processo, ma di distinzione tra *testo normativo* e *norma* - Una provocazione

Un altro caso di "processo-lumaca"

Nel 1993 chi scrive aveva da poco ultimato le scuole elementari e certamente (e, menomale, si potrebbe aggiungere) non immaginava che 22 anni dopo avrebbe commentato su questa *Rivista* una sentenza del Consiglio di Stato, resa il 13 aprile 2015, a conclusione però di un giudizio instaurato in primo grado proprio in quel 1993, ormai così lontano⁽¹⁾.

Si auspica che il dato autobiografico renda meglio l'idea della abnorme durata della causa che si commenta e che, comunque, il lettore possa agevolmente concordare che, per semplice buon senso, un processo che dura 22 anni per due gradi di giudizio non può ritenersi di durata ragionevole. Soprattutto, se una simile durata processuale non è giustificata dalla complessità della causa.

Da entrambe le sentenze rese nei rispettivi gradi di giudizio, emerge invece una vicenda processuale lineare⁽²⁾. In nessuna delle due decisioni si dà infatti conto di fasi incidentali e/o di interruzioni, ovvero di sospensioni, processuali. Il ricorso in primo grado, come già evidenziato, è stato depositato nel 1993, mentre l'udienza di discussione si è tenuta dopo 15 anni, ossia il 3 aprile 2008. Per quanto riguarda il secondo grado di giudizio, l'atto di appello è stato depositato - da uno dei ricorrenti originari, insieme agli eredi dell'altra ricorrente originaria, nel frattempo deceduta - nel 2009, mentre l'udienza di discussione della causa ha avuto

luogo il 5 marzo 2015.

Anche il merito della vicenda si presenta relativamente semplice⁽³⁾, seppure nella tragicità dei fatti di causa. Si verteva in tema di erogazione della speciale elargizione, di cui all'art. 3 della L. n. 629/1973, prevista a favore dei familiari degli appartenenti alle forze di polizia, vittime del dovere⁽⁴⁾. La causa è stata instaurata dai genitori di un dirigente di P.S., deceduto in un incidente stradale mentre si recava a dirigere una delicata operazione preventiva/repressiva di polizia che per sua natura, come correttamente ha evidenziato il Consiglio di Stato - rettificando sul punto la motivazione della sentenza di primo grado - non poteva qualificarsi meramente quale "normale servizio di istituto". I familiari del dirigente deceduto hanno contestato la legittimità del decreto n. 559/D/406/FU del 24 luglio 1993, con il quale il Ministero dell'Interno ha negato loro l'erogazione della speciale elargizione per le vittime del dovere, di cui all'art. 3, comma 2, L. n. 629/1973 (così come modificato dall'art. 1 della L. n. 466/1980)⁽⁵⁾. Le pretese dei ricorrenti sono state rigettate in entrambi i gradi di giudizio, in conformità con la consolidata giurisprudenza amministrativa, che richiede la sussistenza di un rigorosissimo nesso di causalità tra il rischio specifico dell'operazione di pubblica sicurezza e l'evento traumatico-lesivo⁽⁶⁾. Nella specie, il suddetto nesso di causalità è stato ritenuto insussistente, poiché l'evento tragico si è verificato in un momento antecedente allo svolgimento dell'operazione di polizia e non è dipeso dai rischi specifici dell'operazione di prevenzione (repressione).

La contestazione della giurisdizione da parte dell'appellante (soccumbente nel merito in primo grado)

Il profilo interessante della sentenza in commento non si esaurisce con il, pur deplorabile, ritardo con il quale la causa è stata decisa. Anzi, su questo profilo, nulla di nuovo, verrebbe (purtroppo) da aggiungere: un altro caso di processo-lumaca. Se non fosse però che tale aspetto risulta più acuto, alla luce del fatto che gli appellanti sono stati ritenuti colpevoli di avere compiuto un vero e proprio abuso del processo, per avere contestato per la prima volta in appello (seppure con specifico motivo d'impugnazione) il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. La sentenza in commento si inserisce infatti nell'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che, sempre con più disinvoltura, utilizza la delicata figura dell'abuso del processo per sancire l'inammissibilità del motivo d'appello con il quale l'appellante (ricorrente in primo grado e soccombente nel merito), contesta per la prima volta la giurisdizione del giudice amministrativo, implicitamente confermata in primo grado. Ed è questo il profilo per il quale si segnala la sentenza in questione. È opportuno quindi darne subito conto.

Gli appellanti - facendo probabilmente leva sulla giurisprudenza della Corte di cassazione che qualifica come diritto soggettivo la situazione giuridica degli eredi dei soggetti, ai quali la pubblica amministrazione abbia precedentemente riconosciuto il diritto all'elargizione per la perdita dei loro parenti (vittime del terrorismo)⁽⁷⁾ - hanno contestato la giurisdizione del giudice amministrativo, a favore di quella del giudice ordinario. Nella sentenza d'appello, il Consiglio di Stato prende infatti atto di questa giurisprudenza, quasi a volere dimostrare di condividere in realtà il merito della censura.

Nonostante ciò, il giudice amministrativo ha sanzionato il primo motivo d'appello con l'inammissibilità, perché ha ravvisato nella contestazione della giurisdizione, effettuata per la prima volta in appello, la contrarietà con il "principio del divieto di abuso del processo, precipitato del più generale divieto di abuso del diritto e della clausola di buona fede"⁽⁸⁾. I giudici richiamano quindi il consolidato orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato, secondo cui l'ordinamento censurerebbe siffatta contestazione della giurisdizione sotto un duplice profilo. In primo luogo, perché essa si porrebbe in contrasto con il divieto di "venire *contra factum proprium* - paralizzabile con l'*exceptio doli generalis seu presentis*"⁽⁹⁾. In secondo luogo, perché una siffatta condotta processuale, ovviamente ove avallata dal giudice, arrecherebbe alla resistente un

irragionevole pregiudizio, costringendola a difendersi nel giudizio instaurato dinnanzi al giudice ordinario secondo le regole della *traslatio iudicii*. È bene evidenziarlo sin d'ora, che il risultato cui giunge l'orientamento giurisprudenziale, nell'ambito del quale si inserisce anche la sentenza in commento, è quello di negare che l'art. 9 del c.p.a.⁽¹⁰⁾ garantisca al ricorrente di primo grado, soccombente nel merito, la prerogativa di impugnare in punto di giurisdizione la sentenza che in modo implicito riconosce la giurisdizione del giudice amministrativo. Sostenere il contrario, secondo il suddetto orientamento, significherebbe violare il divieto di abuso del diritto (*rectius*, delle prerogative processuali).

Alcune considerazioni minime sull'abuso del diritto e sull'abuso del processo

Come si è visto, nella costruzione del Consiglio di Stato la figura di abuso del processo costituisce la declinazione in chiave processualistica del divieto di abuso del diritto⁽¹¹⁾. Concettualmente non ci sono difficoltà nell'accettare la formula "abuso del diritto" nella suo significato corrente, ossia quale "deviazione dalle sostanziali finalità assegnate alla prerogativa in virtù del riconoscimento normativo"⁽¹²⁾. In tale ottica, l'abuso del diritto non colpisce comportamenti che sarebbero contrari ad altri precisi divieti ordinamentali (anche non di diritto positivo): al contrario, in questi casi è pacifico che la figura non avrebbe ragione di esistere⁽¹³⁾. Allo stesso modo, si sostiene che l'abuso del diritto sia cosa diversa dall'eccesso dal diritto: quest'ultima "figura di illecito ... che non dovrebbe suscitare particolari problemi"⁽¹⁴⁾, in quanto agevolmente collocabile nella tradizionale categoria della responsabilità civile⁽¹⁵⁾. È stato infatti rilevato che ciò che distinguerebbe l'abuso del diritto da qualsiasi altra ipotesi di sconfinamento (del o) dal diritto è "l'apparente conformità del comportamento del soggetto al contenuto del suo diritto"⁽¹⁶⁾. L'abuso del diritto, o meglio il divieto di abusare di una prerogativa, viene invece in rilievo in tutte quelle situazioni in cui l'esercizio della prerogativa, seppure formalmente conforme allo schema ordinamentale, è attivato dal suo titolare per uno scopo/funzione diverso da quello che l'ordinamento assegna a siffatta prerogativa. In altri termini, e per dirla con la Corte di Cassazione, l'abuso del diritto "lungi dal presupporre una violazione in senso formale del diritto, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore"⁽¹⁷⁾. Deviazione che, a seconda delle diverse concezioni dottrinarie, si ritiene sanzionabile con la mancata concessione della tutela⁽¹⁸⁾ oppure secondo le regole dell'illecito civile⁽¹⁹⁾.

È giunto quindi il momento di evidenziare che il problema della teoria dell'abuso del diritto non è un problema concettuale, bensì, come è stato rilevato, il problema è (per di più) di tipo positivo e "consiste nell'individuazione di un autonomo principio giuridico che sia, in primo luogo, desumibile in via di generalizzazione [da] fattispecie normative di diritto positivo; e, in secondo luogo, tale da aggiungere un *quid pluris* di valenza precettiva, rispetto al contenuto normativo di ciascuna di essa"⁽²⁰⁾. Su questo punto la dottrina si è fortemente divisa tra chi ha dubitato della presenza della figura nell'ordinamento oppure della sua utilità⁽²¹⁾ e chi invece ammette la sussistenza di un principio generale di divieto dell'abuso del diritto⁽²²⁾. E chi ammette l'esistenza di tale principio nell'ordinamento si sforza di identificare le fattispecie di diritto positivo dalle quali esso possa desumersi. In quest'ottica "vengono chiamati in causa il divieto degli atti emulativi; il trattamento del motivo illecito che induce a contrarre; il principio della correttezza; la repressione delle clausole vessatorie; la norma sulla minaccia di far valere un proprio diritto; la regola della buona fede oggettiva"⁽²³⁾. Ed è proprio nella inscindibile connessione con la buona fede oggettiva che, la Corte di cassazione e la giurisprudenza amministrativa attualmente ricostruiscono la presenza nell'ordinamento del principio di divieto di abuso del diritto. In tale accezione, il divieto di abuso del diritto, tramite il collegamento con i doveri di buona fede oggettiva e correttezza⁽²⁴⁾, si ritiene trovi fondamento nel dovere di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale. È bene precisare però che il tentativo, condivisibile in linea di principio, di trovare una copertura di diritto positivo al divieto di abuso del diritto non scalfisce minimamente la sua peculiare funzione

di fungere da "valvola" di accoglimento nel (o, se si preferisce, di *contaminazione*⁽²⁵⁾ del) diritto di istanze emergenti dalla società in cui esso opera: istanze che, appunto, in un determinato periodo storico potrebbero evidenziare il contrasto con il dovere di solidarietà (e con gli obblighi di buona fede e correttezza) di comportamenti non biasimabili in precedenti epoche storiche⁽²⁶⁾. Come ha già evidenziato Bobbio, "il controverso principio del divieto di abuso di diritto" emerge proprio "dalla auscultazione, cui il giurista è chiamato, di esigenze etico-politiche manifestatesi in una determinata società in contrasto con convinzioni che vanno declinando"⁽²⁷⁾. Ed è con riferimento a tale aspetto che emerge anche "l'antica ricorrente preoccupazione" rispetto alla figura dell'abuso, ossia la diffidenza verso i "poteri di controllo e apprezzamento del giudice invasivi rispetto a prerogative riconosciute ai privati e soprattutto pericolosi per la certezza del diritto"⁽²⁸⁾. Secondo chi scrive, riconoscere un siffatto potere ai giudici non si ritiene debba costituire motivo di eccessivo scandalo, specie in un ordinamento costellato dalla previsione di clausole generali⁽²⁹⁾. Deve essere subito chiaro però che, per definizione, tale funzione di controllo non può essere svolta in astratto, ma deve essere sempre ancorata alle circostanze di una determinata condotta o di un rapporto concreto. L'abuso presuppone infatti il diritto (o la posizione soggettiva di vantaggio) e il suo (apparente) esercizio⁽³⁰⁾. Sicché, il compito del giudice è quello di sindacare la presenza di quelle circostanze concrete che rendono abusivo quello che in apparenza sarebbe l'esercizio del diritto, ossia quelle circostanze che indicano la deviazione dell'esercizio del diritto dalla finalità preposta dall'ordinamento.

In tale direzione sembra andare anche la giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale accanto alla (i) titolarità del diritto e (ii) alla discrezionalità nel suo concreto esercizio, elenca tra gli elementi costitutivi dell'abuso, (iii) "la circostanza che [l'esercizio] concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; [e] la circostanza che [(iv)], a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte"⁽³¹⁾.

Per quanto riguarda le prerogative processuali, la giurisprudenza di legittimità è ormai costante nel ritenere applicabile il principio del divieto di abuso del diritto anche in ambito del processo⁽³²⁾. Basta rilevare come di recente le Sezioni Unite della Cassazione siano tornate sul tema, evidenziando che "il carattere generale del principio discende dal fatto che ogni ordinamento che aspiri a completezza e funzionalità deve "tutelarsi" per evitare che i diritti da esso garantiti siano esercitati o realizzati, pure a mezzo di un intervento giurisdizionale, in maniera "abusiva", ovvero eccessiva e/o distorta". Per questa ragione "l'esigenza di individuare un limite agli abusi si estende dunque dal diritto sostanziale al processo, trascende le peculiari connotazioni dei vari sistemi, trovando ampio riscontro non solo negli ordinamenti processuali interni, ma anche in quelli sovranazionali e venendo univocamente risolta, sia a livello normativo che interpretativo, nel senso che l'uso distorto del diritto di agire o reagire in giudizio, volto alla realizzazione di un vantaggio diverso e/o contrario allo scopo per cui il diritto o la facoltà processuale sono riconosciuti, non ammette tutela"⁽³³⁾. Si ritiene quindi che "l'abuso della discrezionalità, ossia [l'uso] improprio e distorto del potere discrezionale che la legge conferisce [alla parte processuale]"⁽³⁴⁾, si pone in contrasto "con i principi di correttezza e buona fede e col principio costituzionale del giusto processo"⁽³⁵⁾. È stato correttamente evidenziato poi che la fenomenologia abusiva si possa concretizzare sia nella forma di abuso del processo, sia in quella di abuso nel processo⁽³⁶⁾.

L'abuso del (e/o nel) processo nell'ambito del contenzioso amministrativo: una breve rassegna della giurisprudenza e della dottrina

Il ricorso alla nozione di abuso del processo ha assunto importanza anche nel contenzioso amministrativo, con una casistica ormai variegata e complessa, che, senza alcuna pretesa di completezza, si ritiene opportuno passare brevemente in rassegna⁽³⁷⁾. In uno dei primi casi, la nozione di abuso è stata

utilizzata per dichiarare inammissibile il ricorso contro un provvedimento che concedeva esattamente quanto richiesto dall'istanza del destinatario⁽³⁸⁾. L'abuso del processo ha poi avuto "maggiore visibilità" con la nota Ad. Plen. n. 3 del 2011, sulle conseguenze relative alla mancata impugnazione del provvedimento amministrativo⁽³⁹⁾. L'abuso del processo è stato altresì ravvisato nel comportamento dell'amministrazione, che non avendo eseguito l'ordinanza cautelare di primo grado, decideva di appellare la sentenza di merito che, nell'erronea convinzione dell'ottemperanza da parte dell'amministrazione all'ordine cautelare, aveva dichiarato cessata la materia del contendere⁽⁴⁰⁾. E ancora, è stato ritenuto un abuso processuale e, quindi, inammissibile il ricorso proposto da un Comune contro i provvedimenti del Commissario *ad acta* che "riproducevano quelli già preliminarmente adottati dal Comune"⁽⁴¹⁾. Alla casistica sin qui richiamata, si aggiunga altresì quella in tema di utilizzo scorretto dei mezzi processuali, quali ad esempio l'uso a fini illustrativi della memoria di replica⁽⁴²⁾, oppure la richiesta del rinvio dell'udienza di discussione formalizzata dalle parti a pochi giorni da quest'ultima (e a distanza di anni dalla proposizione del ricorso)⁽⁴³⁾.

Non mancano poi casi in cui l'assenza di abuso è considerata tra le condizioni per sancire la sussistenza dell'interesse a ricorrere, ossia la meritevolezza dell'azione⁽⁴⁴⁾.

Tuttavia, come anticipato, il ricorso massiccio e per di più seriale alla figura dell'abuso del processo si è avuto in materia di difetto di giurisdizione nell'ambito dei giudizi di impugnazione⁽⁴⁵⁾. Complice anche l'articolo 9 c.p.a., che escludendo la rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione nell'ambito dei giudizi di impugnazione, prescrive che siffatto difetto "è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione". Il filone giurisprudenziale, in cui si inserisce la sentenza commentata, prende spunto da un *obiter* della sentenza n. 1537/2011, con la quale il Cons. Stato (Sez. VI), ha dichiarato inammissibile l'eccezione sul difetto di giurisdizione, sollevato per la prima volta dall'appellante (ricorrente di primo grado) con semplice memoria. In quell'occasione, il Consiglio di Stato ha ritenuto, seppure *ad abundantiam*, che, alla luce dell'art. 9 c.p.a., è proprio l'eccezione stessa che non potrebbe essere sollevata in appello dalla parte che ha instaurato in primo grado la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto ritenere il contrario "si porrebbe in contrasto con i principi di correttezza e affidamento che modulano il diritto di azione e significherebbe, in caso di domanda proposta a giudice carente di giurisdizione, non rilevata d'ufficio, attribuire alla parte la facoltà di ricusare la giurisdizione prescelta, in ragione dell'esito negativo della controversia". L'argomento è poi ripreso nella sentenza n. 656/2012 (Sez. V), il vero *leading case*, per essere collegato alla dottrina dell'abuso del diritto e buona fede oggettiva, declinato come attuazione dell'obbligo di solidarietà di cui all'art. 2 della Carta Costituzionale ed utilizzato per dichiarare inammissibile non più l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta con memoria, bensì il motivo d'appello ritualmente proposto contro la pronuncia implicita in tema di giurisdizione⁽⁴⁶⁾. Tratto peculiare di quest'ultima sentenza è, ad avviso di chi scrive, l'analisi saldamente ancorata alle peculiarità della fattispecie concreta. La sentenza n. 656 del 2012, lungi dall'annunciare una generale ed astratta regola circa l'inammissibilità del motivo d'appello proposto da chi in primo grado ha instaurato la giurisdizione amministrativa, si poneva il compito di verificare in concreto la sussistenza di circostanze che potessero indicare-provare l'abusività del contegno processuale dell'appellante⁽⁴⁷⁾.

Questo aspetto è stato però completamente trascurato dalla giurisprudenza successiva. È emblematico, ad esempio, il fatto che nella sentenza che qui si commenta manchi qualsiasi riferimento a circostanze concrete che renderebbero abusiva la proposizione del motivo d'impugnazione in tema di giurisdizione. D'altronde, l'intero orientamento giurisprudenziale, nel quale la sentenza in commento si inserisce, si limita a ripetere il *mantra* secondo cui la proposizione del motivo d'appello contro la giurisdizione da parte dell'appellante (ricorrente di primo grado) è inammissibile, perché costituirebbe sostanzialmente abuso del processo. Peraltro, con esiti non sempre prevedibili e/o giustificabili⁽⁴⁸⁾. La migliore prova della

crystallizzazione del suddetto *mantra* è costituita dai recentissimi casi del Consiglio di Stato in cui la sanzione dell'inammissibilità del motivo d'impugnazione in tema di giurisdizione viene comminata con sentenza in forma semplificata⁽⁴⁹⁾.

La dottrina ha mosso diverse critiche alla sentenza del Cons. Stato, n. 656 del 2012.

Si è sostenuto infatti che una tale interpretazione dell'art. 9 c.p.a., creerebbe una disparità tra le parti processuali⁽⁵⁰⁾. È stato pertanto, provocatoriamente, proposto di negare lo strumento processuale anche alle altre parti, salvo poi, correttamente, ammettere che questa interpretazione priverebbe di utilità l'art. 9 c.p.a., ossia costituirebbe "una interpretazione largamente abrogante dell'art. 9 del codice del processo amministrativo"⁽⁵¹⁾. Altri commentatori⁽⁵²⁾ hanno (condivisibilmente) rilevato che la giurisprudenza del Consiglio di Stato va ben oltre l'indirizzo della Corte di cassazione sul tema del giudicato implicito, che aveva giustificato la formulazione dell'art. 9 c.p.a., e che, come è noto, ammette l'impugnazione della sentenza di primo grado per difetto di giurisdizione⁽⁵³⁾. Un autorevole Autore ha poi osservato che "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 di ciò che il giudice sia e appaia imparziale"⁽⁵⁴⁾. Altra dottrina ha infine ritenuto illogico impedire al ricorrente di impugnare la sentenza in punto di giurisdizione, mentre allo stesso si riconosce la facoltà di esperire il regolamento di giurisdizione *ex art. 10 c.p.a.*⁽⁵⁵⁾. Quest'ultima critica potrebbe, invero, subire qualche ridimensionamento alla luce della recente giurisprudenza della Cassazione che, seppure in maniera implicita, ammette che l'esperimento da parte del ricorrente del regolamento di giurisdizione, di cui all'art. 10 c.p.a., potrebbe costituire, in determinate circostanze, abuso del processo e per questo censurabile con la sanzione dell'inammissibilità⁽⁵⁶⁾.

Non un problema di abuso del processo, ma di distinzione tra *testo normativo* e *norma*

Sia consentito aggiungere, alle suddette osservazioni, un'ulteriore riflessione, concernente il ruolo della formula abuso del processo nell'ambito dell'orientamento del Consiglio di Stato in commento. Anticipando la conclusione, la convinzione è che tale formula sia utilizzata dalla giurisprudenza in questione non come sanzione alla deviazione dalla funzione della prerogativa processuale, bensì come elemento giustificativo dell'estrapolazione di una determinata norma dall'art. 9 c.p.a.⁽⁵⁷⁾.

Il punto di partenza della riflessione è l'ormai risalente, ma tuttora attuale, ammonimento di M.S. Giannini, il quale riflettendo sul giudizio di legittimità delle norme, rilevava che "contrariamente all'opinione corrente la norma come fatto, o meglio il fatto della norma, è ben lontano dall'essere un'entità sicura e apprensibile; ma costituisce uno dei fatti più incerti che possano sussistere in un ordinamento"⁽⁵⁸⁾. Si evidenziava quindi che la non coincidenza tra *norma* e *testo normativo* fosse un fatto reale, "che può essere corretto dal legislatore, e integrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, ma che non potrà mai essere eliminato"⁽⁵⁹⁾. La fondamentale distinzione tra *norma* e *testo normativo* non è di poco momento ai fini che qui concernono⁽⁶⁰⁾. Come più volte osservato, l'art. 9 c.p.a., nella parte che qui interessa, prevede che nei giudizi di impugnazione il difetto di giurisdizione "è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione". Ebbene, limitando l'analisi alla sola figura del appellante-ricorrente in primo grado ("Ric."), dal testo normativo potrebbero estrapolarsi diverse proposizioni (normative). Ne siano da esempio le seguenti tre proposte semplificate: (1) il motivo di impugnazione del Ric. in punto di giurisdizione è sempre ammissibile; (2) il motivo di impugnazione del Ric. in punto di giurisdizione è ammissibile, salvo i casi in cui ciò costituisca abuso del processo; (3) il motivo di impugnazione del Ric. in punto di giurisdizione non è mai ammissibile.

A questo punto del contributo dovrebbe essere agevole rilevare, che la norma identificata dall'orientamento giurisprudenziale (e dalla sentenza che qui si commenta) si avvicini all'opzione *sub* (3). In quest'ottica - e forse anche alla luce della disparità (quantomeno apparente) tra le parti processuali, che tale norma sembra implicare - la formula dell'abuso del processo è utilizzata come giustificazione del divieto. Sicché, la proposizione completa, facilmente estraibile dalle massime della giurisprudenza in questione, diventa la seguente: il motivo di impugnazione del Ric. in punto di giurisdizione non è mai ammissibile, perché altrimenti ciò costituirebbe abuso del processo.

Sotto tale veste però la formula abuso del processo sembra diventare un veicolo per creare consensi intorno alla correttezza della norma scelta rispetto ad altre proposizioni egualmente estrapolabili dal testo normativo⁽⁶¹⁾. In altri termini, la formula abuso del processo sembra fungere "da scudo" per proteggere la creazione del diritto vivente, che proprio in quanto tale, potrà essere contrastato, seppure in via mediata, tramite l'eccezione di illegittimità costituzionale da parte del giudice amministrativo che lo ritenga contrario ai dettami costituzionali.

Ad ogni modo, quello che sembra certo è che con la formula abuso del processo il Consiglio di Stato non intende più lo strumento per sanzionare la deviazione del comportamento concreto dalla funzione per la quale la prerogativa è stata attribuita⁽⁶²⁾. Per convincersene, sono sufficienti due rilievi. Il primo riguarda l'illogicità nel riferirsi in astratto alla nozione di abuso del processo, quando quest'ultima formula, per definizione, presuppone l'accertamento in concreto delle circostanze che rendono abusivo un comportamento apparentemente conforme a una determinata prerogativa. In secondo luogo, è stato rilevato che "una necessità logica impone a chi parli dell'abuso del diritto di ammettere che esista un diritto, rispetto al quale il comportamento in questione costituisca un abuso"⁽⁶³⁾. In altri termini, "se non c'è il diritto non può esserci l'abuso"⁽⁶⁴⁾.

Ed è questo il punto fondamentale dal quale emerge la contraddittorietà della giurisprudenza che qui si commenta. L'approdo di quest'ultima è proprio la totale ed astratta negazione all'appellante (ricorrente in primo grado) della prerogativa di impugnare in punto di giurisdizione la sentenza di primo grado. Quindi niente prerogativa, niente abuso, verrebbe da ribadire.

Vi è però un segnale positivo.

La Cassazione sembra avere intercettato l'alterazione dello schema dell'abuso del processo, da parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato qui commentata, inviando i primi messaggi di dissenso. In una recente sentenza nell'ambito di un ricorso per motivi di giurisdizione, le Sezioni Unite della Cassazione hanno infatti esplicitamente censurato il suddetto orientamento del Consiglio di Stato, richiamando l'attenzione sul fatto che l'accertamento dell'abuso del processo non possa essere fatto in astratto, bensì si debba effettuare valutando le circostanze concrete del caso⁽⁶⁵⁾. Nella specie, la Suprema Corte ha affermato che "due circostanze inducono a escludere che si versi in ipotesi di abuso del processo: la prima è costituita dall'eccezione sollevata e coltivata da una delle parti resistenti, condotta che vale a giustificare il ripensamento e la necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione. La seconda giustificazione risiede nella complessità della materia del contendere che dava corpo al ricorso iniziale"⁽⁶⁶⁾.

Si auspica che tale approccio possa rafforzarsi in futuro e, soprattutto, che il messaggio venga correttamente percepito dal destinatario⁽⁶⁷⁾.

Una provocazione

Un'ultima questione merita di essere ancora affrontata: come sarebbe andata a finire se il Consiglio di

Stato non si fosse rifugiato nella propria giurisprudenza in tema di difetto di giurisdizione? In altri termini, le appellanti hanno abusato delle loro prerogative processuali?

Almeno tre ragioni militano contro la sussistenza di un abuso del processo. La prima, e la più importante, è data dalla circostanza che al momento in cui l'appello è stato depositato, vigeva un orientamento del Consiglio di Stato favorevole all'ammissibilità dell'impugnazione in punto di giurisdizione da parte del ricorrente in primo grado (soccombente nel merito)⁽⁶⁸⁾. È stato correttamente rilevato che in tal caso, "il giudice amministrativo ha sostenuto che la soccombenza in tali ipotesi sussiste ove il ricorrente abbia visto risolta in suo favore una questione pregiudiziale di rito rilevabile d'ufficio, che statuita diversamente gli consentirebbe la riproposizione della domanda"⁽⁶⁹⁾. In altri termini, si ammetteva la sussistenza di "un interesse strumentale all'impugnazione idoneo ad evitare la soccombenza" nel merito⁽⁷⁰⁾. La seconda ragione riguarda l'eccessiva durata del processo. A chi scrive sembra, che sia stata proprio siffatta eccessiva durata del processo a rendere possibile l'applicazione (retroattiva) al caso in questione di una norma più sfavorevole per gli appellanti (e contrastante con quella riconosciuta dall'ordinamento al momento della proposizione dell'appello). La terza ragione si basa su una considerazione logica: la giurisdizione del giudice amministrativo o c'era o non c'era. Nella prima ipotesi, una pronuncia nel merito sarebbe stata più opportuna, senza scomodare l'abuso del processo. Nella seconda ipotesi, una parte di responsabilità andrebbe invece riconosciuta anche ai giudici (di primo grado) per non avere rilevato d'ufficio il difetto di giurisdizione, pur avendone avuto tutto il tempo necessario per farlo.

Più complesso sembra invece il merito della questione sulla giurisdizione. Anche a prescindere dalla problematica se nella specie si ricadesse o meno nell'ambito di controversie relative al rapporto di lavoro in regime di diritto pubblico, la giurisprudenza citata nella sentenza in commento sembra riferirsi alla situazione degli eredi dei parenti delle vittime, nei cui confronti la Pubblica Amministrazione abbia già riconosciuto il diritto all'elargizione. Il che però sembra essere cosa ben diversa dal ritenere che, come nella specie, in assenza di tale riconoscimento da parte della P.A. la posizione degli eredi, e soprattutto del parente della vittima, sia di diritto soggettivo.

Si tratta quindi di un ulteriore dubbio che quantomeno meritava di essere indagato. Tuttavia, come per gli altri punti sollevati in questo paragrafo, il giudice d'appello ha invece preferito rifugiarsi nella tranquillità, che indubbiamente il *mantra* dell'inammissibilità del motivo d'impugnazione sulla giurisdizione riesce a garantire.

I *mantra* sono però cosa di *guru*, non di giudici.

(1) Il ricorso che ha instaurato in primo grado la causa che qui si commenta, è stato registrato presso il T.A.R. Campania, sede di Salerno, con il n. di r.g. 3017 del 1993.

(2) La sentenza di primo grado, resa dal T.A.R. Campania, sede di Salerno, è la n. 2117 del 2008. La sentenza del Cons. Stato è invece la n. 1855 resa dalla Sez. III, il 13 aprile 2015.

(3) Sarebbe già un primo indizio in tale direzione, la circostanza che entrambe le sentenze sono succinte in punto di motivazione.

(4) Ai sensi dell'art. 3, L. n. 629/1973, "la misura della speciale elargizione a favore delle famiglie degli appartenenti alle forze di polizia, vittime del dovere, di cui alla legge 22 febbraio 1968, n. 101, è elevata a lire 10.000.000. Per vittime del dovere ai sensi del precedente comma s'intendono i soggetti di cui all'art. 1 della

presente legge deceduti nelle circostanze ivi indicate nonché quelli deceduti in attività di servizio per diretto effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza di eventi connessi all'espletamento di funzioni d'istituto e dipendenti da rischi specificamente attinenti a operazioni di polizia preventiva o repressiva o all'espletamento di attività di soccorso". I soggetti elencati all'art. 1 della medesima legge sono "[i] militari dell'Arma dei carabinieri, del Corpo delle guardie di finanza, del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza, del Corpo degli agenti di custodia, del Corpo forestale dello Stato, nonché [i] funzionari di pubblica sicurezza, compreso il personale del Corpo istituito con la legge 7 dicembre 1959, n. 1083, deceduti in attività di servizio per diretto effetto di ferite o lesioni riportate in conseguenza ad azioni terroristiche o criminose o in servizio di ordine pubblico".

(5) Con lo stesso decreto era stato invece riconosciuto ai ricorrenti, l'elargizione di cui all'art. 6, comma 1, L. n. 308/1981, nella misura del 50% di quella prevista dalla L. n. 624/1975, a favore dei familiari del personale di Polizia, deceduti in attività di servizio per effetto di lesioni di natura violenta. L'art. 6, comma 1, L. n. 308/1981, non più in vigore dal 2010, prevedeva che "Ai familiari dei soggetti di cui al precedente articolo 1, dei militari in servizio permanente e di complemento, delle Forze di polizia, compresi i funzionari di pubblica sicurezza e il personale della polizia femminile deceduti in attività di servizio per diretto effetto di ferite o lesioni causate da eventi di natura violenta, riportate nell'adempimento del servizio, è corrisposta una speciale elargizione pari al 50 per cento di quella prevista dalla legge 28 novembre 1975, n. 624, e successive integrazioni e modificazioni".

(6) Secondo costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, "per il sorgere del diritto alla speciale elargizione prevista dalla legge per le vittime del dovere ... non basta che l'evento traumatico sia connesso all'espletamento di funzioni d'istituto, ma occorre pure che sia dipendente da rischi specificamente attinenti a operazioni di polizia preventiva o repressiva o all'espletamento di attività di soccorso" (art. 3, comma 2, L. 27 ottobre 1973, n. 629, aggiunto dall'art. 1 della L. 13 agosto 1980, n. 46), occorrendo in sostanza che il rischio affrontato vada oltre quello ordinario connesso all'attività di istituto (Cons. Stato, Sez. IV, n. 1404/2001; conf., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, n. 1050/2013; Cons. Stato, Sez. IV, n. 480/2012; Cons. Stato, Sez. VI, n. 4042/2006).

(7) Secondo la giurisprudenza citata nella sentenza in commento "il riconoscimento, da parte della p.a., ad un parente della vittima del diritto all'elargizione, nella misura fissata dalla l. 466/1980, comporta per detto beneficiario una posizione di diritto soggettivo, con la conseguenza che la controversia relativa all'operatività di tale riconoscimento nei riguardi dell'erede di quel beneficiario, che sia deceduto, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario (v., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 18 novembre 1989, n. 4942; Cass., Sez. Un., 21 luglio 2003, n. 11377)".

(8) V. Cons. Stato, Sez. III, n. 1855/2015; *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1630; Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703.

(9) V. per un'introduzione a questi temi, G. Chiné - M. Fratini - A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2015, 775 ss.

(10) Come è noto, ai sensi dell'art. 9 c.p.a., "il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione".

(11) La bibliografia sull'abuso del diritto è sconfinata. Per una cognizione della trattazione dottrinale e giurisprudenziale della materia, oltre ai "classici" citati nell'ambito del presente contributo, si rinvia alla esaustiva rassegna contenuta nella recente opera di G. Tropea, *L'abuso del processo amministrativo*. Studio

critico, Napoli, 2015, 61-202. Per una sintesi del contributo appena citato, v. G. Tropea, *Abuso del processo nella forma del venire contra factum proprium in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2015, 2, 685 ss.

Per la comprensione della figura dell'abuso del diritto (specie, come problema storico), resta fondamentale l'opera di P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998. Secondo l'illustre Autore, l' "idea stessa dell'abuso di diritto' nasce ... nell'ambito dell'ordinamento liberale della società [del XIX secolo]", 28. Alla base della teoria dell'abuso del diritto vi è il tentativo di affiancare all'eguaglianza formale, propria dell'ordinamento liberale, l'eguaglianza sostanziale. Non a caso uno dei campi in cui si sarebbe sviluppata la teoria dell'abuso del diritto, o delle prerogative ordinamentali, è quella delle relazioni commerciali/industriali. Con riferimento a questi ultimi ambiti, gli schemi di diritto della società liberale stabilivano e garantivano la libertà e l'eguaglianza formale contrattuale, senza però riuscire a proporre schemi atti a contrastare efficacemente i disequilibri derivanti dall'esercizio del potere economico (di fatto) (v. in particolare, 29-31). Per quanto riguarda invece le ideologie sottostanti alla storia e alla costruzione della teoria dell'abuso del diritto, secondo l'Autore esse sono sostanzialmente due: quella cattolica e quella socialista. Alla base delle due ideologie vi è un dato comune, ossia quello dell'accettazione di una sorta di *superlegalità* come concetto direttivo al quale funzionalizzare l'esercizio della prerogativa privata. Sono diversi, ovviamente, i valori che connotano la superlegalità. Nel caso dell'ideologia cattolica, tali valori si identificano nella morale. Per l'ideologia socialista invece rileva la necessità del consenso sociale nell'esercizio della prerogativa individuale.

Sul diverso piano delle fonti, è altresì interessante la costruzione di A. Gambaro, *Abuso del diritto* (diritto comparato e straniero), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, che sembra collegare l'esistenza della teoria dell'abuso agli errori nella programmazione normativa, e più in particolare nella mancata adeguata ponderazione degli effetti (negativi) sul benessere generale dell'attribuzione di posizioni di vantaggio abbastanza estese a determinate categorie. In maniera simile si esprime anche R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in AA. VV., *La parte generale del diritto civile*, 2, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.*, Torino, 2001, secondo cui "la ragione per invocare la repressione dell'abuso risiede normalmente in una lacuna di regole puntuali", 319.

(12) V. P. Rescigno, *L'abuso del diritto (Una significativa rimediazione delle sezioni unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, 6, 745. Cfr., altresì, Salv. Romano, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, per il quale assume rilevanza, ai fini dell'operatività del concetto di abuso del diritto, il criterio della "funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere". Secondo Salv. Romano, "questo legame è obbiettivo: è più visibile nella autonomia cosiddetta funzionale i cui poteri richiedono di essere positivamente esercitati in funzione della cura di interessi determinati; la figura, normale nell'autonomia pubblica, sussiste ed è diffusa anche in quella privata oltre il campo, correntemente ammesso, dei poteri familiari. Il non esercizio o l'esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione può considerarsi abuso in ordine a quel potere. Ma una funzionalità deve rinvenirsi anche nell'autonomia privata nei suoi normali aspetti di autonomia libera che è comunque collegata alla cura di interessi. Solo che questa funzionalità deve principalmente, essere percepita nel collegamento dell'atto coi limiti dello stesso potere che con quell'atto di esercita". Sicché, secondo l'illustre Autore, il concetto di *abuso del diritto* "è suscettivo di assumere un significato in tutti quei casi in cui ... si verifica un'alterazione nella funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso". Siffatta alterazione della funzione obbiettiva dell'atto si verificherebbe: "a) sotto forma di alterazione del fattore causale che si ripercuote in un'alterazione nella struttura dell'atto stesso; b) sotto forma di una condotta di rapporti giuridici contraria alla buona fede o comunque lesiva della buona fede altrui".

(13) V. R. Sacco, *op. cit.*, secondo cui "la coerenza... suggerisce di non parlare di abuso di un diritto per indicare un comportamento che sia vietato ad un altro titolo". Ciò in quanto, "nella dottrina, e anche nei testi legislativi orientati all'accoglimento della dottrina dell'abuso del diritto, l'abuso del diritto' implica sempre un collegamento con l'esercizio del diritto in questione. Il tale comportamento rientra astrattamente nell'esercizio di tale diritto, ma tuttavia ha caratteri e connotati che lo rendono abusivo", 320.

Allo stesso modo, M. Stipo, *Divagazioni sul tema del c.d. abuso del diritto, con particolare riferimento alla potestà delle Pubbliche Amministrazioni*, in *www.giustamm.it*, secondo cui, se il limite all'esercizio del diritto "è fissato in modo esplicito dalle norme di diritto positivo, la questione dell'abuso del diritto] non si pone neppure perché si versa in un'attività pacificamente illegale ed il danno che sia eventualmente cagionato è *injura datum*".

(14) V. P. Rescigno, *L'abuso*, cit., 68.

(15) Già secondo Salv. Romano, *Abuso*, cit., "un concetto di abuso del diritto che, in ogni caso, andrebbe meglio precisato in ordine alle varie figure soggettive del potere, diritto, interesse non ha senso in tutte queste ipotesi di esorbitanza da precisi limiti di esercizio che escludono *in casu* l'esistenza di quel potere, di quel diritto o dell'interesse".

(16) V. U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 37. Proseguendo il ragionamento riportato nel testo, U. Natoli sostiene che "abusare del diritto dovrebbe significare coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe il dovere di non compiere". Tale affermazione ci sembra prestarsi alla seguente critica: in questa concezione il compimento dell'atto che si avrebbe il dovere di non compiere costituirebbe più semplicemente violazione di quest'ultimo dovere. Sicché, l'unico ruolo che si potrebbe assegnare all'abuso del diritto sarebbe quello di argomento interpretativo volto all'individuazione (o alla creazione?) del suddetto dovere. Per un esame della figura dell'abuso del diritto come argomento, si rinvia ad A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, 10297, che compara l'abuso del diritto con la tecnica interpretativa dell'analogia, rilevando che, a differenza di quest'ultima, con l'abuso del diritto "invocando l'identità di ratio, si applica una disposizione ad un caso (formalmente e strutturalmente, ma non teleologicamente) diverso, che è regolato. Regolato da una diversa disposizione, che con l'argomento dell'abuso viene disapplicata grazie all'assunto che la funzione del caso considerato, prevalente sulla struttura, è espressa da un'altra norma, 'elusa', che assoggetta l'atto ad un diverso effetto giuridico".

(17) Cfr. Cass., Sez. III, n. 20106/2009. La celebre sentenza in tema di recesso *ad nutum* ha suscitato molteplici reazioni, per di più critiche, da parte della dottrina. Senza pretesa di completezza si citano M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 147; R. Palmieri - R. Pardolesi, *Della serie "a volte ritornano: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 95; A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2, 354; E. Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*, in *Giur. comm.*, 2011, 2, 295; L. Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm.*, 2010, 5, 834; C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 2, 139; R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, 5, 524; A. Mastroianni, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 4, 347; F. Salerno, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*, in *Giur. it.*, 2010, 4; G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, 1, 5; M. Cenini - A. Gambaro, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, 1, 109; P. Monteleone, *Clausola di recesso ad nutum dal*

contratto e abuso del diritto, in *Giur. it.*, 2010, 3; F. Scaglione, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, in *Giur. it.*, 3; C. A. Nigro, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, 11, 2547. Per la chiarissima esposizione e per la brillante confutazione delle critiche alla sentenza in questione, merita una menzione a parte merita il commento adesivo di F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, 2, 311.

(18) V. ad esempio, Salv. Romano, *op. cit.*, secondo cui "circa le conseguenze dell'abuso di diritto sembra possa stabilirsi una regola generale nel senso di un rifiuto di tutela da parte dell'ordinamento ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle ... esigenze della attività di servizio".

(19) Ad esempio, secondo C. Salvi, *Abuso del diritto* (diritto civile), in *Enc. giur.*, Roma, 1988, "concettualmente, la figura dell'abuso del diritto concerne ipotesi nelle quali un comportamento, che formalmente integri gli estremi dell'esercizio del diritto soggettivo, debba ritenersi però - sulla base di criteri non formali di valutazione - privo di tutela giuridica, o illecito". Allo stesso modo, A. Gentili, *L'abuso del diritto come argomento*, cit., la sanzione nei casi di abuso del diritto "può essere affittiva: un risarcimento per i pregiudizi arrecati usando del potere. O invalidante: l'irrelevanza giuridica della forma adottata per l'atto", 1.

(20) V. C. Salvi, *op. cit.*, 2.

(21) V. ad esempio, S. Patti, *Abuso del Diritto*, in *Enc. giur.*, *Il diritto*, Lex 24, 2007, secondo cui "ragioni storiche e soprattutto la segnalata diversità dei criteri fissati nelle varie norme rendono particolarmente difficoltosa la ricostruzione teorica di una figura generale dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano", 5. Secondo C. Salvi, *op.cit.*, "sotto il profilo operativo, la formula [abuso del diritto] appare invece, soprattutto nel vasto campo dei diritti soggettivi in senso stretto ..., una sovrastruttura aggiuntiva alla disciplina positiva. Essa risulta quindi per lo più improduttiva, e talvolta anzi fonte di equivoci rispetto a fattispecie estremamente generali, e che richiederebbero dunque piuttosto un'articolazione analitica delle rispettive - e differenti - funzioni, tecniche operative e criteri contenutistici, che la riconduzione a un principio ancora più generale", 5. Secondo R. Sacco, *op. cit.*, "Se un ordinamento vuol reprimere ciò che oramai si vuole vedere come esercizio illecito del diritto, esso non ha un vero bisogno di mobilitare la categoria dell'abuso. In ogni ordinamento è consentito colpire quelle stesse fattispecie che qualcuno qualificherebbe come esercizio abusivo classificandole come violazioni di una regola equivalente, ma diversa, rispetto al divieto d'abuso", 318. Sempre secondo lo stesso Autore, "la dottrina dell'abuso è superflua".

La critica "classica" che si fa alla teoria dell'abuso del diritto è quella di evidenziare l'intrinseca contraddizione tra i due termini che compongono la formula. È necessario però compiere delle distinzioni. Come è stato infatti rilevato da A. Gambaro, *op.cit.*, "una delle prese di posizione più recisamente negative nei confronti della moderna teoria dell'abuso del diritto si basa sull'intima contraddizione logica tra i due termini". L'Autore distingue però tra due ipotesi. In primo luogo, se con tale argomento "si nega al giudice la possibilità di rivenire profili di illiceità in un comportamento che *prima facie* rappresenta l'esercizio di un diritto, il discorso è significativo". In secondo luogo, "se invece ci si limita a contemplare la contraddizione logico formale tra i due termini e si proclama semplicemente "*le droit cesse où l'abus commence*", il discorso diventa sibillino perché lascia aperta al giudice la possibilità di giudicare, *ex post*, abusivo un atto che *prima facie* si presentava nelle vesti dell'esercizio del diritto".

(22) V. Salv. Romano, *op. cit.* U. Natoli, *op. cit.*

(23) V. R. Sacco, *op. cit.*, il quale, come già anticipato, ritiene non sussistente nel nostro ordinamento un principio generale di divieto di abuso del diritto.

(24) La nozione di buona fede oggettiva può ritenersi "sinonimo di correttezza", ossia "non uno status soggettivo", bensì "una regola di comportamento, la cui natura giuridica comporta che la sua violazione debba ritenersi fonte responsabilità *latu sensu* contrattuale, di cui all'art. 1218 c.c." (v. G. Chiné - M. Fratini - A. Zoppini, *op. cit.*, 749).

(25) V. M. Stipo, *op. cit.*, secondo cui "il diritto in quanto, fenomeno sociale, cioè umano è una realtà multiforme; ed invero il diritto, destinato ad essere applicato, a non restare cioè puramente in se stesso, non può che essere contaminato dalla realtà sociale, dall'empiria e dalla contingenza dei fatti, sicché sono facilmente dimostrabili i limiti del puro formalismo e soprattutto del monocausalismo, cioè della riduzione della realtà, che è sempre complessa, ad un solo ed unico fattore di spiegazione".

(26) In termini simili anche U. Natoli, il quale richiama l'attenzione sul fatto che l'ordinamento, per il tramite dei principi generali, debba tenere conto di "quei mutamenti che, fatalmente, l'evoluzione della storia apporta a tali principi generali, mutamenti che si ripercuotono, di necessità, sul fondamento dei singoli istituti, anche quando le norme che tali istituti contemplanano siano sostanzialmente restaste immutate. Tale sostanziale identità non toglie, infatti, che diverso possa apparire il significato delle norme stesse - che si sia cioè, verificato un mutamento della loro ratio, e che, quindi, la loro applicazione debba, in un dato momento storico, avvenire in modo sensibilmente diverso da quello in cui avveniva in origine", 24.

(27) V. N. Bobbio, *Principi Generali di Diritto*, in *Noviss. Dig. It.*, 1966, il quale portava l'abuso del diritto quale esempio dei principi "desunti da idee e convinzioni morali affioranti nella società (che e in continua evoluzione), non ancora accolte dal diritto positivo" e la cui emersione non si poteva evincere né "da questa o quella norma del sistema, e neppure dallo spirito del sistema nel suo complesso". Sulla funzione della figura dell'abuso del diritto quale strumento di evoluzione degli ordinamenti, v. S. Patti, *op. cit.*, secondo cui "il principio dell'abuso sopravvive così al mutare delle ideologie e costituisce in tal senso un elemento di continuità nello sviluppo degli ordinamenti giuridici europei", 10.

(28) V. P. Rescigno, *L'abuso del diritto Una significativa rimediazione delle sezioni unite*, cit., Id., *L'abuso del diritto*, cit., nel quale già si faceva notare che ai "problemi, della discrezionalità e del controllo, si riconduce l'antica disputa sull'abuso". Per S. Patti, *op. cit.*, "la problematica dell'abuso del diritto può allora sinteticamente raffigurarsi come contrasto tra una visione 'letterale' del Codice, tendente a rifiutare l'ammissibilità di un principio, non espressamente disciplinato e dalla formula apparentemente contraddittoria, che conferirebbe al giudice il potere di sindacare l'esercizio del diritto; e una visione 'costruttiva' che, muovendo dal ricordato art. 833 c.c. e da altre norme dettate con riferimento a specifici settori del diritto privato (ad es. l'art. 1175 c.c.) tende a una ricostruzione unitaria della figura, in modo da garantire un controllo dell'esercizio del diritto soggettivo", 9. Secondo A. Gambaro, *op. cit.*, nelle esperienze di *civil law*, "la teoria dell'abuso è uno dei capitoli della complessa storia di come i giuristi hanno saputo costruire ed imporre un diritto giurisprudenziale accanto a quello promanante dal potere ufficialmente sovrano". Su un piano istituzionale, quest'ultimo Autore avverte che "il problema appassionante del ruolo del giudice, della certezza del diritto, è, come problema di politica istituzionale, lontano dal tema dell'abuso, la sua soluzione dipende infatti dal sistema di formazione e reclutamento dei giudici, dalle garanzie di indipendenza loro accordate, dalla cultura e dall'organizzazione del ceto forense e da molte altre variabili la cui influenza è di molto superiore alla teoria dell'abuso".

(29) Si rischia di dire l'ovvio rilevando che a tale affermazione si potrà facilmente obiettare, evidenziando la previsione positivista delle suddette clausole generali. Si tratterebbe però di obiezione formalistica che, anche a voler prescindere dalla stretta connessione tra la teoria dell'abuso e i doveri di correttezza e di buona fede oggettiva, potrebbe avere un suo peso solo sulla questione del riconoscimento

dogmatico della figura dell'abuso del diritto, senza intaccare in alcun modo l'aspetto sostanziale del problema: ossia, il contrasto dell'ordinamento, con i mezzi a disposizione (comprese quindi le clausole generali), alle situazioni che la teoria dell'abuso del diritto si prefigge di combattere. E se ciò non dovesse bastare, si potrebbe anche rammentare il brillante pensiero di F. Galgano, *op. cit.*, contro le argomentazioni della dottrina che critica(va) la sentenza della Cassazione in tema di recesso *ad nutum*: " 'Non facciamoci riconoscere', si diceva nella commedia all'italiana. A dieci anni dall'entrata in vigore, in tutta Europa, della Carta di Nizza, la provincia italiana non sembra essersi ancora accorta del 'divieto dell'abuso di diritto', e continua a prodursi in inutili virtuosismi concettuali ed in sterili bizantinismi".

(30) Secondo U. Natoli, *op. cit.*, non è sufficiente "l'astratta conformità del comportamento del soggetto contenuto del suo diritto a farne, senz'altro, ritenere la legittimità, potendosi sempre giungere ad una conclusione diversa valutando in concreto la situazione secondo le regole della buona fede", 30. Nel ricostruire in maniera lucida i tratti principali delle teorie sull'abuso del diritto, R. Sacco, *op. cit.*, sostiene che con riferimento a nessuna categoria di diritti dovrebbe escludersi "*il controllo e la critica*" dell'esercizio in concreto di un determinato diritto (inclusi quelli che attribuiscono una scelta personalissima al titolare), poiché "*controllo e critica sono, in certi settori, meno probabili; ma sono pur sempre configurabili*", 323.

(31) Si tratta della nota definizione fornita dalla pluri-citata sentenza della Cassazione in tema di recesso *ad nutum*. Non a caso infatti la sentenza pone l'accento sulla rivalutazione delle prove da parte del giudice del rinvio, per accertare se l'esercizio in concreto del recesso *ad nutum* fosse stato abusivo.

La definizione degli elementi costitutivi dell'abuso del diritto fornita dalla Corte di cassazione echeggia quella di G. Pino, vedi, ad esempio, *L'abuso del diritto tra teoria e dogmatica (precauzioni per l'uso)*, in G. Maniaci (a cura di), *Eguaglianza, Ragionevolezza e Logica giuridica*, Milano, 2006, in particolare, 127-128. Una diversa definizione è fornita da A. Gentili, *op. cit.*, secondo cui "nell'idea di abuso del diritto come fattispecie giuridicamente rilevante ricorrono i seguenti ingredienti: un atto ..., compiuto con coscienza e volontà; la conformità strutturale dell'atto ad un modello di comportamento permesso; il contrasto funzionale dell'atto con imperativi (principi o norme imperativi); un trattamento giuridico dell'atto connesso alla funzione e non alla struttura, di segno negativo (cioè contrario al significato ed ai fini dell'atto): sanzione. A questo si può aggiungere in molti casi ma non in tutti un pregiudizio di qualche tipo a terzi".

(32) V. Cass., SS.UU., n. 23726/2007, con nota di P. Rescigno, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione)*, cit. Cfr. con Cass., Sez. I, n. 6900 e 11271/1997. V. anche V. Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 407.

(33) V. Cass., SS.UU., nn. 16627, 16628, 16629, del 2014, in tema di ricusazione, passate in rassegna da M.F. Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 2, 445. È importante notare che la motivazione della Corte di Cassazione si riferisce, per quanto riguarda al piano internazionale, all'art. 35, par. 3 (a) - già 35, 3, e prima 27 - della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - secondo il quale la Corte dichiara irricevibile ogni ricorso individuale presentato ai sensi dell'art. 34 se ritiene che "il ricorso è incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo" - che, nella consolidata interpretazione della Corte di Strasburgo, consente di ritenere abusivo e perciò irricevibile il ricorso quando la condotta ovvero l'obiettivo del ricorrente siano manifestamente contrari alla finalità per la quale il diritto di ricorrere è riconosciuto; nonché, alla vasta giurisprudenza della Corte di Giustizia UE - che richiama la nozione di abuso per affermare la regola interpretativa secondo la quale chi si appella al tenore letterale di disposizioni dell'ordinamento comunitario per far valere avanti alla Corte un diritto che confligge con gli scopi di questo, non merita che gli si riconosca quel diritto (cfr., in particolare, sentenza 20 settembre 2007, causa C 16/05, *Tum e Dari*, punto 64; sentenza 21

febbraio 2006, causa C 255/02, *Halifax*).

(34) V. M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1, 117, il quale aggiunge che per aversi una fattispecie di abuso "occorre che l'effetto diverso da quello tipico dell'atto che viene compiuto, e che si considera in qualche modo pregiudizievole rispetto ai valori generali dell'amministrazione della giustizia, si sia davvero verificato, non essendo sufficiente ad integrare l'abuso il mero intento - che tuttavia non abbia prodotto effetti - di conseguire uno scopo diverso da quello che la legge ricollega a quel determinato atto".

(35) La frase è della Cass., SS.UU., n. 23726/2007. Per una ricostruzione critica ed esaustiva della giurisprudenza di legittimità in materia di abuso del processo e del suo ricorso al "principio della ragionevole durata" in chiave di *policy* per l'efficientamento del processo, v. G. Tropea, *op. cit.*

(36) V. Taruffo, *op. cit.*, secondo cui "il riferimento all'abuso del processo dovrebbe intendersi in modo estensivo: non esistono solo *abusi del processo* intesi come abusi della tutela giurisdizionale nel suo complesso, ma anche abusi che si verificano *nel processo* e riguardano il compimento di specifici atti del procedimento".

(37) V. per una ricostruzione dettagliata della casistica, G. Tropea, *op.cit.*

(38) V. T.A.R. Napoli, Sez. VI, n. 2389/2004, in *Foro amm. TAR*, con nota di M. de Falco, *Il divieto di venire contra factum proprium nel processo amministrativo*, 201.

(39) È stato acutamente osservato a tal proposito che l'Ad. Plen. "aveva sentito il bisogno di invocare teorie ben più generali anche allo scopo di rendere applicabile al caso di specie una *ratio decidendi* che, anche senza il riferimento all'art. 1227 c.c., lo *jus superveniens* accoglieva esplicitamente e che, tuttavia, si sarebbe estesa ad una controversia sorta prima dell'entrata in vigore del c.p.a." v. F. Cortese, *Il giudice amministrativo e l'abuso del diritto*, in questa *Rivista*, 2012, 10, 959.

(40) V. Cons. Stato, Sez. IV, n. 1209/2012, annotata in questa *Rivista* da F. Cortese, *op. cit.*

(41) V. T.A.R. Catania, Sez. I, n. 1124/2012.

(42) V. da ultimo, T.A.R. Trieste, Sez. I, n. 205/2014.

(43) V. T.A.R. Campania, Sez. II, n. 3000/2012. Si noti altresì che con una sentenza, invero criptica sul punto, il Consiglio di Stato sembra poi utilizzare l'abuso del processo per ammonire l'appellante circa la pretestuosità e il formalismo delle censure volte a denunciare un'asserita violazione del principio del giusto processo, per non avere il giudice delle prime cure ordinato il rinvio dell'udienza di discussione (e la concessione di termine alla difesa) a seguito del deposito in sede di discussione di una relazione da parte dell'Amministrazione resistente, la quale però, per stessa ammissione dell'appellante, non è stata presa in considerazione ai fini della decisione della causa (v. Cons. Stato, Sez. VI, n. 5025/2014).

(44) V. *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, nn. 3829/2013, 5255 e 6288/2014. In tale ottica, l'abuso del processo potrebbe fungere da "grimaldello" per vagliare, già in sede di ammissibilità, la meritevolezza della sanzione.

(45) Sebbene non mancano sentenze del Consiglio di Stato che censurano come abuso del processo i casi in cui la resistente in primo grado impugna in punto di giurisdizione la sentenza di primo grado che accoglieva la propria eccezione di difetto di giurisdizione ritualmente sollevata in primo grado (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 6207/2013), la giurisprudenza si è sviluppata intorno all'ammissibilità della contestazione della giurisdizione effettuata per la prima volta in appello dall'appellante (ricorrente in primo grado).

(46) Con nota di V. Carbone, *op. cit.*; E. Lo Presti, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2012, 2011; G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *www.judicium.it*; F. Dinelli, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2012, 1998; P.M. Vipiana, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in *Giur. it.*, 2012, 1429; R. Barbieri, *Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 3, 754. Si ritiene interessante rilevare che la sentenza citata nel testo vede come estensore lo stesso dell'Ad. Plen. n. 3/2011 in cui si, come già osservato, si ha una prima "investitura" della dottrina dell'abuso nell'ambito del contenzioso amministrativo.

(47) A tal riguardo, assume rilievo l'argomentazione del Consiglio di Stato, che, a torto o a ragione, ritiene che "nella specie l'integrazione della condotta abusiva è in concreto dimostrata, in termini di particolare evidenza, dal rilievo che ... la parte appellante non ha mosso contestazioni di merito alla sentenza impugnata, ponendo in essere una condotta di integrale sottrazione alla giurisdizione pur inizialmente dalla medesima stessa invocata". Ovviamente, nel merito, tale affermazione può essere revocata in dubbio, perché il comportamento censurato come incoerente dal Consiglio di Stato, sembrerebbe essere invece coerente nell'ottica di chi contesta la giurisdizione.

(48) Basti pensare ad esempio l'argomento in questione è stato anche utilizzato per distaccarsi da un altro orientamento giurisprudenziale che, in ossequio al principio del *tempus regim atcum*, considerava ammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione proposta con memoria in appello dalla parte resistente in primo grado. Secondo i giudici del Consiglio di Stato, tale giurisprudenza non sarebbe applicabile nel caso in cui l'eccezione fosse stata proposta dalla parte ricorrente in primo grado, poiché, come visto anche *supra*, sostenere il contrario implicherebbe legittimare un abuso del processo (v. Cons. Stato, Sez. V, n. 5346/2014, con nota di G. D'angelo, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo - Il Commento*, in *Urb. e app.*, 2015, 2, 181).

In altri casi invece, in altri casi poi si arriva a creare situazione di disparità tra appellante e appellata che sono *ictu oculi* rilevabili. È ad esempio il caso della sentenza del Cons. Stato, Sez. V, n. 5421/2013, in cui si dichiara inammissibile il motivo di impugnazione sulla giurisdizione proposta in appello dal ricorrente di primo grado, mentre si esamina invece il merito dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata per la prima volta in appello dalla resistente di primo grado.

(49) V. Cons. Stato, Sez. VI, n. 2786/2015; Sez. V., n. 2064/2015.

(50) V. F. Dinelli, *op. cit.*

(51) *Ibid.*

(52) V. R. Barbieri, *op. cit.*, secondo cui il Consiglio di Stato usa "il giudicato implicito in modo distorto".

(53) V. Cass., SS.UU., n. 24883/2008. Più recentemente, Cass., Sez. II, n. 1675/2015, secondo cui "l'interpretazione dell'art. 37 c.p.c., secondo cui il difetto di giurisdizione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo, deve tenere conto dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo ('asse portante della nuova lettura della norma'), della progressiva forte assimilazione delle questioni di giurisdizione a quelle di competenza e dell'affievolirsi dell'idea di giurisdizione intesa come espressione della sovranità statale, essendo essa un servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, per la realizzazione del diritto della parte ad avere una valida decisione nel merito in tempi ragionevoli. All'esito della nuova interpretazione della predetta disposizione, volta a delinearne l'ambito applicativo in senso

restrittivo e residuale, ne consegue che: 1) il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti anche dopo la scadenza del termine previsto dall'art. 38 c.p.c. (non oltre la prima udienza di trattazione), fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado; 2) la sentenza di primo grado di merito può sempre essere impugnata per difetto di giurisdizione; 3) le sentenze di appello sono impugnabili per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito, operando la relativa preclusione anche per il giudice di legittimità; 4) il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito".

(54) La condivisibile critica è di G. Verde, *op. cit.* Con riferimento alla compatibilità della teoria del giudicato implicito in tema di giurisdizione con il principio del giudice naturale è stato evidenziato che "la Cassazione fa notare che la Corte costituzionale è già stata investita della questione proprio in relazione allo sbarramento previsto dall'art. 38 c.p.c., riconoscendone la legittimità". Sicché, "*mutatis mutandis*, secondo la Cassazione, il ragionamento della Corte costituzionale vale anche in relazione alla possibilità di limitare nel tempo la rilevabilità del difetto di giurisdizione" (v. la posizione critica di, M. Pacilli, *Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 2).

(55) V. N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

(56) V. Cass., SS.UU., n. 9251/2014.

(57) Si tratta di osservazione che è evidentemente più facile compiere ora che l'orientamento giurisprudenziale, avviato con la sentenza n. 656 del 2012, possa ritenersi consolidato. Non a caso infatti l'osservazione sul tema dell'abuso del diritto (o del processo) come argomentazione, o meglio come *stilema*, è stato utilizzato, seppure con una diversa connotazione e in un'ottica sistemica di interazione tra diverse branche del potere giudiziario (che qui non si ha la pretesa di compiere), anche nel recente studio di G. Tropea, *op. cit.*

(58) V. M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 903.

(59) *Ibid.*, 907.

(60) La distinzione effettuata dal Giannini è richiamata anche da V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964.

(61) Si noti che in tale accezione la formula abuso del processo va persino oltre le brillanti costruzioni offerte dalla dottrina che ha analizzato l'abuso del processo come argomento (vicino a un canone interpretativo/creativo). Si fa riferimento ai già menzionati studi di A. Gentili, secondo i quali tramite l'argomento dell'abuso si applica una disposizione (momento funzionale) a un caso regolato (almeno formalmente) da un'altra disposizione (momento strutturale). Ebbene, nel caso dell'orientamento qui in commento l'argomento dell'abuso viene utilizzato per annullare il momento strutturale.

(62) Si potrebbe ritenere di trovarsi in questo caso di fronte al rischio paventato da A. Gambaro, *op. cit.*, secondo cui "anziché essere uno dei tanti possibili modi per controllare che il titolare della posizione soggettiva non crei con il suo concreto operare esternalità negative non previste dal legislatore, la teoria dell'abuso è divenuta un vago veicolo per manifestare insoddisfazioni personali verso le scelte operate dal legislatore", 2.

(63) V. R. Sacco, *op. cit.*, 322.

(64) *Ibid.*

(65) V. Cass., SS.UU., n. 13940/2014.

(66) Non sfuggirà al lettore che la Suprema Corte, specialmente tramite l'utilizzo del termine *giustificazione*, sembra ritenere che l'onere probatorio circa l'assenza della condotta abusiva debba incombere sull'appellante-ricorrente in primo grado.

(67) Una timida apertura si può forse intravedere nella recentissima sentenza del Cons. Stato, Sez. VI, n. 2786/2015, secondo cui "né, nel caso di specie, ricorrono i presupposti, alla cui presenza la Corte regolatrice ha ritenuto ammissibile la proposizione, in appello, dell'eccezione di carenza di giurisdizione anche da parte dell'originario ricorrente che abbia adito il giudice amministrativo, ossia, che una delle parti resistenti avesse sollevato e coltivato l'eccezione in esame nel giudizio di primo grado, e che la materia del contendere fosse connotata da una particolare complessità incidente sull'individuazione del giudice munito di giurisdizione [...]: presupposti, che soltanto sarebbero idonei a giustificare il ripensamento della linea difensiva dell'originario ricorrente e la necessità di un chiarimento della questione di giurisdizione, e, quindi, ad escludere un'ipotesi di abuso del processo (v. Cass. Civ., Sez. Un., 19 giugno 2014, n. 13940)". Si noti però che anche in questo caso la sussistenza delle circostanze concrete viene considerata un'eccezione alla generale "regola" dell'inammissibilità del ricorso (cfr., anche Cons. Stato, Sez. V, n. 1605/2015).

(68) V. *ex plurimis.*, Cons. Stato, Sez. VI, n. 5454/2009 e Sez. V, 6049/2008.

(69) V. E. Lo Presti, *op. cit.* L'argomento è sviluppato anche da G. D'angelo, *op. cit.*

(70)

Ibid.

ECCEZIONE DI DIFETTO DI GIURISDIZIONE E ABUSO DEL PROCESSO - IL COMMENTO

di Giovanni D'Angelo^(*)

Cons. Stato Sez. V Sentenza, 29 ottobre 2014, n. 5346

c.p.c. art. 37

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, art. 9

Prendendo spunto dalla sentenza in commento, l'autore esamina l'orientamento del Consiglio di Stato secondo cui in appello l'originario ricorrente, rimasto soccombente per motivi di merito, non possa eccepire il difetto di giurisdizione. Di recente, l'affermazione è stata fondata essenzialmente sul principio del divieto di abuso del processo. L'autore evidenzia i profili critici di questo orientamento, anche alla luce della giurisprudenza delle Sezioni Unite, e sottolinea la tendenza del Consiglio di Stato a ricorrere a una motivazione fondata sul richiamo di principi generali che lasciano spazio al contributo creativo del giudice.

Sommario: L'art. 9 c.p.a. e il principio *tempus regit actum* - L'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente e il divieto di abuso del processo - Profili critici dell'orientamento del Consiglio di Stato e la posizione delle Sezioni Unite - Conclusioni

La sentenza del Consiglio di Stato affronta due profili molto interessanti.

Il primo è di ordine processuale e riguarda la possibilità per la parte che abbia adito il giudice amministrativo, rimasta soccombente in primo grado per motivi di merito, di far valere il difetto di giurisdizione in sede di appello.

Il secondo è di ordine sostanziale e riguarda il risarcimento del danno arrecato al privato per effetto dell'annullamento, in autotutela o giurisdizionale, di un provvedimento amministrativo a lui favorevole⁽¹⁾.

In questo contributo si prenderà in esame il primo profilo.

L'art. 9 c.p.a. e il principio *tempus regit actum*

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, il Consiglio di Stato reputava di poter rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione. La giurisprudenza maggioritaria riteneva che tale vizio fosse rilevabile d'ufficio dal giudice d'appello in assenza di una statuizione espressa del giudice di primo grado sul punto. In questi casi, infatti, secondo il Consiglio di Stato la questione di giurisdizione doveva ritenersi come non affrontata nel giudizio di primo grado e non rimaneva alcuno spazio per il giudicato.

In caso contrario, in presenza cioè di una statuizione espressa sulla giurisdizione da parte del giudice di primo grado, il Consiglio di Stato non avrebbe potuto sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione: per esaminare il vizio della sentenza di primo grado sarebbe stato necessario un motivo d'appello sul punto, pena la formazione del giudicato e quindi la preclusione della questione per il giudice di secondo grado. In questo modo, la portata del giudicato implicito nel processo amministrativo risultava assai limitata.

Diversamente invece aveva finito con l'orientarsi la Cassazione, proprio qualche anno prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo. In una serie di pronunce molto note⁽²⁾, le Sezioni unite avevano ammesso con ampiezza la possibilità di un giudicato implicito rispetto alla questione di giurisdizione, nel caso in cui la sentenza di primo grado non l'avesse rilevata e si fosse pronunciata sul merito della controversia.

In questi casi, secondo questo orientamento, in mancanza di gravame, si sarebbe formato un giudicato implicito, che avrebbe escluso la possibilità di rilevare d'ufficio da parte del giudice d'appello la questione di giurisdizione.

Nonostante tale orientamento sia stato vivacemente criticato dalla dottrina processualcivilista⁽³⁾, soprattutto in ragione di un'interpretazione non conforme alla lettera dell'art. 37 c.p.c., esso è stato poi confermato in più occasioni dalle Sezioni Unite⁽⁴⁾ ed oggi rappresenta un punto fermo nella giurisprudenza civile⁽⁵⁾.

Il codice del processo amministrativo ha tenuto conto delle pronunce delle Sezioni Unite: l'art. 9 c.p.a. stabilisce che nel giudizio d'impugnazione il difetto di giurisdizione "è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione". Dunque il codice accoglie la figura del giudicato implicito: in questo caso il Consiglio di Stato non può rilevare d'ufficio la questione di giurisdizione e, senza uno specifico motivo di gravame, non può pronunciarsi su di essa.

È stato già osservato che la formulazione dell'art. 9 c.p.a. non è convincente sia sotto l'aspetto formale che sostanziale⁽⁶⁾.

Quanto al primo, in sede di impugnazione, la questione di giurisdizione, se dedotta dalla parte con specifico motivo, non è 'rilevata' ma è 'sottoposta' al giudice di secondo grado e da questo è 'decisa'⁽⁷⁾.

Quanto al secondo, rimane il problema di determinare quando si abbia una decisione implicita sulla questione di giurisdizione: per esempio, il problema si pone rispetto a una sentenza definitiva di rito o una sentenza non definitiva che non verta sulla questione di giurisdizione. In generale, sembra prevalere la tesi che una pronuncia implicita sulla giurisdizione possa configurarsi solo rispetto alla sentenza che abbia definito il giudizio di primo grado nel merito⁽⁸⁾. Una pronuncia implicita sulla giurisdizione non sarebbe invece configurabile quando il giudice di primo grado abbia rigettato il ricorso "sulla base di una questione logicamente precedente a quella di giurisdizione o che comunque prescindeva totalmente da essa"⁽⁹⁾.

All'indomani del codice del 2010, le prime sentenze del giudice amministrativo hanno sostenuto che l'art. 9 c.p.a. abbia un duplice contenuto precettivo: la disposizione, infatti, da un lato esclude che il giudice d'appello possa rilevare il difetto di giurisdizione se nessuna parte l'abbia eccepito; dall'altro, pone in capo alle parti l'onere di far valere il difetto di giurisdizione, anche a fronte di una pronuncia implicita del giudice di primo grado, mediante la proposizione di specifico motivo di gravame, sancendo quindi l'irrilevanza delle semplice eccezione formulata in memoria⁽¹⁰⁾.

Tale specificazione è importante perché da essa discende, secondo questa tesi, una diversa applicazione temporale dei due contenuti precettivi ricavabili dalla disposizione.

Infatti, in base al principio *tempus regit actum*, deve escludersi che il giudice possa dichiarare inammissibile l'eccezione di difetto di giurisdizione che, rispetto alla normativa in vigore al momento della sua proposizione, risulti senz'altro ritualmente proposta, essendo pacifico⁽¹¹⁾ che prima dell'entrata in vigore del codice l'eccezione di difetto di giurisdizione fosse proponibile in appello anche con semplice memoria.

Diverso è il caso in cui l'eccezione di difetto di giurisdizione non risultasse in alcun modo proposta (neanche con semplice memoria): in questo caso, lo stesso principio *tempus regit actum* impedirebbe al giudice d'appello, anche con riferimento agli appelli proposti anteriormente al 16 settembre 2010, di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione.

In pronunce più recenti, la motivazione in ordine all'applicazione del principio *tempus regit actum*

rispetto all'art. 9 c.p.a si arricchisce di ulteriori considerazioni.

Rispetto ad impugnazioni risalenti nel tempo (inizio anni 2000), il Consiglio di Stato ha affermato il dovere di esaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata con memoria sottolineando anche questi tre profili⁽¹²⁾: a) era pacifico, ai sensi dell'art. 37 c.p.c. e dell'art. 30, comma 1 e 2, l. T.a.r., il rilievo officioso, da parte del Consiglio di Stato, della questione di giurisdizione in presenza di una statuizione implicita e comunque era consentito alla parte di sollevare la questione con semplice memoria in appello; b) non era ancora intervenuto il "drastico indirizzo" delle Sezioni Unite del 2008 che hanno proposto un'interpretazione assai riduttiva della portata applicativa dell'art. 37 c.p.c.; c) l'esportazione, nel processo amministrativo, del principio affermato dalle Sezioni Unite nel 2008, è stata contestata da una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato⁽¹³⁾.

Dunque, secondo l'orientamento che si è venuto a consolidare in questi anni, rispetto ad appelli proposti anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, se l'eccezione di difetto di giurisdizione sia stata formulata con memoria, il giudice ha il dovere di pronunciare sulla stessa, non potendo applicarsi retroattivamente l'art. 9 c.p.a.

La sentenza che si commenta è consapevole di tale indirizzo, ne ripercorre con precisione i tratti essenziali, cita puntualmente l'ultima pronuncia della stessa sezione che ne fa applicazione⁽¹⁴⁾, ma se ne discosta sostenendo che la fattispecie oggetto del giudizio sia diversa da quelle in precedenza esaminate.

In realtà, in questo come nei casi che formano oggetto dei precedenti richiamati, il difetto di giurisdizione era stato eccepito in appello mediante memoria. E in questo come nei casi precedenti la memoria è stata presentata in occasione dell'udienza di merito fissata dopo l'entrata in vigore del codice⁽¹⁵⁾. Si è trattato in tutti i casi di appelli proposti in data anteriore all'entrata in vigore del codice e delle pronunce delle Sezioni Unite del 2008.

Dunque, anche nel caso oggetto della pronuncia in epigrafe il difetto di giurisdizione era stato eccepito in conformità alle regole applicabili al momento in cui l'appello era stato proposto, e cioè con semplice memoria.

Nella sentenza si giunge invece ad affermare che in un giudizio d'appello proposto prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, ma deciso successivamente, se la questione di giurisdizione non sia stata posta né con l'appello principale né con l'appello incidentale, in ragione del principio *tempus regit actum* il giudice amministrativo non può rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, essendo tale potere precluso dall'art. 9 c.p.a.

Da questo punto di vista, la sentenza disattende l'orientamento consolidato⁽¹⁶⁾ senza una motivazione convincente e finisce con l'attribuire all'art. 9 c.p.a. una portata retroattiva rispetto ad oneri processuali delle parti difficilmente compatibile con i principi del giusto processo.

C'è però un elemento che distingue la fattispecie esaminata nella sentenza in commento da quelle oggetto dei precedenti richiamati: la memoria con la quale era stata sollevata la questione di giurisdizione era stata presentata (non dalla parte resistente in primo grado⁽¹⁷⁾ ma) dall'originario ricorrente soccombente in primo grado per motivi di merito.

Questo elemento è decisivo perché secondo il Consiglio di Stato "non può essere la stessa parte che ha adito una giurisdizione a porne poi in discussione la *potestas iudicandi*".

L'eccezione di difetto di giurisdizione proposta in appello dal ricorrente e il divieto di abuso del

processo

L'affermazione che in appello l'originario ricorrente, rimasto soccombente per motivi di merito, non possa eccepire il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo è frequente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato successiva al codice⁽¹⁸⁾.

L'affermazione è stata fondata essenzialmente su due argomenti: ad un primo riferimento ai principi di correttezza e affidamento nell'esercizio del diritto di azione⁽¹⁹⁾, di fatto poi rimasto abbastanza episodico, è succeduto quello relativo al divieto di abuso del processo, richiamato diffusamente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

La sentenza in commento non fa riferimento in modo espresso a questo argomento, ma richiama puntualmente alcuni precedenti che hanno fondato la propria decisione sull'abuso del diritto nel processo. Tra i precedenti, in particolare, è richiamata anche Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio, 2012, n. 656⁽²⁰⁾, che rappresenta il *leading case* in punto di inammissibilità, in ragione del divieto generale di abuso del diritto, dell'eccezione di giurisdizione sollevata in appello dall'originario ricorrente⁽²¹⁾.

È però dubitale che la vicenda processuale esaminata in questi casi dal Consiglio di Stato sia effettivamente riconducibile a tale situazione e che l'eccezione possa essere dichiarata inammissibile.

Come è noto, la figura dell'abuso del processo è frutto essenzialmente dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale⁽²²⁾. Nella lettura accolta da Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726⁽²³⁾, è configurabile in quei casi in cui la parte abbia perseguito, senza un interesse apprezzabile, una determinata utilità con strumenti processuali molto più onerosi per l'altra parte. Si tratta di una declinazione del principio generale del divieto di abuso del diritto⁽²⁴⁾, che - come è stato precisato ancora di recente - "trova applicazione anche in ambito processuale, con la conseguenza che il titolare di poteri, diritti o interessi non può esercitare un'azione giurisdizionale con modalità tali da implicare un aggravio della sfera della controparte"⁽²⁵⁾.

Si ritiene così che il principio di buona fede, in quanto principio generale e costituzionale che discende dal principio di solidarietà, sancito dall'art. 2 Cost. e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, trovi applicazione anche in campo processuale.

Si deve soprattutto a Taruffo una delimitazione del campo di applicazione del principio coerente con i principi costituzionali e generali che governano il processo⁽²⁶⁾. Secondo Taruffo non è sufficiente affermare che l'abuso del processo si verifica quando la conseguenza dell'uso improprio di uno strumento processuale produce effetti pregiudizievoli sul procedimento. Perché l'impiego di uno strumento processuale per uno scopo diverso da quello al quale lo strumento è funzionalmente orientato sia abusivo, occorre che lo scopo che si vuole perseguire sia illecito o comunque vietato dall'ordinamento. "Se colui che compie l'atto persegue in realtà uno scopo lecito, pare eccessivo ritenere che egli debba essere comunque sanzionato a titolo di abuso"⁽²⁷⁾.

Tuttavia, nel dibattito rimane diffusa la consapevolezza della difficoltà di fondo di identificare una nozione rigorosa di abuso del processo, che non sia "vaga e sfuggente"⁽²⁸⁾, dalla quale far discendere una casistica sulla quale si possa concordare circa la natura abusiva degli effetti che il comportamento processuale di una parte ha prodotto. Del resto, è significativo registrare l'opinione che contesta alla radice, con ampiezza di argomenti, l'esistenza stessa della figura dell'abuso del processo⁽²⁹⁾.

Profili critici dell'orientamento del Consiglio di Stato e la posizione delle Sezioni Unite

Rispetto al caso in esame, una parte della dottrina ha criticato l'applicazione del principio generale del

divieto dell'abuso del processo per fondare l'inammissibilità dell'eccezione di giurisdizione proposta dall'originario ricorrente, rimasto soccombente per motivi di merito.

Quanto al profilo che qui interessa da vicino, la critica si è incentrata soprattutto sul rilievo che il ricorrente è titolare del diritto di esperire in primo grado il regolamento preventivo di giurisdizione. In tale situazione si esclude l'abuso nonostante il ricorrente dubiti dell'appartenenza della giurisdizione del giudice da lui stesso adito⁽³⁰⁾; pertanto, secondo questa tesi, "sarebbe davvero il colmo ritenere ammissibile e di certo non abusivo il rimedio facoltativo in *prime cure* da chi dubiti della giurisdizione del giudice da esso stesso adito, e qualificare invece come abusiva l'impugnazione della sentenza emessa dal giudice della cui giurisdizione si dubiti legittimamente, ossia in presenza di una sentenza che abbia erroneamente quanto implicitamente affermato la giurisdizione di quel giudice che la ha emessa"⁽³¹⁾.

In altri contributi è stato posto l'accento sul fatto che l'interpretazione del Consiglio di Stato finisce con l'essere incompatibile con il principio della parità delle parti nel processo ed è stato criticato il ricorso alla sanzione dell'inammissibilità dell'eccezione (o del motivo d'appello) proposta dal ricorrente invece che configurare (ricorrendone i presupposti) la condotta del ricorrente sotto il profilo della responsabilità per il pagamento delle spese di lite⁽³²⁾.

A me pare inoltre che, nell'ipotesi che si sta esaminando, un argomento critico sia rappresentato anche dall'interesse ad impugnare in relazione a quel margine di vantaggio oggettivo che poteva emergere se l'appello fosse stato accolto (secondo la tesi, cioè, della c.d. soccombenza sostanziale o materiale)⁽³³⁾.

In altri termini, un interesse della parte poteva (doveva) essere ammesso dal Consiglio di Stato. Il vantaggio perseguito dall'appellante, originario ricorrente, era di ottenere una pronuncia che evitasse la formazione di un giudicato sostanziale e che non pregiudicasse la riproposizione della domanda davanti al giudice ordinario. È una prospettiva che una dottrina autorevole ha già sostenuto in termini generali rispetto ai "motivi rivolti a fare pronunciare una sentenza di rigetto in rito"⁽³⁴⁾. Si tratta, del resto, dello stesso interesse ritenuto meritevole di tutela dalla giurisprudenza amministrativa precedente al codice del 2010⁽³⁵⁾.

È opportuno precisare che l'art. 9 c.p.a. non può essere invocato a sostegno del nuovo orientamento. Il profilo non è quello dell'applicabilità retroattiva o meno della disposizione, esaminato in precedenza, ma è di ordine più generale.

L'art. 9 c.p.a. implica, come si è anticipato, una diversa lettura in ordine al giudicato implicito nel processo amministrativo e impone alle parti di articolare una specifica censura, nell'appello o nell'appello incidentale, affinché la questione di giurisdizione possa essere fatta valere nel giudizio d'impugnazione. Una modalità di proposizione della questione (diversa rispetto al passato) certamente dipendente dalla nuova logica del giudicato implicito, ma che non incide a monte sul potere delle parti, in ipotesi anche dell'originario ricorrente, di far valere la questione di giurisdizione in appello.

A regime, cioè rispetto ai giudizi d'impugnazione incardinati dopo l'entrata in vigore del codice, la portata dell'art. 9, comma 2, è di rendere inammissibile l'eccezione del difetto di giurisdizione proposta tramite memoria, non certo quella di precludere ad una delle parti di contestare, tramite appello o appello incidentale, la giurisdizione del giudice che ha emesso la sentenza di primo grado.

Sotto questo profilo, l'orientamento del Consiglio di Stato merita di essere rivisto anche alla luce di una diversa interpretazione delle disposizioni relative all'eccezione del difetto di giurisdizione in appello (e segnatamente dell'art. 9 c.p.a.) da parte delle Sezioni Unite.

La Cassazione ha più volte negato, anche di recente, che possa essere invocato il principio del divieto di abuso del processo come clausola ostativa alla proposizione della questione di giurisdizione per chi abbia adito il giudice la cui giurisdizione vorrebbe successivamente contestare. La non conoscibilità della questione di giurisdizione da parte del giudice d'impugnazione può dipendere solo dal sistema delineato dal diritto positivo.

Dunque, la questione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sollevata in sede d'appello della sentenza del Tar, è certamente proponibile anche da parte chi abbia invocato la giurisdizione di quel giudice amministrativo e poi sia risultato, nel merito, soccombente in esito a quel giudizio. L'unica preclusione configurabile è quella disposta dall'art. 9 c.p.a., cioè "quella derivante dalla formazione del giudicato implicito nella non impugnata decisione di merito"⁽³⁶⁾.

Conclusioni

Da un altro punto di vista poi, resta da capire se il principio del divieto dell'abuso del processo possa opporsi alla parte, in un contesto caratterizzato dalla durata abnorme del processo amministrativo ed in particolare del giudizio d'impugnazione: nel caso esaminato dalla sentenza in epigrafe, così come negli altri citati in precedenza, l'appello era stato incardinato all'inizio degli anni 2000.

Più in generale, appare per così dire 'fisiologica', nella patologia del sistema, la sopravvenienza in pendenza del giudizio di un nuovo indirizzo sulla giurisdizione (e in questo senso l'appellante originario ricorrente ha motivato la propria eccezione di giurisdizione) in un arco temporale⁽³⁷⁾ caratterizzato, proprio in punto di riparto di giurisdizione, da una serie di riforme, da diverse pronunce della Corte costituzionale, dalla variabilità della giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato.

A questo proposito sorprende poi che, proprio in tale contesto, il principio del divieto dell'abuso del processo venga evocato spesso, anche dal giudice amministrativo, in relazione alla ragionevole durata del processo⁽³⁸⁾, principio fissato nell'art. 111 Cost.⁽³⁹⁾.

La violazione di tale principio, semmai, sarebbe da 'opporre' in prima battuta proprio al giudice amministrativo, in ragione di giudizi d'appello della durata ultra decennale, peraltro non caratterizzati da eventi processuali (rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, questione di legittimità costituzionale, istruttoria, sospensione, etc.) che possano in qualche misura 'giustificare' simile durata.

Il ricorso a una motivazione fondata sul richiamo di principi generali e di concetti che lasciano ampio spazio al contributo creativo del giudice sembra trovare sempre maggiore spazio nella giurisprudenza del Consiglio di Stato⁽⁴⁰⁾.

In alcune occasioni questo tipo di motivazione "ha costituito lo strumento per governare e superare ambiguità e contraddizioni del diritto positivo", ma in altre "anche per sostenere conclusioni che il diritto positivo non avrebbe consentito"⁽⁴¹⁾, come nel caso, ad esempio, della giurisprudenza sulla 'giurisdizionalizzazione' del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Si tratta di una tendenza che caratterizza in parte anche la giurisprudenza civile, come dimostra proprio il caso dell'interpretazione dell'art. 37 c.p.c. da parte delle Sezioni Unite, ma che appare più marcata nella giurisprudenza amministrativa.

La complessità del dato normativo non può rappresentare un alibi, soprattutto rispetto alle disposizioni del processo amministrativo dopo la codificazione ad opera del D.Lgs. n. 104/2010.

In questa giurisprudenza appare sempre più concreto il rischio che il rinvio ai principi generali

rappresenti l'eterea - per quanto accattivante - giustificazione della sostanziale elusione dell'applicazione del diritto positivo. Questo profilo critico è ancora più evidente rispetto all'orientamento che si è esaminato, perché la tesi del Consiglio di Stato finisce con l'attribuire prevalenza al principio del divieto dell'abuso del processo a scapito del principio di riserva di legge in materia di disciplina processuale, che l'art. 111 Cost. pone fra le garanzie del giusto processo.

(*) N.d.R.: il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

(1) Come è noto, in tre ordinanze coeve (Cass., Sez. Un., ord., 23 marzo 2011, n. 6594-6595-6596, in *Foro it.*, 2011, I, 2398), le Sezioni Unite hanno affrontato un profilo nodale: il risarcimento del danno arrecato al cittadino per effetto dell'annullamento, in autotutela o giurisdizionale, di un provvedimento amministrativo a lui favorevole. Le Sezioni Unite hanno sostenuto che, in casi del genere, per effetto dell'annullamento del provvedimento, verrebbe leso l'affidamento del cittadino, che nella legittimità di quel provvedimento aveva confidato. In queste ipotesi, dunque, secondo la Cassazione non si configura una lesione dell'interesse legittimo e l'oggetto della tutela è individuato nell'affidamento del privato, la cui tutela risarcitoria è devoluta al giudice ordinario. Questo orientamento è stato vivacemente criticato dalla dottrina, sia in ordine al profilo della giurisdizione, sia in ordine al profilo della configurazione di un affidamento meritevole di tutela: cfr. in particolare M. Mazzamuto, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 896 ss.; S. Rodolfo Masera, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in questa *Rivista*, 2011, 916 ss.; M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno nei confronti delle Pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *Federalismi*, 2011; A. Travi, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, 2398; R. Villata, *Spigolature «stravaganti» sul codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 864-865; Id., *Ancora spigolature sul nuovo processo amministrativo*, *ibidem*, 1515-1516.

Sul dibattito nella giurisprudenza successiva v. F. Roncarolo, *Il contrasto tra le giurisdizioni in materia di responsabilità per lesione dell'affidamento prosegue*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1278 ss.

(2) Cfr. in particolare Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2008, n. 24833 e 30 ottobre 2008, n. 26019, in *Foro it.*, 2009, I, 806, con nota di G.G. Poli, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 29523, in *Foro it.*, 2009, I, 3099, con nota di R. Caponi, *La rilevabilità del difetto di giurisdizione tra doppio oggetto del giudizio e primato della ragione più liquida*.

(3) Fortemente critici, cfr. tra gli altri G. Basilico, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 263 ss.; F. Carpi, *Osservazioni sulle sentenze «additive» delle sezioni unite della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 587 ss.; A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in *Giur. it.*, 2009, 1464 ss.; C. Consolo, *Travagli «costituzionalmente orientati» delle Sezioni Unite sull'art. 37 c.p.c., ordine delle questioni, giudicato di rito implicito, ricorso incidentale condizionato (su questioni di rito o, diversamente operante, su questioni di merito)*, *ibidem*, 2009, 1141 ss.; V. Colesanti, *Giurisprudenza «creativa» in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1125 ss.; G. Monteleone, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, *ibidem*, 2010, 271 ss.; M. Pacilli, *Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 595; E.F. Ricci, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1085 ss.; R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur. it.*, 2009, 412.

(4) *Ex plurimis v. Cass. civ., Sez. Un., 22 aprile 2013, n. 9693 (in Banche dati de Il Foro Italiano): "Poiché ogni statuizione di merito comporta una pronuncia implicita sulla giurisdizione, il giudice dell'impugnazione non può riesaminare d'ufficio quest'ultima, in assenza di specifico gravame sul punto, né le parti possono limitarsi a sollecitare in tal senso il giudice, rimanendo irrilevante, pertanto, che nella sentenza d'appello la questione di giurisdizione sia stata egualmente trattata".*

(5) Cfr. Cass. civ., Sez. Lav., 20 marzo 2013, n. 6966, in *Banche dati de Il Foro Italiano*.

(6) Inoltre, rileva C. Consolo, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 834, che "non si rinvergono nella delega (art. 44 L. n. 69/2009) gli estremi per consentire un così pregnante intervento (prima il difetto di giurisdizione era disciplinato anche per il processo amministrativo dall'art. 37 c.p.c., e così dalla regola del divieto in ogni stato e grado), che si appunta su di un istituto che pone a cavallo di tutte le giurisdizioni, oggi più di ieri, proprio grazie alla legge delega ed alla sua *translatio*".

(7) S. Menchini, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, 221.

(8) Menchini, *op. cit.*, 221.

(9) A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 332. In questo senso Cass., Sez. Un., n. 29523/2008 cit., che ha escluso che si formi il giudicato implicito sulla giurisdizione nel caso in cui "l'unico tema dibattuto sia stato quello relativo all'ammissibilità della domanda o quando dalla motivazione della sentenza risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (ad es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere il merito per *saltum*, non rispettando la progressione logica stabilita dal legislatore per la trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito".

(10) Cons. Stato, Sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8925, in *Giur. it.*, 2011, 2178, con nota di F. Volpe, *Il difetto di giurisdizione in grado d'appello tra profili di diritto transitorio e unità del sistema giurisdizionale*.

(11) Anche alla luce della decisione dell'Adunanza Plenaria 30 agosto 2005, n. 4 (in *Foro it.*, 2006, III, 65, con nota di A. Travi, e in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2006, 161, con nota di N. Paolantonio, *Accessione invertita, tutela risarcitoria e questioni di giurisdizione: il punto dell'adunanza plenaria*).

(12) Cfr. in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3409, in www.giustizia-amministrativa.it.

(13) Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, in *Foro it.*, 2009, III, 121, con nota di A. Travi.

(14) Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2446, in www.giustizia-amministrativa.it.

(15) Cons. Stato, Sez. VI, n. 8925/2010 cit.; Cons. Stato, Sez. V, n. 3409/2013 cit., § 3.2; Cons. Stato, Sez. V, n. 2446/2014 cit., § 5.

(16) Peraltro espresso anche dalla stessa Sezione V.

(17) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 8925/2010 cit.; Cons. Stato, Sez. V, n. 3409/2013 cit., § 5; Cons. Stato, Sez. V, n. 2446/2014 cit., § 5.

(18) Cons. Stato, Sez. VI, 27 agosto 2014, n. 4337, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Giustizia amministrativa*, n. 142; Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014, n. 1630, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421, in questa *Rivista*, 2014, 574 con nota di P. Cerbo, *La decadenza della concessione di servizi: un atto sostanzialmente amministrativo?* (cfr. in particolare 579); Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2013, n.

2111, in *Foro amm. Cds*, 2013, 966; Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 703, in *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Giustizia amministrativa*, n. 257; Cons. Stato, Sez. III, 17 maggio 2012, n. 2859, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Giustizia amministrativa*, n. 730; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656 e Cons. Stato, Sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1537, in *Foro it.*, 2012, III, 200, con nota di A. Travi.

Invece, prima del codice, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2009, n. 5454, *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Giustizia amministrativa*, n. 1022 e Cons. Stato, Sez. V, n. 6049/2008 cit., che avevano ammesso l'appello proposto da ricorrente in primo grado (rimasto soccombente per motivi di merito) per far dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

(19) La rilevanza riconosciuta ai principi di correttezza e di affidamento trova riscontro nelle considerazioni della dottrina processualcivile sul principio di "autoresponsabilità" della parte nel processo (v. nota n. 32).

(20) Su questa sentenza v. i commenti in particolare di R. Barbieri, Legittimazione ad eccepire il difetto di giurisdizione e abuso del processo nella giustizia amministrativa, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 754 ss.; V. Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2012, 407 ss.; F. Dinelli, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, in *Foro amm. Cds*, 2012, 1998 ss.; E. Lo Presti, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, ibid., 2011 ss.; P.M. Vipiana, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*, in *Giur. it.*, 2012, 1429 ss.

(21) La sentenza del Consiglio di Stato ha avuto una vasta eco: cfr., ad esempio, G.P. Cirillo, *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2014, 324 e in nota n. 104; M. Corradino-S. Sticchi Damiani, *Il processo amministrativo*, Torino, 2014, 107 e in nota n. 10; G. Mari, *La giurisdizione amministrativa*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, vol. I, Milano, 2013, 107-109; G. Romualdi, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013, 32-33; M. Sanino, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Torino, 2012, 165 e in nota n. 56. Nella dottrina processualcivile cfr. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, XXII ed. agg. a cura di A. Carratta, I, 256, in nota n. 122.

(22) La dottrina sul punto è ormai molto vasta; quanto alla dottrina italiana, tra i contributi più significativi degli ultimi anni si segnala in particolare V. Ansanelli, voce *Abuso del processo*, in *Dig., disc. priv.*, sez. civ., agg. III, Torino, 2007, 1 ss.; L.P. Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1686; Id., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.; F. Cordopatri, *L'abuso del processo*, voll. 1-2, Padova, 2000, *passim*; A. Dondi, *Abuso del processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, 2010, 1 ss.; Id., *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in *Aa.Vv., L'abuso del diritto*, cit., 459 ss.; M.F. Ghirga, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; Id., *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio dell'abuso della tutela giudiziale*, Milano, 2004, *passim*; N. Paolantonio, voce *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2008; G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Judicium*; M. Taruffo, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in *Aa.Vv., L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 435 ss.; Id., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 117; G. Verde, *L'abuso del (e nel) processo*, in *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 117 ss.

(23) In *Foro it.*, 2008, I, 1514, con nota di A. Palmieri-R. Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*. Per l'estensione della figura dell'abuso del diritto ad opera di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, v. A. Palmieri-R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*,

2010, I, 85.

(24) Sul concetto di abuso del processo quale aspetto particolare dell'abuso del diritto si rimanda, anche per gli ampi riferimenti dottrinali, a Mandrioli, *Diritto processuale civile*, cit., 432-433 e in nota n. 43.

(25) M.A. Sandulli, *L'abuso di processo*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Treccani.it. Con particolare riferimento al processo amministrativo v. anche A. Bertoldini-L. Morello, *Abuso del processo come incongrua scelta difensiva della pubblica amministrazione rispetto all'atto amministrativo costituente preferibile alternativa*, in *Foro amm. Cds*, 2012, 1940 ss.; E. Boscolo, *Le condizioni dell'azione e l'abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, 2006 ss.; C.E. Gallo, *L'abuso del giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005 ss.; A. Giusti, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, 149 ss.; N. Paolantonio, voce *Abuso del processo (dir. proc. amm.)*, cit.; Id., *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in www.giustamm.it.

(26) Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, cit., esclude che la qualificazione di "abusivo" possa essere riferita ad atti che violino le "regole del gioco" (sia perché essi non implicano necessariamente un abuso, sia perché le relative sanzioni sono specificamente previste dalle norme processuali, come nel caso per esempio della lite temeraria).

Inoltre, l'Autore esclude che possa considerarsi abusivo un comportamento che sia specificamente indicato come obbligatorio, senza che il soggetto obbligato abbia alcuna facoltà di scelta.

Secondo Taruffo, può configurarsi l'abuso del processo quando il "soggetto si trova in una situazione di discrezionalità relativa, o regolata, il che si verifica, in particolare, quando ognuna delle alternative previste configura in realtà un comportamento destinato a produrre effetti determinati sul procedimento. Al riguardo si potrebbe dire che se il soggetto sceglie una delle alternative con il fine di ottenere esattamente l'effetto tipico che quell'atto è in grado di produrre, allora si serve correttamente di quello strumento processuale. Se invece si serve di una di quelle alternative, in sé legittime, per produrre effetti che non sono propri dello strumento che adopera, allora si può dire che il suo comportamento è abusivo. Si potrebbe parlare, in altri termini, di abuso della discrezionalità, ossia di uso improprio e distorto del potere discrezionale che la legge conferisce a quel soggetto".

(27) Taruffo, *op. ult. cit.*

(28) Taruffo, *op. ult. cit.*, così "vaga e sfuggente al punto che rimane lecito il dubbio intorno a se essa esista davvero in qualche area dell'ordinamento, o non valga invece la pena di occuparsi solo delle fattispecie normativamente previste, si chiamino esse abuso, mala fede, colpa grave, o in qualunque altro modo".

(29) Cfr. soprattutto Scarselli, *op. cit.*

(30) Cfr. Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 9251, in *Banche dati de Il Foro Italiano*.

(31) N. Paolantonio, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, cit., § 4.

(32) È la tesi sostenuta, con accenti diversi, da Dinelli, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio della parità delle parti nel processo*, cit., e Lo Presti, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*, cit.

(33) Sulla soccombenza c.d. materiale v. L. Salvaneschi, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, 374-375. Sulla sussistenza dell'interesse ad impugnare nei casi in cui l'attore, soccombente nel merito, abbia visto

risolta in suo favore una questione preliminare di rito che sia rilevabile d'ufficio e che, se risolta diversamente, gli consentirebbe la riproposizione della domanda v. L. Salvaneschi, *Soccombenza materiale e soccombenza processuale: spunto per una riflessione intorno all'interesse ad impugnare*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 570 ss. e Id., *L'interesse ad impugnare*, cit., in particolare 363 e 375). Nel caso di una norma di rito non rilevabile d'ufficio, invece, secondo l'Autrice si dovrebbe escludere la possibilità per l'appellante di chiedere la riforma della sentenza: trattandosi infatti di un vizio provocato dallo stesso appellante opererebbe il principio generale della autoresponsabilità della parte (v. nota n. 19), espresso anche dall'art. 157 c.p.c. (Id., *op. ult. cit.*, 363 e 375). Sul punto v. *infra* nel testo e la nota successiva.

(34) Con chiarezza C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, III ed., Padova, 2012, 43: "Ad esempio, l'attore che ha visto rigettata la propria domanda nel merito, con decisione idonea al giudicato sostanziale che ne preclude la riproponibilità, potrà censurare tale determinazione anche con motivi rivolti a fare pronunciare una sentenza di rigetto in rito e così senza effetto di sbarramento alla riproposizione della domanda in nuovo processo". Sul punto cfr. anche la nota precedente.

(35) Cfr. la giurisprudenza richiamata nella nota n. 18.

(36) Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2014, n. 2910; Cass., Sez. Un., 29 marzo 2011, n. 7097; Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2011, n. 1006; Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2010, n. 26129 (tutte consultabili per esteso in *Banche dati de Il Foro Italiano*. Pur giungendo alla medesima conclusione, Cass., Sez. Un., 19 giugno 2014, n. 13940, in *Foro it.*, 2014, I, 3193, adotta un *iter* argomentativo, anche in ragione di una vicenda processuale non del tutto omogenea, che sembra lasciare qualche spazio alla tesi del Consiglio di Stato. In questo caso, infatti, le Sezioni unite hanno ritenuto che non si potesse invocare il divieto di abuso del processo in ragione di due circostanze: "la prima è costituita dall'eccezione sollevata e coltivata da una delle parti resistenti, condotta che vale a giustificare il ripensamento e la necessità di chiarimento sulla questione di giurisdizione. La seconda giustificazione risiede nella complessità della materia del contendere che dava corpo al ricorso iniziale" (§ 2.1 dei *Motivi della decisione*).

Per una vicenda peculiare cfr. Cass., Sez. Un., 14 maggio 2014, n. 10414, in *Banche dati de Il Foro Italiano*, che - richiamando l'interpretazione della giurisprudenza civile sull'art. 37 c.p.c., l'interpretazione circa la c.d. giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e l'art. 9 c.p.a. - ha concluso nel senso che il ricorso per cassazione proposto ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., sia inammissibile se nel procedimento per il ricorso straordinario la questione di giurisdizione non sia mai stata posta.

(37) Ormai quasi un ventennio, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso ad oggi.

(38) In senso critico con riferimento all'invocazione impropria del principio nel processo civile v. in particolare Taruffo, *op. ult. cit.*, e G. Verde, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.).

(39) Sulla ragionevole durata del processo come componente fondamentale del giusto processo si rinvia per tutti a L.P. Comoglio, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, 85 ss. Per una riedizione del tema dell'abuso del processo amministrativo in ordine al «delicato rapporto fra regole processuali e principi costituzionali, essenzialmente l'art. 2 e oggi soprattutto l'art. 111 Cost. (giusto processo e ragionevole durata) la cui interpretazione conforme rischia di funzionalizzare eccessivamente il servizio "giustizia"... conculcando le garanzie di tutela del cittadino, oltre che aumentando in modo forse eccessivo la discrezionalità del giudice» v. G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir.*

amm., 2012, 403, nota n. 251.

In questo senso, in generale, v. ancora Taruffo, *op. ult. cit.*, che rileva in maniera condivisibile come sia "dubbio se si debba far carico alle parti, con il rischio di incidere sulle garanzie processuali che debbono essere loro integralmente assicurate, del compito di realizzare valori di ordine generale come la ragionevole durata del processo, o se questo non sia invece essenzialmente un compito del legislatore, o forse anche del giudice qualora la legge processuale gli attribuisse in modo chiaro ed analitico, non in modo vago e generico, i poteri necessari per lo svolgimento di questa funzione".

(40) Cfr. G. Sigismondi, *L'ordine di priorità dell'esame tra ricorso principale e ricorso incidentale: l'adunanza plenaria alla ricerca di un punto d'equilibrio dopo l'intervento della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2014, III, 472 ss., in particolare § 5.

(41) Cfr. Sigismondi, *op. cit.*

LEGITTIMAZIONE AD ECCEPIRE IL DIFETTO DI GIURISDIZIONE E ABUSO DEL PROCESSO NELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA.

Rita Barbieri

cost. art. 111

c.p.c. art. 37

c.p.c. art. 329

D.Lgs. 02-07-2010, n. 104, art. 9

Cons. Stato Sez. V, 07 febbraio 2012, n. 656

Nella sentenza in commento il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata con specifico (ed unico) motivo di censura in appello, nel caso in cui il ricorrente, adita la giurisdizione del giudice amministrativo in primo grado, risulti soccombente nel merito, ma vittorioso proprio sulla questione di giurisdizione, sia pure implicitamente. Con due diverse argomentazioni il Consiglio di Stato ha dichiarato il ricorso inammissibile. In primo luogo, con un richiamo testuale alla sua precedente decisione, il Consiglio di Stato ha affermato che in ragione dei principi ispiratori del nuovo regime di cui all'art. 9 c.p.a., l'eccezione medesima di difetto di giurisdizione, non pare più sollevabile dalla parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, poi, nel contesto dell'appello disconosce e contesta la giurisdizione. In secondo luogo, al di là di quanto necessariamente imposto dal principio di economia decisoria, il Consiglio di Stato ha fondato il proprio convincimento sul divieto di abuso del processo. Tale decisione presenta due profili di interesse, tra loro strettamente correlati: il primo relativo all'interpretazione dell'art. 9 c.p.a.; il secondo, legato all'abuso del processo, nozione che ha trovato la sua piena consacrazione nel 2007 con la pronuncia delle Sezioni Unite in tema di frazionamento della domanda, e che ora fa definitivamente ingresso anche nella giustizia amministrativa.

1. - Con la sentenza in commento⁽¹⁾, il Consiglio di Stato è stato chiamato a pronunciarsi sull'ammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata con specifico (ed unico) motivo di censura in appello, nel caso in cui il ricorrente, adita la giurisdizione del giudice amministrativo in primo grado, risulti soccombente nel merito, ma vittorioso proprio sulla questione di giurisdizione, sia pure implicitamente.

In via preliminare appare utile una breve disamina dei fatti di causa e della vicenda processuale che ha dato luogo alla pronuncia in esame.

La società ricorrente, vincitrice della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della concessione di costruzione e gestione di un centro sportivo polifunzionale, aveva impugnato la delibera della giunta comunale con cui l'ente pubblico dichiarava la società decaduta dalla concessione per alcune lacune nella progettazione dell'impianto.

Il giudice di prime cure disattendeva le censure formulate dalla società e rigettava il ricorso. In appello questa, oltre a riproporre le censure in maniera generica, con conseguente inammissibilità delle stesse, sollevava la questione del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Con due diverse argomentazioni il Consiglio di Stato ha dichiarato il ricorso inammissibile.

In primo luogo, con un richiamo testuale alla sua precedente decisione, 10 marzo 2011, n. 1537⁽²⁾, il

Consiglio di stato ha affermato che "in ragione dei principi ispiratori del nuovo regime [di cui all'art. 9 c.p.a., *n.d.a.*], l'eccezione medesima [di difetto di giurisdizione, *n.d.a.*] non pare più sollevabile dalla parte che vi ha dato luogo agendo in primo grado mediante la scelta del giudice del quale, poi, nel contesto dell'appello disconosce e contesta la giurisdizione".

In secondo luogo, al di là di quanto necessariamente imposto dal principio di economia decisoria, il Consiglio di stato ha fondato il proprio convincimento sul divieto di abuso del processo, ossia sul "principio generale che vieta, anche in sede processuale, ogni condotta integrante abuso del diritto, quale è da ritenersi, a guisa di figura paradigmatica, il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche". Mediante un richiamo ai precedenti più significativi della giurisprudenza, il Consiglio di stato ha concluso che il potere della parte di scegliere la strategia difensiva più conveniente non può essere esercitato con modalità tali da provocare un sacrificio ingiustificato nella sfera giuridica processuale della controparte. Va aggiunto che nella prospettiva del Consiglio di stato la fondatezza della soluzione elaborata è verificabile anche in relazione al principio di ragionevole durata del processo, quale esplicazione del più generale principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.: il giudice amministrativo ha, infatti, affermato che "il disconoscimento della giurisdizione *ab initio* invocata si traduce in prolungamento dei tempi della definizione del giudizio dettata da ragioni di opportunità".

La decisione del Consiglio di stato presenta due profili di interesse, tra loro strettamente correlati: il primo relativo all'interpretazione dell'art. 9 c.p.a.; il secondo, legato all'abuso del processo, nozione che ha trovato la sua piena consacrazione nel 2007 con la pronuncia delle Sezioni Unite in tema di frazionamento della domanda⁽³⁾, e che ora fa definitivamente ingresso anche nella giustizia amministrativa.

Il tema ha una straordinaria complessità, ma va fin da subito chiarito che l'uso di principi e clausole generali va circoscritto entro confini ben precisi⁽⁴⁾. La decisione in esame, nonostante rilevi correttamente il contegno opportunistico dell'attore (*rectius*: del difensore) che contesta la giurisdizione da lui stesso adita in primo grado, lascia infatti perplessi per un duplice ordine di motivi: a) perché richiama impropriamente la categoria dogmatica del giudicato processuale implicito; b) perché per reprimere un comportamento abusivo utilizza una sanzione inadeguata e sproporzionata (l'inammissibilità della domanda).

2. - Nel dialogo tra le giurisdizioni, la sentenza in esame dimostra ancora una volta come gli orientamenti del Consiglio di stato si pongano in netta antitesi con gli orientamenti della Cassazione⁽⁵⁾.

Come è noto, rispetto al tema della rilevanza del difetto di giurisdizione⁽⁶⁾ si registra un acceso scontro tra giurisdizione civile e giurisdizione amministrativa, di recente inasprito dalla svolta interpretativa inaugurata da Cassazione, sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883⁽⁷⁾.

Nonostante la rigidità del dato letterale dell'art. 37 c.p.c., la giurisprudenza di legittimità ha negli anni tentato di coordinare il principio della rilevanza d'ufficio con il regime delle impugnazioni ed in particolare con l'art. 329, 2° comma, c.p.c. in tema di acquiescenza. Tradizionalmente la Cassazione ha negato che il giudice potesse rilevare la carenza di *potestas iudicandi* - oltre al caso classico in cui fosse intervenuta una sentenza delle Sezioni Unite resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione o di ricorso ordinario per motivi attinenti alla giurisdizione - in almeno due ipotesi: a) nel caso di declaratoria esplicita non investita da impugnazione⁽⁸⁾; b) nel caso di processo con più domande riguardanti il medesimo rapporto giuridico laddove uno dei capi di merito passi in giudicato per mancata impugnazione⁽⁹⁾.

Con Cassazione n. 24883/2008 la giurisprudenza di legittimità ha esteso la portata del giudicato implicito e ha eliminato in via di fatto il potere di rilevanza d'ufficio del giudice dell'impugnazione, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 37 c.p.c.⁽¹⁰⁾. La Suprema Corte ha chiarito che ogni

decisione diversa dall'accertamento del difetto di giurisdizione implica il passaggio in giudicato della relativa questione salvo che la stessa sia fatta valere in appello mediante impugnazione del relativo capo della sentenza. E ciò anche quando il giudice non abbia esplicitamente preso posizione sulla sussistenza della *potestas iudicandi*, perché non ritualmente sollevata dalle parti o rilevata d'ufficio⁽¹¹⁾.

Ricostruita la posizione della giurisprudenza di legittimità va ora dato atto del differente indirizzo della giurisprudenza amministrativa in merito.

In armonia con l'atteggiamento di rivendicazione del proprio ruolo istituzionale rispetto agli approdi ermeneutici del giudice del riparto⁽¹²⁾, il Consiglio di stato ha continuato a sostenere che la pronuncia sul merito della controversia non comporta decisione implicita sulla giurisdizione. Di conseguenza, sotto questo profilo, non viene meno il potere ufficioso del giudice di secondo grado⁽¹³⁾.

Alla base di tale orientamento non sembrano tuttavia sussistere delle ragioni plausibili, se non quella più politica che giuridica di enfatizzare la specificità del diritto amministrativo rispetto agli altri settori dell'ordinamento⁽¹⁴⁾.

Queste divergenze interpretative/applicative devono essere ora riconsiderate alla luce del nuovo art. 9 c.p.a. Recependo l'indirizzo della Suprema Corte, la norma prevede espressamente che la formazione del giudicato (esplicito o implicito) sulla questione di giurisdizione impedisca al giudice di secondo grado di rilevare il difetto di giurisdizione, a meno che la parte non impugni il relativo capo di sentenza.

Nella sentenza in commento il Consiglio di stato tiene a precisare che la sopravvenienza di tale articolo giustifica l'accoglimento della teoria del giudicato implicito, evitando, così, un ripensamento in senso critico del proprio precedente orientamento⁽¹⁵⁾.

Ma il Consiglio di Stato, non intendendo rinunciare in alcun modo alle proprie prerogative, va ben oltre, usando il giudicato implicito in modo distorto.

Va osservato che la soluzione accolta dal Supremo Consesso della giustizia amministrativa sembra potersi giustificare in base a considerazioni di efficiente allocazione delle risorse giurisdizionali⁽¹⁶⁾. Cionondimeno, nel caso di specie, il richiamo al fenomeno del giudicato implicito su questioni processuali è tecnicamente discutibile poiché, come ha sostenuto in più occasioni la giurisprudenza della Suprema Corte, l'impugnazione del capo relativo alla questione di giurisdizione impedisce la formazione del giudicato, implicito o esplicito, quale che sia la parte che impugna tempestivamente il relativo capo⁽¹⁷⁾.

Sulla base di queste osservazioni, è facile comprendere che il vero problema da risolvere consiste nel verificare se la condotta del ricorrente (*rectius*: del difensore) possa integrare un'ipotesi di abuso processuale, tale da giustificare un diniego di tutela in senso proprio.

3. - Di particolare interesse è, infatti, il profilo relativo al tema dell'astratta configurabilità dell'abuso del processo nella condotta del ricorrente che in appello contesta la giurisdizione del giudice originariamente prescelto.

In questa sede non è possibile ripercorrere l'evoluzione della categoria dell'abuso del processo⁽¹⁸⁾. La ricostruzione effettuata dal Consiglio di stato nella pronuncia in esame merita di essere valutata positivamente.

Non può dubitarsi che nel caso di specie l'attore abbia tenuto un comportamento dettato esclusivamente da ragioni opportunistiche⁽¹⁹⁾. In tale chiave - come evidenzia il Consiglio di stato - gioca un peso decisivo il rilievo che il ricorrente non ha mosso alcuna non generica contestazione di merito alla sentenza

appellata, con ciò palesando la volontà di perseguire un interesse esclusivamente dilatorio. La soluzione è quindi del tutto coerente con le peculiarità del caso⁽²⁰⁾.

Né a svilire questa conclusione pare possa valere l'ulteriore argomento addotto dalla dottrina⁽²¹⁾: l'assunto secondo cui in molti casi per il ricorrente non è facile individuare il giudice fornito della *potestas iudicandi*.

Tale profilo va, infatti, ridimensionato: gli aspetti di maggior criticità sono stati ormai eliminati con l'introduzione della *translatio iudicii* e conseguente salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda a seguito della tempestiva riassunzione dinanzi al giudice fornito di giurisdizione⁽²²⁾.

Non appare condivisibile, invece, la sanzione che il Consiglio di Stato adotta per reprimere il comportamento scorretto dell'attore.

La sentenza in esame conferma l'idea che il vero *punctum dolens* della disciplina è che *de iure condito* le sanzioni a fronte dei comportamenti abusivi non colpiscono fundamentalmente il difensore, al quale sarebbe più efficiente attribuire la responsabilità della non adeguata scelta processuale, ma la parte⁽²³⁾. Non può infatti dirsi "giusto" quel processo che fa ricadere quasi solo sulla parte assistita le sanzioni per l'inadeguatezza professionale dell'avvocato.

In questa prospettiva, appare inefficiente e ingiusto ritenere che la condotta abusiva osti all'esame della domanda⁽²⁴⁾. Per le stesse ragioni appare insufficiente affrontare la questione sul piano della condanna alle spese del giudizio⁽²⁵⁾.

Come accade in altri ordinamenti, il legislatore dovrebbe invece contemplare sanzioni direttamente verso i difensori, attribuendo il relativo potere non agli ordini professionali ma al giudice del merito della causa, naturalmente previa adeguata definizione dei criteri per il suo corretto esercizio⁽²⁶⁾.

(1) Già pubblicata in *Corriere giur.* 2012, 405 ss., con nota di V. Carbone, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*; in *Giur. it.* 2012, 1429 ss., con nota di P.M. Vipiana, *Il Consiglio di Stato e l'abuso del processo amministrativo per contraddittorietà dei comportamenti processuali*; in *Foro amm. - Cons. Stato* 2012, 1994 ss., con note di F. Dinelli, *La questione di giurisdizione fra il divieto di abuso del diritto e il principio di parità delle parti nel processo*, e di E. Lo Presti, *La contestazione in appello della giurisdizione incardinata in primo grado integra abuso del processo?*.

(2) In www.giustizia-amministrativa.it.

(3) Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Riv. dir. civ.* 2008, II, 335 ss., con commento di M. De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*, e di T. Dalla Massara, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il "ripensamento" delle Sezioni Unite*.

(4) Sulla distinzione tra principi generali, clausole generali e concetti giuridici indeterminati cfr. K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano 1970, 179 ss. Nella letteratura civilistica cfr. F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1946, 1 ss.; C. Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938, *passim*, spec. 189 ss.; di recente cfr. E. Fabiani, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. V, Milano 2012, 183 ss. Sulle clausole generali nel diritto amministrativo e sui peculiari "rischi" connessi al loro uso in questo settore v. *Le clausole generali nel diritto amministrativo*, in *Giur.*

it. 2012, 1191, con i contributi di G. Sala, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, 1191 ss.; F. Merusi, *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, 1195 ss.; S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo, Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, 1197; L.R. Perfetti, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei pubblici poteri. Il problema dell'equità*, 1213 ss.; A. Angeletti, *L'eccesso di potere e la violazione delle clausole generali*, 1223 ss.

(5) Si pensi alla diatriba sulla pregiudiziale amministrativa che ha trovato una compiuta sistemazione solo con l'avvento del Codice del processo amministrativo (art. 30 c.p.a), preceduta dal *revirement* dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la nota sent. n. 3 del 2012 (in www.giustizia-amministrativa.it).

(6) Il tema è strettamente connesso all'ambito di operatività della controversa figura del giudicato implicito sulla giurisdizione: l'estensione dei poteri di rilevabilità, infatti, varia in funzione dell'ampiezza e dell'intensità che si vuole conferire al primo. In dottrina, sul fenomeno del giudicato implicito la letteratura è ampia: cfr., in particolare, G. Chiovenda, *Cosa giudicata e preclusione*, in *Riv. it. scien. giur.* 1933, 3 ss., ora in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Milano 1993, 271 ss.; E. Allorio, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1938, II, 245 ss.; V. Andrioli, *Acquiescenza e questioni attinenti alla giurisdizione*, in *Foro it.* 1954, I, 10 ss.; E.T. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, 6ª ed., Milano 1981, 278 ss.; C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, 227 ss., spec. nt. 172, 200 e 207; A. Proto Pisani, *In tema di giudicato interno, giudicato esterno e preclusione*, in *Foro it.* 1986, I, 3010 ss. Più di recente A.A. Romano, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. it.* 2001, 1292 ss.; S. Menchini, *Il giudicato civile*, in *Giur. sistematica di dir. proc. civ.*, diretta da A. Proto Pisani, Torino 2002, 294 ss.; S. Ziino, *Disorientamenti della cassazione in materia di giudicato implicito e di rilevabilità esterna del giudicato interno*, in *Riv. dir. proc.* 2005, I, 1392 ss.; A. Carratta, *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione ed uso improprio del giudicato implicito*, in www.federalismi.it; C. Delle Donne, *L'art. 37 c.p.c. tra giudicato implicito ed "evoluzione in senso dispositivo della giurisdizione": a margine di recenti applicazioni della ragionevole durata del processo*, in www.judicium.it. Per le interrelazioni tra giudicato implicito e autonomia privata v. A. Giussani, *Autonomia privata e presupposti processuali: note per un inventario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 235 ss., spec. 236 ss.

(7) In *Corriere giur.* 2009, 372, con note di R. Caponi, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, e di F. Cuomo Ulloa, *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*; in *Riv. dir. proc.* 2009, 1071 ss., con note critiche di E.F. Ricci, *Le sezioni unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, e di V. Petrella, *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*.

(8) Cfr. Cass., sez. un., 8 agosto 2001, n. 10961, in *Giust. civ. Mass.* 2001, 1574. Dubita della correttezza di tale soluzione E.F. Ricci, *L'esame d'ufficio degli impedimenti processuali nel giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1978, 418 ss., spec. 422 ss., ripresa in *Le sezioni unite cancellano l'art. 37 c.p.c.*, cit., 1087.

(9) Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7039, in *Foro amm. - Cons. Stato* 2006, 1746 s.; Cass. 27 maggio 2005, n. 11318, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 1195 s.; Cass., sez. un., 15 luglio 1998, n. 6904, in *Giust. civ.* 1999, I, 2137; Cass., sez. un., 11 ottobre 1997, n. 7482, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1401. In dottrina cfr. S. Menchini, *op. cit.*, 256; A.A. Romano, *op. cit.*, 1300, i quali sostengono che nell'ipotesi in esame è superfluo ricorrere all'istituto del giudicato implicito perché l'esame della questione di rito è precluso dall'incontrovertibilità della pronuncia relativa al merito.

(10) A favore di tale soluzione si richiamano diversi argomenti: rispetto dell'ordine logico delle questioni nell'ambito dell'art. 276 c.p.c.; assimilazione tra questioni di competenza e questioni di giurisdizione; affievolirsi dell'idea di giurisdizione come espressione della sovranità statale, a favore dell'idea di essa come servizio reso alla collettività in modo da garantire una tutela giurisdizionale piena, effettiva e celere. In argomento v. M. Pacilli, *Note in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 595 ss. Condivisibili appaiono le critiche espresse da R. Vaccarella, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur. it.* 2009, 414, e da E.F. Ricci, *op. ult. cit.*, 1087, secondo i quali la Corte di cassazione ha usurpato i compiti istituzionalmente attribuiti alla Corte costituzionale.

(11) Va rilevato che la portata del *dictum* delle Sezioni Unite è stata *in parte qua* ridimensionata dalla successiva Cass., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 29523, in *Corriere giur.* 2009, 379 ss. in cui si ammette che la questione di giurisdizione possa in certi casi risultare assorbita nella pronuncia sul merito.

(12) Seppur con riferimento ad altre questioni sia consentito rinviare a R. Barbieri, *Un altro passo verso l'avvicinamento tra le giurisdizioni, in attesa del nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2010, 1069 s.

(13) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6049, in *Giur. dir. amm.* 2009, 741 ss., con commento di R. Ursi. Precedentemente nello stesso senso cfr. Cons. Stato, ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4, in *Foro amm. - Cons. Stato* 2005, 2089 ss.; Cons. Stato 5 settembre 2005, n. 6, *ibidem*, 2516 ss. e *ivi* 2006, 86 ss., con nota di A. Vacca, *La diatriba ancora aperta fra Consiglio di Stato e Corte di cassazione sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione nel giudizio d'appello: alcune sintetiche considerazioni*. Per completezza va ricordato che per una risalente corrente interpretativa il Consiglio di Stato conserva il potere di rilevare d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione anche nel caso in cui il giudice di prime cure si sia espressamente pronunciato sulla giurisdizione e nessuna delle parti abbia impugnato il relativo capo di sentenza. (Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, ad. plen., 28 ottobre 1980, n. 42, in *Foro amm.* 1980, I, 1637 s., secondo cui fin quando il rapporto processuale risulti pendente e sempreché sulla giurisdizione stessa non sia intervenuta una decisione della Corte di cassazione la statuizione sulla giurisdizione non è suscettiva di passare in giudicato. Nello stesso senso, tra le più recenti, cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8083, *Foro amm. - Cons. Stato* 2004, 3571.

(14) Al riguardo osserva correttamente A. Vacca, *op. cit.*, 100 s. che "la questione inerente la giurisdizione (...) coinvolge un presupposto processuale che incide sul dispiegarsi del rapporto giuridico processuale, indipendentemente ed a prescindere dalla natura della posizione giuridica soggettiva, pubblica o privata, che formi oggetto, direttamente o indirettamente, del processo, ragione per cui la natura di quest'ultima non è idonea a determinare e giustificare un diverso e peculiare trattamento in ordine alla rilevabilità del difetto di giurisdizione e tanto meno a fondare un giudizio di prevalenza della potestà ufficiosa del giudice rispetto al principio dispositivo ed i suoi corollari". Sull'esigenza di uniformare il regime processuale delle questioni di giurisdizione cfr., in particolare, C. Consolo, M. De Cristofaro, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corriere giur.* 2007, 745.

(15) Per vero si ha l'impressione che l'aggancio normativo all'articolo di nuovo conio rappresenti solo un espediente per uniformarsi all'orientamento della Suprema Corte senza sentirsi in alcun modo esautorato dalle precise indicazioni della stessa.

(16) Sul punto cfr. A. Giussani, *Collegamento negoziale ed effetti del giudicato*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano 2008, 113 ss., spec. 295 s.; in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino 2008, 113 ss., spec. 120 s.

(17) In tal senso Cfr. Cass., sez. un., 12 marzo 2004, n. 5179, in *Foro amm. - Cons. Stato* 2004, 667 s.; Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1104, con nota critica di R. Giordano, *Note intorno alla portata dell'art. 37 c.p.c. ed alla parte legittimata ad eccepire il difetto di giurisdizione dinanzi alla Corte di cassazione.*

(18) Sull'interrelazione fra abuso del diritto e abuso del processo cfr. P. Rescigno, *L'abuso del processo*, Bologna 1998, 87 ss. Sull'abuso del processo cfr. V. Ansanelli, voce *Abuso del processo*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, *Aggiornamento*, vol. I, Torino 2007, 1 ss.; Id., *Rilievi minimi in tema di abuso del processo*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2001, I, 506 ss.; F. Cardopatri, *L'abuso del processo*, Padova 2000, *passim*; L.P. Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 319 ss.; Id., *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1686 ss.; A. Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in Aa.Vv., *Il diritto Privato*, III, *L'abuso del diritto*, Padova 1998, 459 ss.; Id., *Spunti di raffronto comparatistico in tema di abuso del processo (a margine della l. 24.3.2001, n. 89)*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2003, II, 62 ss.; Id., voce *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, Milano 2010, 1 ss.; A. Dondi, V. Ansanelli, *Giustizia civile e problemi del giusto processo*, in *Politica dir.* 2007, 111 ss.; A. Dondi, A. Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 193 ss.; M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Milano 2004, *passim*; M. Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corriere giur.* 2011, 556 ss.; M. Taruffo, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in Aa.Vv., *Il diritto privato*, cit., 435 ss. In chiave storica cfr. C. Buzzacchi, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, *passim*; A.M. Giomaro, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite "ex parte actoris"*, in *Coll. riv. dir. rom.*, Milano 2011, 131 ss. (Atti del Convegno "Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico: in memoria di Arnaldo Biscardi", organizzata a Siena il 13-15 dicembre 2001). Da ult. cfr. gli atti del XXVIII del convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Urbino il 23 e 24 settembre 2011, sul tema: *L'abuso del processo*, ora raccolti nel volume *L'abuso del processo*, Bologna 2012. Nella letteratura amministrativa cfr. N. Paolantonio, voce *Abuso del processo (diritto processuale amministrativo)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano 2008, 1 ss.; C.E. Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.* 2008, 1005 ss.

(19) Vale la pena notare che appare opportuno sanzionare comportamenti dilatori e scorrettezze gravi, come in questo caso, ma una visione eticizzante del processo è estremamente pericolosa. Sul punto cfr. A. Dondi, A. Giussani, *op. cit.*, 193; M. Taruffo, *L'abuso del processo: profili generali*, in *L'abuso del processo*, cit., 24 ss., ora in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012, 122 ss.

(20) Seguendo il pensiero del Consiglio di Stato apparirebbe assai meno scontata la configurabilità di un ipotesi di abuso processuale laddove il ricorrente fondasse l'appello anche su uno o più profili di merito ammissibili. Sul punto cfr. M. Vipiana, *op. cit.*, 1432.

(21) *Ibidem*. Per gli stessi rilievi cfr. F. Dinelli, *op. cit.*, 1998 ss.

(22) Sul punto sia consentito rinviare a R. Barbieri, *Translatio iudicii e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 1451 ss. e alla bibliografia ivi contenuta.

(23) Cfr. A. Dondi, A. Giussani, *op. cit.*, 195, i quali osservano come i rimedi disciplinari non hanno alcuna efficacia deterrente, poiché sono scarsamente utilizzati e comunque prevedono sanzioni lievi.

(24) Cfr., in particolare, M. Montanari, *op. cit.*, spec. 559 ss. In senso contrario M.F. Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit., spec. 155 ss., la quale fonda il proprio convincimento sull'art. 100 c.p.c.

(25) A. Dondi, A. Giussani, *op. cit.*, 195. In questa prospettiva appare pertanto insufficiente la modifica dell'art. 96 c.p.c., introdotta dalla l. n. 69/2009. Sul punto cfr. G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, in *L'abuso del processo*, cit., 186, ora in *Riv. dir. proc.* 2012, 1468 il quale osserva che "l'unica riforma possibile è quella di trasferire dalla parte al difensore le conseguenze dell'illecito processuale di cui agli artt. 88, 89 e 96 c.p.c. [...]". In generale, sull'art. 96 c.p.c. cfr., *ex multis*, Id., *La modifiche in tema di spese*, in *Foro it.* 2009, V, 767 ss.; G. De Marzo, *Le spese processuali e le riparazioni nella riforma del processo civile*, *ibidem*, 397 ss.; T. Dalla Massara, *Terzo comma dell'art. 96 cod. proc. civ.: quando, quanto e perché?*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2011, 55 ss.; M. Mocci, *Il punto sulle spese processuali alla luce della riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 907 ss. A favore del ricorso alla tecnica della condanna alle spese in giurisprudenza cfr. Cass., sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097, cit., 1106 s.; in dottrina F. Cardopatri, *op. cit.*, *passim*, confermata in *L'abuso del processo e la condanna alle spese*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2005, 249 ss. e ora anche in *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *L'abuso del processo*, cit., 49 ss.; in *Riv. dir. proc.* 2012, 874 ss. Va segnalato che l'attenzione mostrata dal legislatore al regime delle spese processuali nel giudizio amministrativo (l'art. 26 c.p.a è stato oggetto di modifica sia ad opera del primo sia del secondo decreto correttivo al Codice del processo amministrativo) potrebbe essere valorizzata dalla giurisprudenza per condannare alle spese processuali la parte (*rectius*: il difensore) che abbia tenuto un comportamento scorretto. Sulle norme come novellate dal d. lgs. 195/2011 cfr. M. Lipari, *La nuova sanzione per "lite temeraria" nel decreto sviluppo e nel correttivo al codice del processo amministrativo: un istituto di dubbia utilità*; D. Nazzaro, *Azione, "abuso processuale" ed "equa" condanna pecuniaria (art. 26 del c.p.a. approvato con d. lgs. n. 104 del 2010)*, entrambi consultabili in www.giustizia-amministrativa.it; dal d. lgs. 160/2012. M.A. Sandulli, *Il codice del processo amministrativo nel secondo correttivo: quali novità?*; R. De Nictolis, *Il secondo correttivo del codice del processo amministrativo*, entrambi in www.federalismi.it.

(26) Cfr., in proposito, anche per riferimenti, A. Dondi, A. Giussani, *op. cit.*, 196.

SUL C.D. ABUSO DEL PROCESSO ^(*)

Giuliano Scarselli

Sommario: 1. Premessa. - 2. Le quattro astratte ipotesi di abuso del processo. - 3. Critica di esse. - 4. Segue: con riferimento al frazionamento del diritto. - 5. Segue: con riferimento all'uso deviato degli strumenti processuali. - 6. Segue: con riferimento al comportamento scorretto dalla parte. - 7. Segue: con riferimento ad altri ulteriori casi nei quali il giudice, discrezionalmente, possa ravvisare un comportamento da considerare abusivo. - 8. Conclusioni.

1. - Da tempo parte della dottrina processualista si pone il problema del c.d. abuso del processo, ovvero si chiede se l'esercizio del diritto di azione e di difesa, di per sé attività sempre lecite e garantite dalla nostra carta costituzionale, possono però in taluni casi, o con riguardo a certe modalità, ritenersi abusive, ovvero compiute per attività di comodo, o comunque per il raggiungimento di obiettivi diversi da quelli di giustizia.

Ad uno scritto più remoto di Giuseppe De Stefano⁽¹⁾, è seguita l'ampia monografia di Francesco Cordopatri⁽²⁾, importante anche per la ricostruzione storica del fenomeno⁽³⁾, i fondamentali saggi di Michele Taruffo⁽⁴⁾ e della scuola pavese⁽⁵⁾, che ha accentrato l'attenzione anche sugli aspetti comparatistici, e infine la monografia di Maria Francesca Ghirga⁽⁶⁾, la quale, muovendo dal presupposto che non tutti i processi servono alla giustizia⁽⁷⁾, ha proposto di inserire nel sistema il vaglio della "meritevolezza della tutela richiesta", con la quale il giudice, alla luce di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 100 c.p.c., e al pari delle altre condizioni delle azioni, prima di valutare la fondatezza nel merito dell'azione, ne valuta, appunto, la "meritevolezza", quale condizione processuale di accesso al giudizio⁽⁸⁾.

In verità, a fronte di questi studi, la giurisprudenza non ha mai immaginato di poter evitare il giudizio nel merito di un diritto perché non "meritevole", o relativo ad attività abusiva, finché nel 2007 le sezioni unite non hanno statuito che "non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali"⁽⁹⁾.

A seguito di questa pronuncia, quale primo espediente in forza del quale una domanda è stata dichiarata inammissibile per "abuso del processo", in contrasto con i precedenti orientamenti che la stessa cassazione aveva avuto sul punto⁽¹⁰⁾, sono seguiti ulteriori studi in argomento⁽¹¹⁾, tanto che l'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile ha pensato di dedicare al tema il proprio XXVIII convegno nazionale.

Dirò subito che l'argomento mi lascia freddo e più che perplesso, ed anzi ritengo che per evitare abusi e comportamenti scorretti vi sono già le disposizioni di cui agli artt. 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c., e non v'è bisogno di introdurre nuovi istituti e/o ulteriori concetti.

Dirò anche, in via di premessa, che, per quanto tutti ritengano ovviamente scorretto "abusare" del processo, e quindi giusto sanzionare in qualche modo chi "abusi" dell'accesso al giudice e/o degli strumenti processuali che il sistema gli mette a disposizione, pochi in verità sembrano aver chiaro "quando" il fenomeno si realizzerebbe, e quali potrebbero essere in concreto i casi da ricondurre al c.d. "abuso del processo".

Cosicché credo che, in primo luogo, sia necessario provare a schematizzare le possibili ipotesi concrete di abuso del processo.

2. - Astrattamente, sembrano configurabili (a mio parere) quattro diverse ipotesi di abuso del processo:

a) una prima si avrebbe, come abbiamo anticipato, nel c.d. frazionamento del credito⁽¹²⁾.

Sostanzialmente, questa prima ipotesi di abuso del processo si configurerebbe in ciò, che ogni volta in cui una parte può ottenere un certo risultato giudiziale con un processo, non può, per ottenere quel medesimo risultato, se la fonte del diritto trova origine in un unico rapporto giuridico, attivare due o più processi, anziché l'unico processo necessario per il conseguimento di quel risultato utile.

Attivare più processi con scissione del contenuto dell'obbligazione aggraverebbe ingiustificatamente la posizione del debitore, e quindi si porrebbe in contrasto tanto con il principio di correttezza e buona fede, quanto con il principio costituzionale del giusto processo.

Dal che l'idea che la parcellizzazione della domanda giudiziale per la soddisfazione di una unica pretesa creditoria realizzi un abuso degli strumenti processuali.

b) Una seconda ipotesi di abuso del processo si avrebbe in casi del tutto diversi, ovvero quando una parte utilizzi uno strumento processuale *non* per ottenere l'effetto naturale proprio dello strumento, *bensì* per raggiungere un effetto deviato, che comunque con l'utilizzazione di quello strumento processuale si riesce a perseguire.

Così, per esemplificare, è abusivo il comportamento di chi proponga un regolamento preventivo di giurisdizione *non* per consentire alla cassazione di statuire sulla giurisdizione *ma* per ottenere l'effetto (dilatatorio) della sospensione del processo di merito *ex art. 367 c.p.c.*⁽¹³⁾; è abusivo il comportamento di chi proponga una causa contro un magistrato o contro un terzo *non* perché ritenga fondatamente di vantare dei diritti da questi soggetti, *ma* per poter (ad esempio) ricusare detto giudice in altro giudizio *ex art. 51 c.p.c.*⁽¹⁴⁾ o rendere incapace la controparte alla testimonianza in altro processo *ex art. 246 c.p.c.*⁽¹⁵⁾; ed ancora è abusivo il comportamento di chi, a fronte di una convalida di sfratto, eccipisca la competenza delle sezioni specializzate agrarie al solo fine di trasferire dinanzi a tale giudice specializzato, con evidente dispendio di tempo, l'intera controversia⁽¹⁶⁾; o di chi, di fronte ad un diritto fatto valere in giudizio, ne contrapponga altro connesso per pregiudizialità chiedendo su esso l'accertamento con autorità di cosa giudicata *ex art. 34 c.p.c.* al solo fine di spostare l'intera controversia ad altro giudice rispetto al primo adito⁽¹⁷⁾; ed ulteriormente è abusivo il comportamento di chi, al fine di deviare la competenza del giudice dal suo luogo naturale, si inventa un convenuto fittizio e propone contro tutti *ex art. 33 c.p.c.* la controversia proprio nel luogo di residenza di detto convenuto fittizio⁽¹⁸⁾; ecc.

In tutti questi casi, appunto, il comportamento andrebbe considerato abusivo poiché dovere della parte non sarebbe solo quello del rispetto della legge e della deontologia, ma anche quello di utilizzare gli strumenti processuali per gli scopi per i quali detti strumenti sono stati posti dal legislatore, e non per il raggiungimento di altri e diversi obiettivi; il tutto con regole analoghe a quelle che nel diritto amministrativo regolano il fenomeno c.d. di eccesso di potere.

c) Una terza ipotesi di abuso del processo scaturirebbe, ancora, dal mero comportamento non corretto della parte, ovvero dinanzi ad ogni attività menzognera, reticente, dilatoria, superflua, o comunque in contrasto "allo *standard* di diligenza proprio del professionista"⁽¹⁹⁾.

Sotto questo profilo la giurisprudenza ha creato una massima con la quale, in presenza di comportamenti dilatori o manifestamente infondati della parte, il giudice può evitare "un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue"⁽²⁰⁾, interpretando la legge oltre il suo tenore letterale (se non

addirittura contro di esso).

Così, ad esempio, è avvenuto che non si sia concesso un termine per l'omessa notifica di un ricorso per cassazione ad una parte del giudizio⁽²¹⁾, oppure non si sia concesso un termine per l'integrazione del contraddittorio al litisconsorte necessario pretermesso⁽²²⁾, in quanto i ricorsi erano da ritenere inammissibili.

La dottrina, poi, ha sostenuto che in questi casi, maggiormente che in altri, l'abuso andrebbe ascritto al difensore più che alla parte, e il sistema, in una prospettiva di riforma dell'art. 88 c.p.c.⁽²³⁾, dovrebbe provvedere a "sanzionare direttamente l'avvocato per l'esercizio di difese abusive, anche con riguardo alla disciplina dell'etica professionale"⁽²⁴⁾, poiché solo in questo modo si inserirebbe nel sistema un deterrente adeguato, che al momento non esiste.

d) Infine, sussisterebbe una ulteriore, quarta ipotesi di abuso del processo, in tutti quei casi, diversi dai precedenti, nei quali il giudice, discrezionalmente, ravvisi un comportamento da considerare tale.

Si tratterebbe di una ipotesi di chiusura, o di una categoria residuale, in grado di consentire al giudice, in ipotesi non predeterminate, di ritenere, per ulteriori ragioni, abusivo il comportamento della parte.

Ed è questa, d'altronde, la tendenza interpretativa dell'art. 96, comma 3° c.p.c., in forza del quale è da considerare abusivo anche l'esercizio dell'azione promossa senza "sensibilità per la cosa pubblica", oppure senza rispetto per il "sovraccarico del ruolo del giudice", o ancora senza tener conto del "funzionamento generale della giustizia", ecc.⁽²⁵⁾. Ed è questo, inoltre, quanto avviene con riguardo all'accesso di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo, dove l'abuso del processo, che esclude l'equa riparazione, è concetto totalmente elastico rimesso interamente alla valutazione discrezionale del giudice⁽²⁶⁾.

3. - Dunque, se le cose stessero in questi termini, noi avremmo tre diverse ipotesi predeterminate di abuso del processo, di cui la terza, ovvero quella dovuta al comportamento scorretto della parte, rimessa ad una *certa discrezionalità del giudice*, poiché individuata solo attraverso espressioni elastiche quali, ad esempio, attività menzognera, reticente, dilatoria, superflua, ecc., e poi avremmo un'ulteriore ipotesi di abuso del processo, a chiusura del fenomeno, *totalmente rimessa alla discrezionalità del giudice*, non predeterminabile nemmeno con riferimento ad espressioni elastiche, e con la quale il giudice, caso per caso e fattispecie per fattispecie, a seconda degli avvenimenti del processo, può considerare abusiva una certa azione o un certo atto e/o comportamento processuale.

Se si vuole, ad ognuna di queste ipotesi di abuso del processo, corrisponderebbe l'esigenza di far rispettare alle parti certi principi nell'utilizzo del servizio giustizia.

Precisamente: a) quanto al primo abuso, si tratterebbe di evitare l'utilizzo plurimo del giudizio quando con un solo processo la parte possa egualmente ottenere le utilità che le spettano; b) quanto al secondo abuso, si tratterebbe di imporre l'utilizzo dei mezzi processuali per i soli fini per i quali questi sono inseriti nel sistema; c) quanto al terzo abuso si tratterebbe di imporre alle parti un comportamento corretto nell'agire e difendersi in giudizio, che non smarrisca mai il fine della tutela dei diritti, che è quello di rendere giustizia secondo i criteri del giusto processo; d) ed infine, quanto al quarto abuso, si tratterebbe di prender atto dell'esigenza di assegnare al giudice un'ulteriore potere discrezionale volto a reprimere ogni altro e diverso eccesso nei casi in cui le parti, seppur rispettose delle regole sopra poste, avessero comunque tenuto comportamenti da ritenere abusivi.

Un solo processo, con l'utilizzo appropriato degli strumenti processuali, che si svolga con comportamenti corretti, e sotto l'occhio vigile e attento del giudice.

È così?

Sono queste le nuove regole all'interno delle quali le parti devono muoversi per ottenere tutela giurisdizionale?

Io credo di no, e credo invece che ognuno di questi aspetti necessiti di chiarimenti e precisazioni.

Preliminarmente partirei da un dato indiscutibile, che in più di un mio scritto ho sottolineato: la crisi del processo civile dipende da una sproporzione tra la domanda di giustizia dei cittadini e l'offerta di giustizia dello Stato.

Lo Stato, in sostanza, non è in grado, in tempi ragionevoli, di dare risposta alla domanda di giustizia promossa dai cittadini.

La risoluzione del problema, allora, anche ai sensi degli artt. 3, 24 e 97 Cost., dovrebbe essere quella di migliorare l'offerta di giustizia, per adeguarla alla domanda. Ma questa semplice cosa, però, probabilmente perché ha dei costi, o probabilmente perché ha l'opposizione della magistratura, non è mai stata fatta, e in suo luogo si è cercato invece di contrarre la domanda, attribuendo al giudice maggiori poteri, in modo che questi meglio potesse governare la domanda di giustizia⁽²⁷⁾.

L'abuso del processo si inserisce in questa logica, a mio sommo parere.

È solo un nuovo modo per contrarre e render più difficoltoso l'esercizio del diritto di azione e di difesa, attribuendo per converso al giudice il nuovo potere di sanzionare il comportamento processuale delle parti anche in ipotesi non predeterminabili.

Si dirà che è una banalità concepire il fenomeno dell'abuso del processo come istituto volto a limitare il diritto di azione e di difesa, ma io credo che questa affermazione sia al contempo tanto banale quanto vera.

Inoltre, oltre a non credere che il modo migliore per risolvere i problemi della giustizia sia quello di aumentare i poteri del giudice e ridurre i diritti delle parti, secondo una tendenza iniziata con la riforma del processo civile di cui alla l. 26 novembre 1990 n. 353 e non più arrestata⁽²⁸⁾, credo anche che ogni fenomeno processuale debba esser analizzato non solo dal punto di vista dello Stato che rende giustizia, ma anche dal punto di vista del cittadino che la chiede, mentre da anni, l'unico punto di vista dal quale si analizzano i fenomeni, e in forza del quale si fanno le riforme, è quello pubblicistico dello Stato che rende giustizia, se non addirittura quello degli aspetti pratici che ha il giudice nel rendere giustizia⁽²⁹⁾. E si rompe, così, quell'equilibrio tra pubblico e privato, tra cittadino e Stato, o, se si vuole, tra libertà e autorità, che per un processo civile a diritti soggettivi disponibili andrebbe al contrario sempre rispettato.

Provvedo pertanto all'analisi separata delle quattro ipotesi di abuso del processo sopra descritte, cercando di fornire quelle precisazioni e chiarimenti sopra annunciati.

4. - Ora, in primo luogo, che debba sussistere un limite al frazionamento del credito, così da evitare che una parte possa, aggravando ingiustificatamente la posizione del debitore e il carico degli uffici giudiziari, instaurare due o più processi per ottenere utilità conseguibili con l'esercizio di azioni giudiziali cumulabili in un unico processo, è cosa evidente e logica, e, aggiungerei, non seriamente discutibile.

Credo, però, che questo impedimento dipenda dai limiti oggettivi del giudicato e non da altri valori, che poco o niente mi sembra abbiano a che vedere con la questione della quale stiamo discutendo⁽³⁰⁾.

Da oltre cinquanta anni la giurisprudenza ritiene che, dedotto in giudizio un diritto inerente ad un rapporto giuridico, oggetto del processo, e poi del giudicato, non è solo la coppia pretesa-obbligo fatta valere, bensì l'intero rapporto giuridico, poiché, infatti, il giudicato si forma anche sui presupposti e gli antecedenti logici necessari, nonché sul dedotto e sul deducibile⁽³¹⁾.

Va da sé, allora, che, fatta valere in giudizio una determinata somma di denaro in forza di un rapporto obbligatorio, e riconosciuta dal giudice una certa somma per quel rapporto con sentenza passata in giudicato, ogni altro credito inerente la medesima obbligazione non può più esser fatto valere in un futuro processo, poiché l'azione contrasterebbe con i limiti oggettivi del giudicato e con la precedente sentenza che, con riferimento a quel rapporto, ha già statuito che la somma dovuta è quella riconosciuta e nient'altro⁽³²⁾.

Né, in questo contesto, ha rilievo l'eventuale riserva che la parte faccia nel primo processo di far valere altra parte del credito in altro, futuro processo⁽³³⁾, poiché se si esclude, come la giurisprudenza esclude, che i limiti della cosa giudicata siano rimessi alla volontà della parte, va da sé che ogni volta sia dedotto in giudizio un rapporto giuridico, necessariamente, e inevitabilmente, tutto il rapporto giuridico dedotto in giudizio costituisce oggetto del processo e della cosa giudicata⁽³⁴⁾.

E d'altronde, che l'impossibilità di frazionare il credito, con conseguente dovere del giudice di chiudere in rito l'eventuale seconda azione relativa ad una parte residua, dipenda dal sistema dei limiti oggettivi della cosa giudicata è avvertito anche da parte della giurisprudenza che ha affermato il divieto del frazionamento del credito⁽³⁵⁾.

Dunque, in estrema sintesi:

a) la decisione di cui alle sez. un. 23726/2007 è corretta quanto al *decisum*, ma non lo è quanto alla motivazione, poiché la ragione per la quale il frazionamento va impedito, e impone al giudice di chiudere con provvedimento di rito il processo, non è da ricondurre agli artt. 1175, 1375 c.c. e 111 Cost., od ad altre ragioni che, sinceramente, non sembrano pertinenti con il tema, bensì solo con i limiti oggettivi del giudicato, atteso che, per diritto vivente di lungo corso, non è deducibile con successivo processo "parte" di un rapporto giuridico già dedotto in giudizio e già deciso con autorità di cosa giudicata.

Ma, par evidente, una volta corretta la motivazione, la sez. un. 23726/2007 non contiene particolari novità.

b) Parimenti, però, se questo è vero, ne segue che tutti quei frazionamenti invece non coperti da cosa giudicata, perché attinenti a materia non automaticamente "contenuta" con quella dedotta nel primo processo, o comunque non obbligatoriamente "deducibile", saranno al contrario ammissibili, e imporranno al giudice di decidere la causa nel merito.

c) Ed ancora, sempre per i meccanismi della cosa giudicata, se il frazionamento non è di tipo "oggettivo" bensì "soggettivo", ovvero avviene con la separazione della parti, e non con la separazione della materia del contendere, il c.d. abuso non può legittimare la chiusura del processo in rito, ma solo "il giudice sarà tenuto, per quanto è possibile, ad eliminare gli effetti discorsivi dell'abuso stesso...valutando l'onere delle spese e condannando la parte soccombente al pagamento di un *quantum* inferiore rispetto a quello astrattamente spettante se i procedimenti fossero rimasti tra loro disgiunti"⁽³⁶⁾.

E ciò, di nuovo, perché par evidente che la controversia instaurata da Tizio non estende il giudicato anche a Caio che abbia egual diritto per fatto connesso o identità della questione, essendo infatti differente l'estensione dei limiti oggettivi rispetto a quelli soggettivi della cosa giudicata⁽³⁷⁾.

d) Infine, se il frazionamento è impedito perché la parte non dedotta è comunque contenuta nella parte dedotta, ne deve seguire, per coerenza, che la deduzione della parte non immediatamente rilevata con l'atto introduttivo del giudizio possa essere introdotta successivamente, e almeno fino ai termini di cui all'art. 183 c.p.c., quale semplice *emendatio libelli*, e non considerata una *mutatio libelli*.

Sotto questo profilo non sono pertanto da approvare quegli orientamenti che, con poca coerenza, e probabilmente dettati da una logica di contrasto all'esercizio del diritto di azione e della libertà delle parti,

non consentono, considerandole domande nuove, la proposizione in giudizio nei termini ex art. 183 c.p.c. di parti del rapporto non rilevate con l'atto introduttivo del giudizio ma da ritenere comunque implicitamente contenute con la domanda che è stata fatta valere⁽³⁸⁾.

5. - Per quanto concerni poi l'uso deviato, o indiretto, degli strumenti processuali, si tratta a mio parere di vedere se effettivamente, e quando, un simile comportamento possa considerarsi scorretto, e quindi abusivo, e, prima ancora, si tratta di fissare quali debbano essere le conseguenze da opporre ad un simile comportamento.

Poiché, anche ammesso e non concesso che l'uso di uno strumento processuale per il raggiungimento di uno scopo diverso rispetto a quello per il quale è posto nel sistema sia un comportamento abusivo, certamente non credo che a fronte di un simile abuso il giudice possa liberarsi dal dovere di pronunciare sulla richiesta e/o sull'istanza, e possa chiudere il processo in rito sostenendo, appunto, l'abuso dello strumento processuale quale fatto impediente la decisione richiesta.

Al riguardo, credo basti tornare all'abuso che prima della riforma del '90 fu fatto del regolamento preventivo di giurisdizione, stigmatizzato da più di una sentenza delle sezioni unite, per convincersi che le cose non possono stare in quei termini.

Con quelle decisioni, infatti, la cassazione considerò scorretto l'utilizzazione del regolamento al fine esclusivo o prevalente di ottenere la sospensione del processo di merito piuttosto che una decisione sulla giurisdizionale, ma certamente non pensò mai che questo abuso la dispensasse dal dovere di provvedere sul regolamento di giurisdizione, e di stabilire se il giudice di merito adito avesse o non avesse la giurisdizione.

La giurisprudenza, infatti, in tutti quei casi, si limitò a dar applicazione dell'art. 96 c.p.c., sanzionando il comportamento sul piano delle spese e del risarcimento danno, ma giammai sotto l'altro dell'impedimento alla decisione di merito⁽³⁹⁾.

E questa posizione credo sia valida ancora oggi, e sia valida non solo con riferimento all'abuso del regolamento preventivo di giurisdizione, bensì con riferimento a qualsiasi presunto abuso basato sull'uso deviato dello strumento processuale.

Ritengo, infatti, che sia del tutto impensabile che, di fronte ad un ricorso, ad una istanza, ad una domanda, ecc., il giudice possa sbarazzarsi di essa senza provvedere sulla sua fondatezza solo argomentando circa l'uso abusivo dello strumento.

E ciò non solo perché nessuna domanda può considerarsi abusiva se non è infondata, cosicché il comportamento abusivo non può che passare attraverso una pronuncia del giudice che respinge nel merito la richiesta considerata tale, ma anche perché non sta scritto da nessuna parte, e sarebbe in contrasto con un principio di legalità, che il giudice possa liberarsi di una istanza senza analizzarla nel merito solo perché, a suo parere, abusiva.

Sotto altro versante, è bene esser chiari, l'uso deviato dello strumento processuale potrebbe essere anche del giudice, e non solo del difensore; ovvero anche il giudice, al pari del difensore, potrebbe emanare atti per il raggiungimento di fini devianti.

E così, solo per fare alcuni esempi, un giudice potrebbe dichiarare inammissibile una domanda non perché lo sia, ma perché così non ha l'onere di studiare e decidere la questione nel merito⁽⁴⁰⁾; potrebbe con ordinanza rimettere la causa sul ruolo per chiarimenti alle parti o al CTU non perché effettivamente sussista una tale necessità, ma solo per ritardare i tempi della decisione, magari confidando di poter lasciare la stessa ad un collega che lo succeda nel ruolo; potrebbe scrivere pagine e pagine di motivazione non perché la decisione lo necessiti, ma perché confida che il provvedimento venga pubblicato su qualche rivista

giuridica; potrebbe ammettere certe prove testimoniali non perché effettivamente queste siano rilevanti ai fini della decisione, ma per l'effetto mediatico, o per curiosità extra processuali, che quelle prove potrebbero avere, ecc.

È ovvio, invece, che tutto deve avvenire semplicemente nel rispetto della legge e della deontologia; e così come è evidente che il giudice usa di regola in modo corretto, e non deviato, gli strumenti processuali, allo stesso modo, però, è regola che il difensore usa parimenti in modo corretto gli strumenti processuali.

E qui è necessario porre le dovute differenze tra il ruolo del giudice e quello del difensore: poiché mentre per il giudice, attesa la sua funzione pubblica, l'uso deviato dello strumento processuale è sempre atto illecito, non altrettanto è per il difensore, che ha nel processo una funzione completamente diversa rispetto a quella del giudice, e certamente nell'esercizio della sua professione non ha il ruolo di pubblico ufficiale. Ed anzi, se si vuole, suo compito è solo quello di porre atti finalizzati alla difesa o alla protezione degli interessi dell'assistito, con quella schermaglia tattica nella quale "gli articoli del codice di procedura civile possono essere adoperati dai contendenti come pedine di una scacchiera"⁽⁴¹⁾.

Dunque, in estrema sintesi, io penso questo:

a) l'uso deviato degli strumenti processuali è vietato al giudice, più che al difensore;

b) per il difensore l'uso deviato degli strumenti processuali può costituire, più che atto illecito, comportamento contrario alla lealtà e probità; e tuttavia nell'esprimere un tale giudizio il giudice deve tenere conto che la funzione del difensore nel processo è quella di giungere, pur nel severo rispetto della legge e della deontologia professionale, ad una sentenza favorevole nell'interesse dell'assistito, e non ad una sentenza giusta nell'interesse della cosa pubblica⁽⁴²⁾;

c) per sanzionare le ipotesi nelle quali il difensore esorbiti dai limiti del proprio ruolo, e ponga in essere atti che mirino al raggiungimento di scopi devianti tali da ritenersi in contrasto con il dovere di lealtà e probità, sono sufficienti gli artt. 88, 89, 91 e 96 c.p.c., mentre non è di alcuna utilità introdurre un nuovo concetto quale quello di "abuso del processo", né è pensabile che il giudice possa esonerarsi dal pronunciare nel merito rilevando solo l'utilizzazione deviata dello strumento processuale.

6. - Come detto, altri hanno pensato di ravvisare ipotesi di abuso del processo anche dinanzi al semplice comportamento non corretto della parte, a prescindere dalla circostanza che questo si concretizzi o meno nell'uso indiretto dello strumento processuale, e più precisamente si è considerata scorretta, e quindi abusiva, l'attività menzognera, reticente, dilatoria, superflua, o comunque in contrasto "allo *standard* di diligenza proprio del professionista"⁽⁴³⁾.

Di nuovo, si tratta di valutare se l'attività reticente o menzognera possa considerarsi di "abuso del processo", e si tratta di fissare le conseguenze che il giudice possa opporre ad un simile comportamento.

a) Sotto il primo profilo, per considerare abusivo il comportamento reticente bisognerebbe a contrario affermare un dovere del difensore di completezza; e parimenti per considerati abusiva l'attività menzognera, bisognerebbe a contrario affermare un dovere del difensore di verità.

Il fatto è che, richiamando quanto su questo tema ho già avuto modo di dire, io non credo che nel nostro sistema vi sia per il difensore un dovere di completezza, o un dovere di verità⁽⁴⁴⁾.

Se vi fosse un dovere di completezza, la parte dovrebbe riferire al giudice tutto quanto è di sua conoscenza, senza omettere niente, e con il preciso obbligo di narrare anche le circostanze sfavorevoli.

Ma un tale assunto non è prospettabile, e contrasterebbe con lo stesso concetto di parte, poiché a chi è *parte* non può chiedersi di essere *completo*, e imporgli un tale dovere sarebbe snaturale la sua

funzione e il suo ruolo⁽⁴⁵⁾.

Nel nostro sistema le dichiarazioni dei contendenti hanno valore solo se di carattere confessorio, mentre non ne hanno alcuno se queste giovano alla parte che rende la dichiarazione.

In un quadro di questo genere è impossibile imporre alla parte un obbligo di completezza, atteso che altrimenti "la parte avrebbe il dovere (di essere completa e) di dire la verità se questa le nuoce; ma non il diritto di essere creduta quando questa le giova"⁽⁴⁶⁾.

Per le stesse ragioni non esiste nemmeno, nel nostro sistema, un dovere di verità⁽⁴⁷⁾, che la parte ha solo quando richiede al giudice un provvedimento *inaudita altera parte*, poiché altrimenti la verità, nel processo, scaturisce dal contraddittorio⁽⁴⁸⁾.

Ed infatti, alla possibilità di inserire un dovere di verità nel processo civile pensarono ben tre progetti del codice di procedura civile: il progetto Chiovenda⁽⁴⁹⁾, il progetto Carnelutti⁽⁵⁰⁾, ed infine il progetto preliminare Solmi⁽⁵¹⁾.

Questa impostazione fu sottoposta a severe critiche dalla dottrina, dalla giurisprudenza, e perfino dalle Università che intervennero sull'argomento, tanto che fu abbandonata dallo stesso progetto definitivo Solmi, e omessa del tutto con l'approvazione del nuovo codice del '40, atteso che l'art. 88 c.p.c. si limita a prevedere un dovere di lealtà e probità, ma non anche uno di dire la verità⁽⁵²⁾.

E questo indirizzo fu riaffermato, poco prima dell'emanazione del nuovo codice, da uno scritto ancor oggi di fondamentale importanza del Calogero⁽⁵³⁾, il quale non solo escluse che le parti abbiano il dovere di dire la verità, ma addirittura coordinò l'assenza di un tale obbligo con il principio dispositivo.

Con una immagine rimasta famosa Calogero pose la distinzione tra obbligo di dire la verità e il dovere di agire in giudizio con lealtà e probità "in ciò che il primo starebbe al secondo come il divieto di barare sta al diritto di non mostrare le carte"⁽⁵⁴⁾.

b) Quanto alle reazioni che può avere il giudice di fronte ad attività reticenti o menzognere, par evidente che non possa immaginarsi una chiusura in rito del processo, ma solo, se del caso, una sanzione per il comportamento. E parimenti, par evidente, non solo che il giudice deve provvedere nel merito a prescindere dal comportamento processuale delle parti, ma anche che il comportamento non corretto potrebbe esser posto in essere dalla parte che ha ragione, che non per questo perde il diritto alla sentenza favorevole e alla decisione di merito.

In verità, nessuno ha mai sostenuto che la violazione delle regole di cui all'art. 88 c.p.c. possa comportare la chiusura in rito del processo, e anche la giurisprudenza, dinanzi a comportamenti discutibili, non ha mai parlato di "abuso del processo" e, al massimo, ha stabilito che "il comportamento processuale delle parti ben può costituire unica e sufficiente fonte di convincimento del giudice e non già soltanto un mezzo di valutazione degli elementi probatori già acquisiti al processo"⁽⁵⁵⁾.

E qui, però, si apre un'ulteriore questione, poiché la giurisprudenza, in taluni casi, e al fine di evitare comportamenti inconferenti e/o dilatori, si è attribuita la licenza, come nel caso appena menzionato⁽⁵⁶⁾, di interpretare le norme in contrasto con il suo tenore letterale⁽⁵⁷⁾.

Ma anche questa non può essere la reazione del giudice al comportamento che si ritiene in contrasto con l'art. 88 c.p.c. Perché, se da una parte nessuno mette in discussione il potere-dovere del giudice di interpretare le norme, dall'altra l'interpretazione della legge non può spingersi fino all'applicazione della stessa in contrasto al suo tenore letterale e allo stesso principio di cui all'art. 12 delle preleggi⁽⁵⁸⁾. Verrebbe altrimenti meno il principio di legalità, e non avrebbe più senso, allora, avere un codice di procedura civile, e/o avere delle regole processuali dettagliate e minuziose.

Dunque, anche qui, mi sembra in estrema sintesi che:

aa) stante i principi generali del processo civile, il difensore non ha, salvo casi del tutto eccezionali, alcun dovere di completezza o di verità, cosicché le attività c.d. menzognere o reticenti non possono essere considerate in contrasto con l'art. 88 c.p.c.;

bb) in ogni caso la violazione dell'art. 88 c.p.c. non può essere ricondotta al fenomeno etichettato come "abuso del processo", se per abuso del processo si intende la proposizione di un'azione non meritevole di tutela sulla scorta di quanto affermato dalle sezioni unite n. 23726/2007;

cc) conseguentemente, i comportamenti processuali posti in essere in contrasto con la lealtà e probità non esonerano il giudice dalla pronuncia nel merito, e non consentono una chiusura della controversia in rito;

dd) ed inoltre la violazione dell'art. 88 c.p.c. non legittima il giudice ad interpretare le norme in senso contrario al loro tenore letterale, nemmeno se una simile cosa è in grado di impedire il comportamento dilatorio o scorretto, poiché nel processo, basato sul principio di legalità, non sussiste la regola secondo la quale il fine giustifica il mezzo.

7. - E veniamo, infine, all'ultima ipotesi di abuso del processo, relativa a quei casi, diversi dai precedenti, nei quali il giudice, discrezionalmente, ravvisa un comportamento da considerare tale.

Si tratterebbe, abbiamo detto, di una ipotesi di chiusura, o di una categoria residuale, in grado di completare le ipotesi che consentono al giudice di evitare ogni comportamento processuale non improntato alla giusta definizione del processo in tempi ragionevoli.

Ora, se da una parte questo "abuso del processo" potrebbe apparire il più criticabile, in quanto interamente rimesso alla discrezionalità del giudice, dall'altra però è l'unico che riesce a trovare un riscontro normativo, e precisamente nel recente comma 3° dell'art. 96 c.p.c.

Le altre ipotesi di "abuso del processo", al contrario, non trovano riscontro in nessun dettato di legge, e costituiscono solo costruzioni della giurisprudenza o della dottrina.

Se non che, detto ciò, anche con riferimento a questa ipotesi, due sono le riflessioni da porre:

a) per una prima va evidenziato che l'art. 96, comma 3° c.p.c. non corrisponde al concetto di abuso del processo per come immaginato dalle sezioni unite n. 23726/2007, poiché la scelta del legislatore con tale norma non è stata quella di sanzionare l'abuso con il rigetto in rito della domanda per così dire "abusiva", bensì quello di prevedere che il giudice possa in quei casi "condannare la parte soccombente al pagamento, a favore della controparte, di una somma equitativamente determinata".

Ed anzi, se si vuole, dall'art. 96, comma 3° c.p.c. si può ricavare la regola inversa rispetto a quella che il nuovo, costituendo, istituto dell'abuso del processo mirerebbe a perseguire, poiché lì il legislatore non ha affatto detto che l'abuso esonera dalla decisione di merito, ma solo che l'abuso merita essere sanzionato con il pagamento di una somma di denaro.

b) Ma, al di là di questo, io non credo che l'art. 96, comma 3° c.p.c. possa esser letto ed applicato in questo senso, ovvero come norma che consente al giudice di sanzionare ogni comportamento che ritenga discrezionalmente abusivo, poiché credo, al contrario, che la novità legislativa della riforma del 2009 vada letta in combinato disposto con i precedenti comma del medesimo articolo di legge⁽⁵⁹⁾.

A me sembra, infatti, che il legislatore abbia inteso agevolare la condanna al risarcimento dei danni avverso la parte che abbia posto in essere una lite temeraria, ma non anche voluto introdurre nel sistema un nuovo istituto, basato su altri presupposti, e finalizzato al raggiungimento di altre finalità.

In particolare, in passato, un ostacolo alla pronuncia di cui all'art. 96 c.p.c. è stata rappresentata, per la parte vittima del comportamento, dalla difficoltà di riuscire a provare il *quantum* del danno subito da lite temeraria, e, stante i tempi del processo e l'esiguità delle risorse, anche di poter pretendere che il tribunale, oltre a istruire i fatti relativi al merito, potesse procedere anche ad una istruttoria sui danni da lite temeraria; cosicché, alla fine, i litiganti, per buon senso e per evitare complicazioni processuali, hanno smesso di chiedere la condanna delle controparti ex art. 96 c.p.c.

Il legislatore ha inteso ovviare a questi inconvenienti, così come anche risulta dai lavori parlamentari, e ha inteso correttamente ribadire non solo l'illiceità dell'agire in mala fede o colpa grave, ma anche la necessità che a detta illiceità consegua una qualche conseguenza.

A questo fine il legislatore ha previsto che il giudice possa procedere anche d'ufficio ("*in ogni caso... anche d'ufficio*") e possa liquidare il danno anche in via equitativa ("*una somma equitativamente determinata*").

Certamente, però, l'agevolazione che il nuovo comma 3^o dell'art. 96 c.p.c. fornisce alla parte vittoriosa sotto questo duplice profilo non significa che le altre condizioni della norma non debbano sussistere per poter giungere alla condanna del litigante temerario, poiché chi ritenesse ciò, farebbe (come si dice) di tutta l'erba un fascio, e creerebbe un istituto che nel nostro sistema non esiste, né il legislatore ha introdotto.

E così, se da una parte è vero che il giudice può oggi pronunciare anche d'ufficio e liquidare il danno anche in via equitativa, dall'altra resta parimenti vero che in tanto ciò è possibile in quanto gli altri estremi della fattispecie di cui all'art. 96 c.p.c. sussistano, ovvero: a) si sia comunque in presenza di una lite temeraria; b) vi sia un danno da ritenere esistente nell'*an*; c) e vi sia nesso di causalità tra il danno e la lite temeraria.

Ma tutto questo conferma, come è comprensibile, che la novità del comma 3^o dell'art. 96 c.p.c. non può esser portata a sostegno di un nuovo, ipotetico istituto di "abuso del processo".

8. - Siano consentite brevi conclusioni.

Stante la legislazione attuale, il c.d. abuso del processo non esiste.

L'unico caso nel quale la suprema Corte ha impedito in rito l'accesso al merito di una domanda per abuso del processo è avvenuto in un caso in cui ciò era consentito dagli stessi criteri dei limiti oggettivi del giudicato.

Stante il principio di legalità, inoltre, e in assenza di norme specifiche che consentano al giudice di valutare la c.d. "meritevolezza della tutela", ogni domanda portata all'attenzione del giudice nel rispetto delle regole processuali ha diritto ad essere esaminata nel merito.

Il problema, tutto al più, può porsi *de iure condendo*, ovvero v'è da chiedersi se non sia il caso di introdurre una nuova norma, che sanzioni l'abuso del processo, e consenta al giudice di non provvedere sul merito con riferimento ad azioni o difese non meritevoli.

Ma, per le ragioni già esposte in questo scritto, non ritengo affatto sia opportuno inserire nel sistema una norma di questo genere.

E credo altresì che l'opinione debba rimanere invariata anche una volta preso atto dei meccanismi di altri ordinamenti giuridici

Ad esempio, al *abuse of civil proceedings* nordamericano⁽⁶⁰⁾, che è normalmente represso con sanzioni pecuniarie o personali per la parte e il difensore, ma non già con la chiusura in rito del processo, a prescindere dal merito della questione. E lo stesso vale per lo *abus de procedure* francese, visto che anche

in quel caso tutto si risolve con i *dommages interets* quale strumento sanzionatorio dell'abuso commesso⁽⁶¹⁾.

In questo quadro, senza differenze di rilievo, un sistema sanzionatorio per i comportamenti processuali non corretti lo abbiamo anche in Italia con gli artt. 88, 89, 91, 92 e 96 c.p.c.

Di più, se non è stato fatto da Solmi e Grandi che lavoravano per il Governo Mussolini, possiamo pensare di farlo noi oggi?

Vogliamo avere un codice più autoritario di quello che riuscirono a scrivere in quegli anni?

Io penso proprio di no, e spero che questo sia il no di tutti i processualisti e di tutti gli operatori giuridici.

L'unica riforma possibile è quella di trasferire dalla parte al difensore le conseguenze dell'illecito processuale di cui agli artt. 88, 89 e 96 c.p.c., perché noi oggi abbiamo lo strano sistema per il quale, mentre l'illecito processuale lo commette il difensore, la sanzione e i danni li pagano le parti che a quel difensore hanno dato mandato.

Se si tratta di questo, devo ricordare che io ho proposto questa estensione di responsabilità già diversi anni fa in un mio vecchio scritto⁽⁶²⁾.

E tuttavia, tengo a precisare, si tratta di poca cosa, poiché anche oggi, se la parte si vede costretta a pagare sanzioni e/o danni per comportamenti illeciti commessi dal difensore ex artt. 88, 89 e 96 c.p.c., questa può rivalersi con separato giudizio contro il difensore, essendo certo che il mandato che ha conferito non comprende per il difensore la facoltà di commettere atti processualmente vietati e/o contrari alla deontologia professionale⁽⁶³⁾.

Quello che viceversa deve essere fuori da ogni possibile, seria, discussione è immaginare l'avvocato quale ausiliario del giudice, obbligato anch'esso a collaborare a compiti che sono propri solo del giudice.

Poiché la relazione tra giudici e avvocati è dialettica, e non di subordinazione, e il difensore, diversamente dal giudice, non ha il dovere di perseguire gli interessi generali, ma solo quello di tutelare la parte che assiste nel rispetto della legge e della deontologia professionale.

Ogni diversa soluzione si pone in contrasto con il diritto di difesa, e non può essere accolta (*nemo tenetur edere contra se*).

(*) Dedicato al mio maestro, Andrea Proto Pisani, con sempre rinnovata gratitudine per tutto quello che ha fatto per me.

Rielaborazione, con l'aggiunta delle note e la modifica del titolo, della relazione tenuta in Urbino, il 23 settembre 2011, in occasione del XXVIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile.

(1) De Stefano, *Note sull'abuso del processo*, in questa *Rivista* 1964, 582 ss.

(2) Cordopatri, *L'abuso del processo*, Padova 2000, I, e II.

(3) Cordopatri, *L'abuso del processo*, cit., I, 51 ss.

(4) Taruffo, *Elementi per una definizione di abuso del processo*, in Aa.Vv., *L'abuso del diritto*, Padova 1998, 435 ss.

(5) Faccio riferimento a Comoglio, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in questa *Rivista*

2008, 319 ss.; Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, in questa *Rivista* 2008, 319; Dondi, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in questa *Rivista* 1995, 787 ss.; Dondi-Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 193 e ss.

(6) Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano 2004.

(7) Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit.

(8) Ghirga, *La meritevolezza della tutela richiesta*, cit.

(9) Cass., sez. un., 15 novembre 2007 n. 23726, che può leggersi in questa *Rivista* 2008, 1435, con nota di Gozzi, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*; in *Foro it.* 2008, I, 1514, con note di Palmieri-Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, e di Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*; in *Giur. it.* 2008, 929, con nota di Ronco, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in *Corriere giur.* 2008, 745, con nota di Rescigno, *L'abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, e 2009, con nota di Graziosi, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*

(10) Faccio riferimento a Cass., sez. un. 10 aprile 2000 n. 108, in *Giur. it.* 2001, 1143, con nota di Carratta, *Ammissibilità della domanda giudiziale frazionata in più processi?*, la cui massima così recitava: "È ammissibile la parcellizzazione dell'unico credito pecuniario in più domande proposte innanzi ad un giudice diverso, e inferiore, rispetto a quello competente per l'intero credito, purché il creditore si riservi espressamente, nel primo giudizio, di agire per il residuo. Ricorrere ad un giudice inferiore, più celere nella decisione ed innanzi al quale la lite costa meno, anche se la sua conclusione non è interamente soddisfacente della pretesa, risponde ad un interesse del creditore meritevole di tutela e costituisce potere non negato dall'ordinamento, non sacrificando in alcun modo il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni".

(11) De Cristofaro, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 1018; Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli 2010, 99 ss.; Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corriere giur.* 2011, 556 ss.

(12) È quanto ha statuito Cass., sez. un., 15 novembre 2007 n. 23726, sopra citata. In senso sostanzialmente conforme v. anche Cass. 27 maggio 2008 n. 13791; Cass. 11 giugno 2008 n. 15476; Cass. 3 dicembre 2008 n. 28719. Per la giurisprudenza di merito conforme v. Trib. Torino, 7 marzo 2011, *Corriere del merito* 2011, 699, con nota di D'Auria; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 10 settembre 2010; Trib. Perugia, 8 giugno 2010; Trib. Milano, 8 marzo 2010; Trib. Mantova, 3 novembre 2009, in www.ilcaso.it 2009.

(13) Si ricorda sul punto Cass., sez. un., 3 novembre 1986 n. 6420, in *Foro it.* 1987, I, 57, con nota di Barone, Proto Pisani, Cipriani, Pizzorusso, la quale ritenne il comportamento di chi si rivolga alla suprema corte con regolamento di giurisdizione palesemente infondato e al solo fine di ottenere la sospensione del processo di merito riconducibile alla lite temeraria ex art. 96 c.p.c. con obbligo della Corte di riferire all'autorità che esercita il potere disciplinare a norma del comma 2° dell'art. 88 c.p.c.

(14) Su questo aspetto v. Trib. Roma, 19 luglio 2000, in *Foro it.* 2000, I, 3628.

(15) V. sul punto Cass. 16 giugno 2003 n. 9652.

(16) V., in tema, Cass. 21 maggio 1999 n. 4957, per la quale, in ipotesi di abuso dell'eccezione, il primo giudice resta competente se l'eccezione circa l'esistenza del contratto agrario appare, ad un esame

sommario e in modo manifesto e certo, palesemente infondata e pretestuosa. In senso conforme v. anche Cass. 11 gennaio 2006 n. 250; Cass. 2 aprile 2001 n. 4786; Cass. 4 aprile 2001 n. 4969; Cass. 11 febbraio 1999 n. 1169; Cass. 16 aprile 1997 n. 3281; Cass. 24 luglio 1987 n. 6450.

(17) V. infatti su questo aspetto Cass. 16 gennaio 1993 n. 530, per la quale "Il giudice cui sia rivolta la domanda di accertamento con efficacia di giudicato di una questione pregiudiziale deve appurare se sussista un interesse effettivo in capo all'attore, tale da travalicare l'interesse relativo al giudizio in corso, nel senso che la questione pregiudiziale sia idonea ad influire anche su liti diverse, pendenti o di prevedibile insorgenza, fra le stesse parti, o anche su altri rapporti ed altri soggetti". Conformi v. Cass. 12 luglio 2005 n. 14578; Cass. 8 maggio 2004 n. 8781; Cass. sez. un., 14 novembre 2003 n. 17208; Cass. 10 luglio 2002 n. 10039; Cass. 6 marzo 2001 n. 3248; Cass. 5 agosto 1998 n. 7691.

(18) V. infatti Cass. 10 maggio 2010 n. 11314, per la quale "La deroga alla competenza territoriale determinata dal cumulo di cause connesse, proposte contro più persone e radicate presso il giudice del foro generale di uno dei convenuti, non trova applicazione allorché l'evocazione in giudizio di uno di essi appaia *prima facie* artificiosa e preordinata allo spostamento della competenza". V. anche in senso conforme Cass. 15 marzo 2004 n. 5243; Cass. 25 giugno 2002 n. 9277; Cass. 12 dicembre 1001 n. 13445.

(19) Così, espressamente, Dondi, Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, cit., 195.

(20) La massima suona: "Il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo impone al giudice di evitare e impedire comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano certamente quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo". La massima è stata usata in numerosi casi, tra i quali ricordo Cass. sez. un. 23 febbraio 2010 n. 4309, in *Foro it.* 2010, I, 1794; Cass. 18 febbraio 2010 n. 3830, *id.*; Cass. 3 novembre 2008 n. 26373, in *Foro it. Rep.* 2009, voce *Procedimento civile*, 88; Cass. 19 agosto 2009 n. 18410, in *Foro it. Rep.* 2009, voce *Diritti politici e civili* n. 154; Cass. 8 luglio 2009 n. 15985 (massima non pervenuta).

(21) Così ancora Cass. 3 novembre 2008 n. 26373, in *Foro it. Rep.* 2009, voce *Procedimento civile*, 88.

(22) Così Cass. 8 febbraio 2010 n. 2723.

(23) Al momento, infatti, ricondotti questi comportamenti nella violazione del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., essi hanno come conseguenza o la possibile apertura di procedimento disciplinare per il difensore a seguito di segnalazione del comportamento da parte del giudice ex comma 2° art. 88 c.p.c., oppure, hanno una incidenza sulle spese del giudizio, fino al risarcimento dei danni nei casi di espressioni sconveniente od offensive. Va in ogni caso ricordato che "il comportamento processuale delle parti contrario ai doveri di lealtà e probità non è integrato dalla semplice prospettazione di tesi giuridiche o da ricostruzioni di fatti riconosciute errate dal giudice, né da comportamenti che possono conseguire effetti vantaggiosi solo in conseguenza di un concorrente difetto di normale diligenza della controparte" (così Cass. 16 ottobre 1998 n. 10247).

(24) Dondi, *Manifestazione della nozione di abuso del processo civile*, *Diritto privato* 1997, 482.

(25) V. fra le tante Trib. Varese, 21 gennaio 2011, in *www.ilcaso.it* 2011; Trib. Rovigo, 7 dicembre 2010, in *www.ilcaso.it* 2011; Trib. Piacenza, 22 novembre 2010, in *www.ilcaso.it* 2010; Trib. Terni, 17 maggio 2010, in *Giur. it.* 2011, I, 143, con nota di Fradeani; Trib. Prato, 6 novembre 2009, in *Foro it.* 2010, I, 2229.

(26) Si consideri, infatti, che con più sentenze (v. ad esempio Cass. 9 aprile 2010 n. 8513; e poi

conformi Cass. 2 aprile 2010 n. 8179; Cass. 20 novembre 2008 n. 27610; Cass. 10 settembre 2003 n. 13211) si è statuito che "in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata del processo di cui alla legge 24 marzo 2001 n. 89 la circostanza che la causa di merito sia configurabile come lite temeraria o che la parte abbia artatamente resistito in giudizio al solo fine di perseguire proprio il diritto all'equa riparazione, costituendo circostanze di *abuso del processo* (corsivo mio) e derogando alla regola secondo cui il diritto all'indennizzo è indipendente dall'esito del processo presupposto, deve essere provata dall'Amministrazione resistente, anche con presunzioni, in modo che possa ritenersi accertata la assoluta consapevolezza dell'infondatezza della pretesa; l'Amministrazione non è tuttavia tenuta a dedurre formalmente le predette circostanze, non trattandosi di eccezione in senso stretto, per la quale la legge richiede espressamente che sia soltanto la parte a rilevare i fatti impeditivi; conseguentemente, se gli elementi rilevanti ai fini della prova di tali circostanze sono stati comunque ritualmente acquisiti al processo o attengono al notorio, gli stessi entrano a far parte del materiale probatorio che il giudice può liberamente valutare".

(27) V. infatti Scarselli, *Sugli errori commessi negli ultimi venti anni per porre rimedio alla crisi del processo civile*, in *Foro it.* 2011, V, 25 ss.

(28) Per queste riflessioni rinvio a Scarselli, *Poteri del giudice e diritti delle parti*, in Aa.Vv., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di G. Scarselli, Napoli 2010, 11 ss., e in *Giusto proc. civ.* 2010, 45 ss.

(29) V. su ciò Cipriani, *Un'altra riforma pubblicistica*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 639 ss.

(30) In argomento v. infatti Cossignani, *Improprietà della domanda frazionata e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 1495; e precedentemente Verde, *Sulla minima unità strutturale nel processo (a proposito di giudicato e dottrine emergenti)*, in questa *Rivista* 1989, 573.

(31) Gli orientamenti della giurisprudenza in tema di oggetto del processo e di cosa giudicata sono noti. A solo titolo di esemplificazione si ricordano, tra i più recenti, Cass. 21 dicembre 2010 n. 25862; Cass. 30 giugno 2009 n. 15343; Cass. 14 ottobre 2010 n. 21232. È ovvio che in questa sede non intendo mettere in discussione detti orientamenti, ma solo rilevare come, dati detti orientamenti, la impossibilità di frazionare un credito nascente in forza di unico rapporto obbligatorio dipenda da essi, e non da altre diverse ragioni. Sul tema dei limiti oggettivi del giudicato esistono poi ampi scritti, tra i quali ricordo Cerino Canova, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del c.p.c.* diretto da E. Allorio, Torino, II, 1, 7; Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987; Liebman, voce *Giudicato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.* Roma 1989, XV; Proto Pisani, *Appunti sul giudicato civile e i suoi limiti oggettivi*, questa *Rivista* 1990, 386; Attardi, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 475; Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, *id.* 1991, 215.

(32) V. anche infatti Menchini, Proto Pisani, *Oggetto del processo e limiti oggettivi del giudicato in materia di crediti pecuniari*, in *Foro it.* 1989, I, 2947.

(33) Sul valore della riserva v. infatti Graziosi, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*, *cit.*, 1141.

(34) Lo ricorda Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, *cit.*, 281 (in un passo citato anche da Bove, *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, *cit.*, 109, nota 116), per il quale "non si deve dimenticare che il processo è uno strumento di diritto pubblico, il quale deve fornire, ad entrambe le parti, tutela piena e definitiva; ciò porta con sé una duplice implicazione: innanzitutto, esigenze di certezza giuridica, di economia processuale e di ordinata regolamentazione delle relazioni intersoggettive impongono che la lite venga risolta una volta per tutte ed in modo incontrovertibile, senza lasciare adito a nuove discussioni, in ordine allo stesso bene della vita; è

l'interesse pubblico, che richiede un accertamento esauriente e completo del rapporto giuridico, sottoposto alla cognizione del giudice".

(35) Così, ad esempio, in tema di trattamento di fine rapporto, si è ritenuto non consentito frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, cosicché "qualora si sia formato il giudicato sull'inserimento, nella base di calcolo, delle indennità contrattuali erogate in maniera fissa e continuativa, resta preclusa una nuova domanda di riliquidazione della prestazione medesima ancorché fondata su profili differenti quali il riconoscimento dei compensi per lavoro straordinario, trattandosi di ragioni che, pur se non dedotte, erano deducibili nel precedente giudizio" (v. Cass., 3 dicembre 2008 n. 28719). In senso conforme tra la giurisprudenza di merito anche Trib. Nocera Inferiore, 7 ottobre 2010.

(36) Così Cass. 3 maggio 2010 n. 10634. Nel caso di specie molteplici attori, con l'assistenza di un unico patrocinatore legale, avevano promosso una serie di diversi procedimenti analoghi contro un medesimo convenuto, ovvero lo Stato, per ottenere il risarcimento del danno in tema di equa riparazione per violazione del termine di ragionevole durata di un unico processo che li aveva visti tutti coinvolti. In questo caso può parlarsi, infatti, di frazionamento in senso soggettivo, poiché la (ingiustificata) separazione non aveva ad oggetto la materia del contendere, ma i più soggetti che vantavano il medesimo diritto. In questo caso, però, non è pensabile che si chiuda gli ulteriori processi in rito, ed infatti la cassazione non li ha chiusi in rito, ma solo ha sanzionato il comportamento sotto il profilo delle spese processuali. E ciò conferma quanto sto sostenendo, ovvero che la possibilità di impedire un processo con una pronuncia di rito non dipende dal frazionamento ma dai limiti del giudicato. E così, se il frazionamento è oggettivo, questo consente l'impedimento degli altri giudizi con pronuncia in rito per la tecnica dei limiti oggettivi del giudicato; mentre se il frazionamento è soggettivo, questo, al contrario, non consente la chiusura di altri processi con sentenza di rito, poiché il giudicato di Tizio, ai sensi dell'art. 24 Cost. e 2909 c.c., non produce alcun effetto, ad esempio, nei separati (seppur analoghi) diritti di Caio, o Sempronio, o Mevio, ecc.

(37) Ovviamente anche in questo caso non intendo affrontare il tema dei limiti soggettivi del giudicato (sui quali v. Proto Pisani, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.* 1985, I, 2387; Trocker, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuali*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 35; Menchini, voce *Giudicato civile*, in *Enc. giur. Sole 24 Ore* Milano 2007, 6, 687 ss.), ma solo rilevare che il diverso funzionamento di questi rispetto a quelli oggettivi produce inevitabilmente differenti conseguenze sul frazionamento di domande o di diritti, rispetto al frazionamento con separazione di parti.

(38) V. infatti, nella sostanza, Cass., sez. un 14 gennaio 2009 n. 553, che, per le ragioni esposte, non sembra da condividere.

(39) Si vedano ancora le decisioni di cui alla nota n. 13.

(40) È quanto è accaduto con la vicenda di Cass., sez. un. 28 settembre 2009 n. 20730, in cui "l'illecito è stato ravvisato nelle ipotesi in cui siano stati emanati provvedimenti giurisdizionali errati per colpa grave... per avere il giudice, sistematicamente, in più di cento provvedimenti, divenuti oggetti di altrettanti esposti, precluso alle parti di esercitare il proprio diritto di difesa ed in particolare modo quello dispositivo di cui all'art. 115 c.p.c., ovvero non consentito in radice l'attivazione del contraddittorio, definendo tali giudizio con la identica decisione di inammissibilità, improcedibilità, improponibilità, carenza di legittimazione ed interesse ad agire".

(41) Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Studi sul processo civile*, Padova 1957, VI, 53.

(42) Ed infatti, se il giudice, nell'interesse superiore dello Stato, deve vigilare sull'andamento del processo e sul rispetto delle sue regole, anche sotto il profilo della ragionevole durata, e deve rendere giustizia nel senso più pieno di questa parola, reprimendo ogni violazione di legge e ripristinando piena

legalità alla parte che abbia subito un torto, medesimo comportamento non può essere richiesto al difensore, poiché questo non ha nel processo il dovere di realizzare l'interesse superiore dello Stato, ma solo quello individuale della parte che assiste. Si deve ricordare, con le parole di Calamandrei, che lo Stato, con il processo civile, non celebra solo l'interesse pubblico ad una sentenza giusta, ma anche l'interesse privato ad una sentenza favorevole (Calamandrei, *Troppi avvocati!*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1966, II, 70), ed è con la sintesi di questi due momenti che l'ordinamento assicura il giusto equilibrio tra cittadino e Stato. Conseguentemente il giudice non può pensare di trovare nell'avvocato un suo simile, né pensare che le parti abbiano il dovere di collaborare nella realizzazione degli interessi generali, pena la commissione di comportamenti c.d. "abusivi".

(43) V. ancora Dondi, Giussani, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 195.

(44) V. infatti Scarselli, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1998, 91 ss.

(45) Così Calamandrei, in *Parere della Università di Firenze al Ministero della Giustizia sul Progetto preliminare del cod. proc. civ.*, Firenze 1937, 98-103.

(46) Così Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1957, I, 244., riportando un passo della relazione del Calamandrei.

(47) Sull'obbligo di dire la verità nel processo civile v. le diverse posizioni di Chiarloni, *Processo civile e verità*, *Quest. giust.* 1987, 504; e Cipriani, *L'avvocato e la verità*, in *il processo civile nello stato democratico*, Napoli 2006, 136.

(48) V. infatti Carnelutti, *La prova civile*, Roma 1915, 31; e Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in *Opere giuridiche*, cit., 1972, V, 615.

(49) Chioyenda, *Progetto di riforma del procedimento civile*, in *Saggi di diritto processuale civile*, cit., II, 121.

(50) Carnelutti, *Progetto del codice di procedura civile*, Padova 1926, 15.

(51) Vedilo in Andrioli, *Commento*, cit., I, 243.

(52) Sulla circostanza che nemmeno il fascismo, seppur avesse gradito, riuscì ad inserire nel processo l'obbligo di dire la verità, rinvio alle molte opere di Franco Cipriani, cui una sintesi può trovarsi in Cipriani, *Codice di procedura civile*, voce del *Il diritto*, in *Enc. giur. del Sole 24 Ore*, Milano 2007, III, 226-7.

(53) Calogero, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1939, I, 128.

(54) Calogero, *op. cit.*, 134. Sul punto v. anche Andrioli, *Commento*, cit., I, 245.

(55) Così Cass. 8 febbraio 2006 n. 2815.

(56) Cass. 8 febbraio 2006 n. 2815 appare infatti in contrasto con il tenore letterale dell'art. 116, comma 2°, c.p.c., per il quale il comportamento delle parti nel processo rileva solo come argomento di prova, e non può pertanto costituire unica e sufficiente fonte di convincimento del giudice.

(57) V. ancora la giurisprudenza alla nota n. 20.

(58) Rinvio a Caponi, Dalfino, Proto Pisani, Scarselli, *In difesa delle norme processuali*, in *Foro it.* 2010, I, 1794.

(59) V. infatti già Scarselli, *Il nuovo articolo 96, comma 3° c.p.c.: consigli per l'uso*, in *Foro it.* 2010, I,

2237.

(60) V. Dondi, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, cit., 794.

(61) Dondi, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, cit., 477.

(62) Scarselli, *Le spese giudiziali civili*, Milano 1998, 145 ss.: "Noi riteniamo, che lo schema del mandato (con il quale si trasferisce la responsabilità dal difensore che commette il fatto alla parte) non possa essere sufficiente a risolvere i problemi in punto di spese e danni processuali... la stretta esegesi letterale delle norme esclude che il difensore possa essere direttamente coinvolto in questi meccanismi; esigenze di razionalità del sistema e di giustizia sostanziale inducono invece a coinvolgere direttamente ogni soggetto - difensore compreso - quale inevitabile responsabile della propria condotta".

(63) V. anche Scarselli, *La responsabilità civile del difensore per infrazione della norma deontologica*, in *Foro it.* 2009, I, 3168.